



Cas de figure du concours de plaidoirie Adam F. Fanaki en droit de la concurrence 2023 *Commissaire de la concurrence c. Pear Inc.*

A. Sommaire

1. La commissaire de la concurrence (le « **Commissaire** ») a déposé une demande en vertu du paragraphe 74.11(1) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, dans sa version modifiée (la « **Loi** »), pour obtenir une ordonnance temporaire exigeant de Pear Inc. (« **Pear** ») qu'elle ne s'engage pas dans un comportement qui, de l'avis du commissaire, est susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi*.
2. Pear est un fabricant de premier plan d'appareils électroniques et de produits logiciels. Sa gamme de produits comprend des ordinateurs portables, des tablettes et des téléphones intelligents, ainsi que les systèmes d'exploitation qui alimentent ces appareils et un grand nombre d'applications largement utilisées, qu'elle offre par l'intermédiaire de sa propre boutique d'applications.
3. Le 15 mars 2022, Pear a dévoilé son plus récent téléphone intelligent, le PearGab 6, et une version mise à jour de son système d'exploitation mobile (Rootz Deep Earth), qui n'est actuellement offert que pour le PearGab 6. Simultanément, Pear a lancé une campagne de publicité multicanal à grande échelle pour sa nouvelle offre (la « **Campagne PearGab 6** »). Chaque publicité mettait en vedette la mascotte de Pear, une poire anthropomorphique appelée Pyrus, et exposait une caractéristique différente du PearGab 6. Parmi les caractéristiques mises en évidence dans la campagne de publicité de Pear, mentionnons la « Promesse de confidentialité de Pyrus », qui a fait l'objet d'une promotion à l'aide d'un certain nombre de slogans et de vignettes de marketing (collectivement, les « **Indications de confidentialité** »).
4. Le 6 août 2022, Pear a révélé qu'elle avait détecté une brèche de sécurité touchant Rootz Deep Earth (la « **Brèche de sécurité** »). Deux jours plus tard, Pear a annoncé que son enquête interne avait déterminé qu'une tierce partie non autorisée semblait avoir obtenu l'accès aux données sensibles des utilisateurs de PearGab 6. Bien que Pear ait indiqué qu'elle n'avait pas encore été en mesure d'identifier les utilisateurs dont les données avaient été consultées, son analyse préliminaire a indiqué que les données de plus d'un million d'utilisateurs étaient probablement affectées.
5. Depuis la Brèche de sécurité, Pear a continué de mener la Campagne PearGab 6, et a notamment maintenu les Indications de confidentialité. La demande de la Commissaire vise à obtenir une ordonnance temporaire obligeant Pear à ne pas communiquer les Indications de confidentialité ou à ne pas se comporter d'une manière essentiellement semblable.
6. Pour les motifs exposés ci-dessous, le tribunal conclut que Pear semble avoir une conduite susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi*; toutefois, elle n'est pas convaincue que, en l'absence de l'ordonnance, des dommages graves seront vraisemblablement causés.
7. Ayant conclu que la Commissaire n'a pas réussi à établir qu'un dommage grave sera vraisemblablement causé en l'absence de l'ordonnance demandée, le tribunal ne juge

pas nécessaire de faire une évaluation comparative des inconvénients pour déterminer s'il est préférable de rendre l'ordonnance, et la demande de la Commissaire est rejetée.

B. Les Parties

8. La Commissaire est la fonctionnaire nommée par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 7 de la Loi; elle est chargée d'assurer et de contrôler l'application de *Loi*.
9. Pear est une entreprise technologique de premier plan. Établie au Chili, 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.
10. La gamme d'appareils électroniques personnels de Pear fonctionne exclusivement sur les systèmes d'exploitation Rootz de Pear, qui prennent en charge à la fois les applications logicielles de Pear et les applications de tiers. La suite d'applications de Pear comprend notamment un navigateur Web, un portefeuille mobile (Bag of Seeds), un client de messagerie et une application de santé et de bien-être (Pear a Day). Grâce à sa vaste gamme de produits, Pear recueille et tient à jour un grand volume de données sur les utilisateurs.

C. L'historique des faits

I. Lancement de PearGab 6 et campagne de publicité pour PearGab 6

11. Pear est considérée comme une entreprise novatrice de premier plan, une pionnière qui introduit des caractéristiques et des capacités de produits, établissant de nouvelles normes que les autres s'empressent d'imiter. Fidèle à la réputation générale de Pear, le PearGab est l'un des téléphones intelligents les plus populaires au monde. Bien que les fonctions avancées du PearGab exigent un prix supérieur, généralement plus de 1 000 \$ pour le dernier modèle, il se classe constamment parmi les cinq meilleurs téléphones intelligents vendus au Canada.
12. Le 15 mars 2022, Nelly Stench, chef de la direction de Pear, a dévoilé le PearGab 6, qui utilise une version mise à jour du système d'exploitation mobile de Pear, Rootz Deep Earth, et qui serait disponible dans certains pays, dont le Canada, à compter du 1^{er} avril 2022. Pour coïncider avec le lancement du produit le 15 mars, Pear a lancé une campagne internationale de publicité multicanal, qui a commencé le même jour par des publicités télévisées, des publicités en ligne, des publications promotionnelles d'influenceurs, des panneaux publicitaires et des publicités imprimées dans les journaux et les magazines, chacun des canaux susmentionnés ayant été activé au Canada.
13. La Campagne PearGab 6 exposait cinq caractéristiques différentes du PearGab 6 : sa capacité à capturer des images 3D, sa vitesse de navigation « super rapide », sa disponibilité en sept nouvelles couleurs, dont grège brûlé, son grand écran léger et la Promesse de confidentialité de Pyrus. Certains documents de marketing faisaient référence à chacune de ces caractéristiques, tandis que d'autres n'en soulignaient qu'une seule.

14. La Promesse de confidentialité de Pyrus a été décrite dans la campagne PearGab 6, ainsi que sur le site Web de Pear de façon plus générale, comme un « ensemble robuste de caractéristiques et d'outils conçus pour protéger vos données ». Les documents de marketing qui présentent la Promesse de confidentialité de Pyrus comprenaient :
 - a. une publicité imprimée avec une image de Pyrus endormi sur laquelle on peut lire « nous veillons à la protection de votre vie privée pour que vous puissiez dormir tranquille »;
 - b. une courte annonce vidéo dans laquelle on voit Pyrus utiliser le PearGab 6 pour une gamme d'activités, notamment pour prendre des photos d'un bébé poire, soumettre une demande de prêt hypothécaire et mettre à jour des renseignements médicaux, pendant qu'une voix hors champ dit ceci : « Nous savons que vous nous faites confiance pour ce qui compte le plus; c'est pourquoi la sécurité des données est au cœur du PearGab 6. Pyrus vous fait la promesse d'assurer la confidentialité de vos données »;
 - c. une publicité numérique présentant l'image d'un appareil PearGab 6, à l'écran duquel différentes images défilent pour promouvoir chacune des cinq caractéristiques mises en évidence; une de ces images montre Pyrus vêtu comme un gardien de sécurité devant une chambre forte de la banque, la mention « Promesse de confidentialité Pyrus » apparaissant au bas.
15. L'agence de publicité retenue par Pear pour la Campagne PearGab 6, Wally's Wacky Publicity (WWP), a décrit le thème central de la campagne comme étant « l'équilibre », et indique que la campagne a été spécialement conçue pour veiller à ce que chacune des cinq caractéristiques mises en évidence ait la même importance au cours de la Campagne PearGab 6. Selon les rapports financiers publics de Pear, la Campagne PearGab 6 est la plus importante de son histoire, avec un budget annuel mondial de plus de 800 millions de dollars.
16. Lorsque le PearGab 6 est entré sur le marché le 1^{er} avril 2022, Pear a annoncé qu'elle avait déjà vendu 500 000 unités à l'échelle mondiale, dont 20 000 au Canada. Depuis, les ventes ont augmenté considérablement et Pear estime qu'au moins 150 000 unités PearGab 6 ont été vendues au Canada à ce jour.

II. Brèche de sécurité

17. Le 6 août 2022, Pear a publié une courte déclaration indiquant qu'elle avait détecté une activité inhabituelle sur les appareils PearGab 6, exhortant les utilisateurs à installer immédiatement une mise à jour du système d'exploitation Rootz Deep Earth et promettant de fournir plus de détails à mesure que son enquête interne progresserait.
18. Le 8 août 2022, Pear a tenu une conférence de presse au cours de laquelle elle a annoncé que son enquête interne avait confirmé une « atteinte malveillante » sur Rootz Deep Earth et qu'un tiers non autorisé avait obtenu l'accès aux données des utilisateurs stockées sur les appareils PearGab 6, y compris des renseignements financiers des utilisateurs stockés dans le portefeuille mobile Bag of Seeds et des renseignements personnels sur la santé provenant de l'application Pear a Day. L'enquête de Pear est toujours en cours et n'a pas encore permis d'identifier tous les utilisateurs touchés, mais on estime qu'au

moins un million d'utilisateurs ont été touchés à l'échelle mondiale, et qu'au moins quelques utilisateurs ont été touchés au Canada.

19. Les 10 et 14 août, respectivement, les deux principaux concurrents de Pear, Frugle et Mattspoke, ont annoncé que certains de leurs propres téléphones intelligents avaient été victimes de cyberattaques, à la suite desquelles les données de leurs propres utilisateurs avaient été compromises.
20. Bien que ni Pear, ni Frugle, ni Mattspoke n'aient encore publié les résultats de leurs enquêtes internes respectives, les experts de l'industrie croient que les trois attaques sont le travail de JesterRoast, un collectif anarchiste qui serait responsable de sept autres cyberattaques très médiatisées au cours des deux dernières années.

III. Enquête de la Commissaire

21. Le 9 septembre 2022, le Bureau de la concurrence (le « **Bureau** ») a envoyé une lettre par courrier recommandé à Pear pour l'informer qu'il avait reçu des plaintes concernant la promotion continue des Indications de confidentialité de Pear (les « **Plaintes** ») après que soit survenue la Brèche de sécurité et du rôle du Bureau dans l'application des dispositions de la *Loi* sur les pratiques commerciales trompeuses. Le Bureau a invité Pear à présenter toute observation qu'il juge pertinente aux fins de l'examen des Plaintes par le Bureau. Le Bureau a aussi expressément demandé à Pear de lui fournir des épreuves pour corroborer les Indications de confidentialité. Le Bureau a fait remarquer qu'en vertu de la *Loi*, il incombe à l'annonceur de s'assurer que toute déclaration ou garantie visant le rendement est fondée sur des épreuves suffisantes et appropriées.
22. Le 15 septembre 2022, Pear a répondu à la lettre du Bureau en disant que, pour Pear, la vérité exprimée dans la publicité constitue une valeur cruciale, et que, en réponse à la lettre du Bureau, Pear a examiné attentivement les Indications de confidentialité et demeure satisfaite de leur validité. Pear a fait remarquer que la Brèche de sécurité « a en fait démontré la sincérité de la Promesse de confidentialité de Pyrus, démontrée par la rigueur et l'urgence avec lesquelles Pear a réagi à cette brèche ». Pear a toutefois affirmé que les Indications de confidentialité communiquent un « ethos » et un « principe de conception sous-jacent », qui ne sont pas propices à la réalisation d'épreuves. Bien que la confidentialité des données « soit à l'avant-plan tout au long du processus de développement de Pear », Pear a indiqué qu'aucune épreuve particulière n'avait été entreprise relativement aux Indications de confidentialité.
23. Le 30 septembre 2022, la Commissaire a ouvert une enquête en vertu du sous-alinéa 10(1)b(ii) de la *Loi* parce qu'il a des raisons de croire qu'il existe des motifs pour rendre une ordonnance en vertu de la partie VII.1 de la *Loi*, plus précisément en vertu des alinéas 74.01(1)a) et 74.01(1)b) de la *Loi*.
24. L'enquête de la Commissaire est en cours et dans le cadre de celle-ci, la présente demande est soumise dans le but de suspendre les Indications de confidentialité pendant que la Commissaire procède le plus rapidement possible pour terminer son enquête.

D. Les positions des Parties

25. En vertu du paragraphe 74.11(1) de la *Loi*, un tribunal (qui, au sens de l'article 74.09 de la *Loi*, comprend le Tribunal) peut ordonner à une personne de ne pas se livrer à un

comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi* lorsqu'il lui apparaît que :

- a. la personne a un comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi*;
 - b. en l'absence de l'ordonnance, un dommage grave sera vraisemblablement causé;
 - c. après l'évaluation comparative des inconvénients, il est préférable de rendre l'ordonnance.
26. Les positions des Parties à l'égard de chaque élément sont exposées ci-dessous en alternance.
- I. Comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la Loi*
27. La Commissaire fait valoir qu'en exigeant « seulement » que, « d'après lui [le tribunal] », une personne ait un comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi*, le paragraphe 74.11(1) établit une norme peu élevée, dont la Commissaire peut s'acquitter en démontrant que ses allégations ne sont ni frivoles ni vexatoires.
28. La Commissaire soutient que, en l'espèce, cette norme est satisfaite à l'égard des alinéas 74.01(1)a) et 74.01(1)b) de la *Loi*.
29. En ce qui concerne l'alinéa 74.01(1)a), la Commissaire affirme que les Indications de confidentialité : i) ont été faites au public à des fins de promotion du PearGab 6; ii) ont donné l'impression générale que le PearGab 6 protégerait la confidentialité des données des utilisateurs; iii) étaient importantes, car les consommateurs pourraient être incités à acheter le PearGab 6 sur la base des Indications de confidentialité; et iv) étaient manifestement fausses à la lumière de la Brèche de sécurité.
30. En ce qui concerne l'alinéa 74.01(1)b), la Commissaire soutient que la Promesse de confidentialité de Pyrus est explicitement formulée comme une « garantie » visant le rendement et que, de l'aveu même de Pear, aucune épreuve particulière n'a été entreprise pour corroborer cette prétention.
31. Pear affirme que l'interprétation de la Commissaire de la norme applicable au paragraphe 74.11(1) est erronée et soutient que, de toute façon, elle n'a pas un comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi*.
32. Pear soutient qu'il ne suffit pas que la Commissaire démontre que son allégation de conduite susceptible d'examen n'est ni frivole ni vexatoire. Pear soutient plutôt que, sur le plan de l'interprétation de la loi, le fait d'exiger que « d'après lui [le tribunal] » il y a un comportement susceptible d'examen, la *Loi* « exige clairement que la Commissaire présente des éléments de preuve suffisants pour permettre au Tribunal de conclure de façon affirmative que la transgression alléguée a eu lieu. » Bien que Pear souligne l'importance de cette question de droit, elle soutient que, même selon l'interprétation de la Commissaire, la première exigence du paragraphe 74.11(1) n'est pas satisfaite en l'espèce.

33. En réponse aux allégations de la Commissaire en vertu de l'alinéa 74.01(1)a), Pear conteste à la fois le caractère « important » des Indications de confidentialité au sens de la *Loi* et le fait qu'elles sont « fausses ou trompeuses ». En ce qui concerne le caractère important, Pear soutient que la confidentialité est « au plus, une caractéristique accessoire de ses produits ». Comme l'a dit l'avocat de Pear en plaidoirie : « Pear vend des téléphones intelligents, pas des chambres fortes de données. » Pour étayer cette prétention, Pear a fait référence à une étude de consommation qu'elle a commandée dans le cadre de son plus récent cycle de développement de produits. L'étude a révélé que les trois caractéristiques les plus importantes des téléphones intelligents pour les utilisateurs sont : i) un large éventail d'applications disponibles; ii) une excellente connectivité; et iii) une caméra puissante; aucun des participants à l'étude n'a mentionné la « sécurité des données » comme la caractéristique la plus importante des téléphones intelligents. De plus, l'étude a révélé que 82 % des consommateurs n'avaient « aucune connaissance » ou seulement « une connaissance limitée » des paramètres de confidentialité de leur téléphone intelligent.
34. Pear soutient en outre que, même si les Indications de confidentialité étaient considérées comme importantes, elles ne sont pas fausses ni trompeuses. Pear soutient que, lorsqu'on examine l'impression générale d'une indication, l'analyse ne doit pas être « dissociée de la réalité en considérant un consommateur générique »; il faut plutôt tenir compte du « consommateur ordinaire dans le contexte du produit en question ». Pear affirme qu'en ce qui concerne le PearGab 6, le consommateur ordinaire serait conscient du risque inévitable d'une attaque malveillante visant les données, surtout à la lumière de la couverture médiatique constante de ces attaques au cours des dernières années.
35. Enfin, en ce qui concerne l'allégation de la Commissaire selon laquelle les Indications de confidentialité sont susceptibles d'examen visé par l'alinéa 74.01b), Pear soutient que les Indications de confidentialité ne constituent qu'une simple offre et non une déclaration ou une garantie. Pear soutient en outre que, de toute façon, les Indications de confidentialité ne se rapportent pas au rendement, à l'efficacité ou à la durée utile d'un produit et qu'elles représentent plutôt, comme il est indiqué dans sa lettre au Bureau, une philosophie de conception globale. Par conséquent, Pear affirme que les Indications de confidentialité échappent à la portée de l'alinéa 74.01(1)b) de la *Loi*.

II. Risque de dommage grave en l'absence de l'ordonnance

36. La Commissaire affirme que, si le Tribunal est convaincu que Pear semble avoir un comportement contraire à la partie VII.1 de la *Loi* [comme l'exige le premier volet du critère du paragraphe 74.11(1)], alors, à la lumière de cette conclusion, le Tribunal peut déduire qu'un dommage grave sera vraisemblablement causé si Pear est autorisée à continuer de présenter des Indications de confidentialité.
37. Au soutien de cette position, la Commissaire souligne que la partie VII.1 vise à protéger la concurrence et le bon fonctionnement du marché. La gravité du dommage à la concurrence qui résulte d'un comportement susceptible d'examen est démontrée par les peines importantes que la *Loi* prescrit pour un tel comportement. Par conséquent, la Commissaire soutient que, lorsque le comportement susceptible d'examen visé au paragraphe 74.01(1) se produit et est susceptible de se poursuivre, comme elle prétend que c'est le cas en l'espèce, un dommage grave sera nécessairement causé.

38. Pear rejette l'approche de la Commissaire et soutient que le deuxième volet du paragraphe 74.11(1) doit nécessairement obliger la Commissaire à démontrer un dommage distinct de la simple occurrence d'un comportement susceptible d'examen. Selon Pear, l'affirmation de la Commissaire rendrait superflu le deuxième volet du paragraphe 74.11(1), ce qui ne pouvait pas être l'intention du législateur.
39. Pear soutient que le deuxième volet du paragraphe 74.11(1) doit avoir sa signification propre et que, en l'espèce, la Commissaire n'a pas fait état d'un tel dommage. De plus, Pear affirme qu'il n'y a pas de dommage. En particulier, Pear soutient que la Campagne PearGab 6 a saturé les médias pendant plusieurs mois, les données d'une enquête récente de WWP montrant que 90 % de la population cible de Pear connaissait au moins « moyennement » la Campagne PearGab 6 et pouvait se rappeler chacune des cinq fonctions promues. À ce titre, Pear soutient que, dans la mesure où les Indications de confidentialité sont importantes au sens de la *Loi* (ce que Pear conteste), « on ne peut pas remettre le dentifrice dans le tube ». De même, Pear soutient que si le Tribunal conclut que les Indications de confidentialité semblent susceptibles d'examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)b) de la *Loi*, afin que le deuxième volet du paragraphe 74.11(1) ait un sens, le « le simple fait de formuler une déclaration sans épreuve suffisante et appropriée doit être traité comme une simple erreur mineure »; surtout du fait que même des prétentions véritables peuvent constituer un comportement susceptible d'examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)b). Pear insiste sur le fait que le Tribunal doit conclure qu'un « dommage réel et particulier » est susceptible d'être causé par le maintien des Indications de confidentialité, ce qui, à son avis, n'est pas le cas en l'espèce.

III. Après l'évaluation comparative des inconvénients, il est préférable de rendre l'ordonnance

40. La Commissaire soutient que lorsqu'une injonction est demandée pour protéger l'intérêt général ou pour faire respecter les droits publics, comme la Commissaire prétend le faire en l'espèce, les tribunaux doivent être, et ont été, très réticents à conclure que l'intérêt général à faire respecter la loi l'emporte sur les difficultés que l'injonction imposerait à la personne visée par celle-ci. La Commissaire affirme qu'il n'y a aucune raison pour que le Tribunal s'écarte de cette pratique fondée sur des précédents.
41. Pear fait valoir que le refus d'accorder l'ordonnance demandée par la Commissaire ne cause aucun dommage, car, pour les motifs énoncés ci-dessus, Pear ne se livre pas à un comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi* et aucun dommage grave ne sera vraisemblablement causé si l'ordonnance n'est pas rendue.
42. Cependant, dans l'éventualité où le Tribunal trancherait en faveur de la Commissaire à l'égard des deux premiers volets du paragraphe 74.11(1), Pear n'a pas porté devant le Tribunal le dommage (le cas échéant) qu'elle subirait si l'ordonnance demandée par la Commissaire était rendue et n'a pas non plus contesté le fait que, selon l'évaluation comparative des inconvénients, il est préférable de rendre l'ordonnance.
43. Par conséquent, en l'espèce, le Tribunal considérera que les deux premiers volets du paragraphe 74.11(1) sont déterminants, et l'évaluation comparative des inconvénients ne sera plus prise en considération dans les présents motifs.

E. Les questions

44. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, les Parties mettent en cause les deux premiers volets du paragraphe 74.11(1) 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. Quelle norme le paragraphe 74.11(1) de la *Loi* établit-il pour l'octroi d'une ordonnance temporaire? Autrement dit, quel est le fardeau de la Commissaire?
 - b. En vertu de l'alinéa 74.01(1)a), quel est le critère approprié pour déterminer l'importance et comment le critère d'impression générale doit-il être appliqué?
 - c. En vertu de l'alinéa 74.01(1)b), quel est le critère pour déterminer si une indication constitue une déclaration ou une garantie visant le rendement?
 - d. Qu'est-ce qui constitue un dommage grave aux fins de l'alinéa 74.11(1)a)? La poursuite d'un comportement susceptible d'examen en soi constitue-t-elle un dommage suffisant?

F. L'analyse du Tribunal

45. Le Tribunal a examiné attentivement les observations des Parties, la jurisprudence pertinente et la preuve dont il disposait. Pour les motifs qui suivent, le Tribunal a conclu que :
- a. Bien que le libellé du paragraphe 74.11(1) établisse une norme relativement peu élevée en exigeant seulement que, « d'après lui [le tribunal] », une partie ait un comportement susceptible d'examen, pour que la Commissaire puisse s'acquitter de son fardeau, elle doit démontrer, au moins selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe des éléments de preuve d'un tel comportement.
 - b. Pour qu'une indication soit fautive ou trompeuse sur un point important, elle doit influencer la décision d'achat d'un consommateur générique crédule et inexpérimenté. L'importance n'exige pas qu'une indication soit démontrée comme étant la condition *sine qua non* d'une décision d'achat; il suffit qu'elle soit pertinente et influente dans le processus décisionnel. Le Tribunal conclut que les Indications de confidentialité ont donné l'impression générale que le PearGab 6 offrait une protection des renseignements personnels, notamment contre les cyberattaques. D'après le Tribunal, les Indications de confidentialité sont fausses ou trompeuses sur un point important, de sorte qu'elles semblent constituer un comportement susceptible d'examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)a) de la *Loi*.
 - c. Les Indications de confidentialité ont été présentées comme une « promesse »; le sens littéral de cette indication est clair et son impression générale doit être comprise comme une déclaration ou une garantie au sens de l'alinéa 74.01(1)b). Cependant, ce ne sont pas toutes les déclarations ou garanties qui doivent être corroborées par des épreuves en vertu de l'alinéa 74.01(1)b) de la *Loi*. Il n'apparaît pas au Tribunal que les Indications de confidentialité se rapportent au rendement, à l'efficacité ou à la durée utile d'un produit et, par conséquent, il n'apparaît pas au

Tribunal que Pear a un comportement susceptible d'examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)b) de la *Loi*.

- d. L'alinéa 74.11(1)a) de la *Loi* doit avoir un sens indépendant; il ne peut pas simplement reprendre l'analyse exigée au titre du paragraphe 74.11(1) quant à savoir si une personne a un comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi*. Le Tribunal conclut que la Commissaire n'a pas démontré qu'en l'absence de l'ordonnance, un dommage grave sera vraisemblablement causé.

I. La norme applicable au titre du paragraphe 74.11(1)

46. Le paragraphe 74.11(1) permet au Tribunal d'ordonner à toute personne qui, « d'après lui [le tribunal] », a un comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi* de cesser ce comportement. La version actuelle du paragraphe 74.11(1) n'a pas encore été appliquée en justice et, par conséquent, le Tribunal n'a pas eu l'occasion d'établir la nature de la norme qu'il invoque.
47. Lors de l'adoption initiale du paragraphe 74.11(1) en 1999, la version antérieure de cette disposition stipulait que :

Le tribunal qui constate, à la demande du commissaire, l'existence d'une preuve prima facie convaincante établissant qu'une personne a un comportement susceptible d'examen en application de la présente partie peut ordonner à celle-ci de ne pas se comporter ainsi ou d'une manière essentiellement semblable

[...]

48. L'actuel paragraphe 74.11(1) est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2014. La Commissaire soutient que les amendements du législateur « sont clairs » et que le remplacement des termes « preuve prima facie convaincante » par « d'après lui [le tribunal] » visait à établir une norme peu élevée et à faciliter la capacité du Tribunal à interdire le comportement susceptible d'examen. La Commissaire affirme que, dans sa forme actuelle, le paragraphe 74.11(1) exige seulement que l'allégation selon laquelle une personne a un comportement susceptible d'examen ne soit ni frivole ni vexatoire. Autrement dit, en l'espèce, la Commissaire propose qu'il suffise au Tribunal d'être convaincu qu'il n'est ni frivole ni vexatoire d'alléguer que les Indications de confidentialité peuvent faire l'objet d'un examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)a) ou de l'alinéa 74.01(1)b).
49. Le Tribunal convient avec la Commissaire que l'historique du paragraphe 74.11(1) est dûment pris en compte dans l'interprétation de son sens. Cependant, bien que l'historique législatif vienne étayer l'évaluation de l'intention du législateur, cela ne représente qu'une facette de l'interprétation législative. Comme la Cour suprême du Canada l'a expliqué dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54 [TRADUCTION] :

« Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'«il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur” ».

50. En examinant le libellé de la disposition, son contexte et son but, le Tribunal conclut que la question de savoir si « d'après lui [le tribunal] » certains comportements se produisent constitue une norme significative. Une ordonnance enjoignant à une partie intimée d'éviter certains comportements peut avoir de conséquences importantes sur son entreprise. Pour que ce Tribunal ordonne à une personne de mettre fin à un comportement en particulier, la Commissaire doit enquêter sur l'affaire et présenter des éléments de preuve suffisants pour démontrer que le comportement est effectivement susceptible de se produire selon la prépondérance des probabilités.
51. Il serait injuste de permettre à ce Tribunal de rendre une ordonnance interdisant un comportement sans d'abord obliger la Commissaire à s'acquitter de ce fardeau. Il est peu probable que les rédacteurs du paragraphe 74.11(1) aient eu l'intention de conférer au Tribunal le pouvoir d'interdire un comportement qui, selon la prépondérance des probabilités, ne semble pas se produire, d'autant plus qu'il est bien établi que le comportement en cause concerne l'expression.
52. Il n'est pas nécessaire que la commissaire satisfasse à la norme d'une « preuve prima facie convaincante » ni qu'elle présente nécessairement une preuve « claire et réelle ». Elle doit simplement convaincre le Tribunal que, tout bien considéré, l'intimée semble vraisemblablement avoir le comportement allégué. L'intimée a également l'occasion de convaincre le Tribunal qu'elle ne semble pas avoir un comportement susceptible d'examen.
53. Par conséquent, en examinant ci-dessous la question de savoir si Pear a un comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi*, le Tribunal examinera si, selon la prépondérance des probabilités, il y a des éléments de preuve indiquant qu'un tel comportement est susceptible de se produire.
- II. Alinéa 74.01(1)a — Indications fausses ou trompeuses sur un point important*
54. La première disposition de la partie VII.1 en vertu de laquelle la Commissaire allègue que le comportement de Pear est susceptible d'examen est l'alinéa 74.01(1)a). Pour que Pear ait un comportement susceptible d'examen visé par cet alinéa, les Indications de confidentialité doivent : i) avoir été faites dans le but de promouvoir, directement ou indirectement, un produit ou un autre intérêt commercial; ii) avoir été présentées au public; et iii) être fausses ou trompeuses sur un point important. Pour les motifs qui suivent, il apparaît au Tribunal que les Indications de confidentialité de Pear satisfont à chacun des éléments qui précèdent et qu'elles sont susceptibles d'examen visé par l'alinéa 74.01(1)a).
55. Dans le cas présent, la question n'est pas de savoir si Pear a présenté des Indications de confidentialité dans le but de promouvoir un intérêt commercial ou si elles ont été communiquées au public. Les Indications de confidentialité faisaient partie d'une campagne de publicité multicanal, qui comprenait des publicités télévisées, des publicités numériques, des panneaux publicitaires et des publicités imprimées, qui visait clairement à promouvoir les ventes du PearGab 6. Les deux parties conviennent qu'il est incontestable que ces indications ont été communiquées au public dans le but de promouvoir un intérêt commercial. Par conséquent, la question de savoir si les Indications de confidentialité sont susceptibles d'examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)a) repose sur la question de savoir si elles sont fausses ou trompeuses sur un point important.

a. L'impression générale

56. Premièrement, le Tribunal tiendra compte de l'impression générale transmise aux consommateurs, en plus de la signification littérale de l'indication, en se fondant uniquement sur les indications réellement communiquées au public.
57. Pear soutient que, lorsqu'elle examine l'impression générale d'une indication, l'analyse des impressions générales doit être effectuée dans l'optique d'un consommateur ayant une appréciation opportune du produit en cause. En l'espèce, Pear affirme qu'un tel consommateur aurait une connaissance contextuelle de la sécurité des données qui viendrait légitimer les indications en question. Un tel consommateur saurait que les cyberattaques sont inévitables, qu'elles sont fortuites, peu importe les mesures de protection des renseignements personnels en place. Bien entendu, cette connaissance éclairerait leur impression générale des Indications de confidentialité.
58. Le Tribunal n'est pas d'accord avec l'affirmation de Pear. Dans l'évaluation de l'optique pertinente du consommateur, la Cour suprême, dans l'arrêt *Richard c. Time*, 2012 CSC 8 (« **Richard** »), est instructive. Elle nous indique que le consommateur pertinent est considéré comme « crédule et inexpérimenté » — une norme délibérément peu élevée. De plus, le « consommateur crédule et inexpérimenté » est un consommateur générique, et non un consommateur qui est autrement informé, prêt à considérer la publicité dans un contexte non avoué. Les Indications de confidentialité ont été faites auprès du grand public, dans le but d'attirer les personnes qui veulent des téléphones intelligents, mais aussi celles qui ne cherchent pas de téléphones intelligents, mais qui pourraient être convaincues par les publicités d'en acheter un. Les consommateurs doivent être prêts à faire confiance aux commerçants, dans ce cas-ci à Pear, sur la base de l'impression générale que leur a donnée l'indication. Il convient donc, au moment d'évaluer l'impression générale, de tenir compte du point de vue de l'acheteur ordinaire pressé — celui qui [TRADUCTION] « qui ne prête rien de plus qu'une attention ordinaire à ce qui lui saute aux yeux lors d'un premier contact avec une publicité » (*Richard*, au paragraphe 67), et pas seulement le point de vue d'un consommateur ayant une connaissance préalable relative à l'achat de téléphones intelligents.
59. Quoi qu'il en soit, l'impression générale doit être fondée sur les indications communiquées au public. Dans *Richard*, au paragraphe 57, il est question autant [TRADUCTION] « de la facture visuelle que de la signification des mots employés ». Les Indications de confidentialité ont créé l'impression, tant en ce qui concerne le sens littéral des mots que le contexte global, que le PearGab 6 protégerait les renseignements personnels des utilisateurs. De plus, les Indications de confidentialité ont laissé entendre que les utilisateurs n'ont pas à se soucier de la protection de leurs renseignements personnels lorsqu'ils utilisent le PearGab 6 en raison de ses fonctions de protection des données. Les Indications de confidentialité n'excluaient pas explicitement les cyberattaques de la portée de leurs garanties ni ne mentionnaient autrement la fréquence ou le risque inévitable de cyberattaques; on ne peut présumer que les consommateurs tiennent compte de ces facteurs.
60. Il s'ensuit que l'impression générale transmise au public était que le PearGab 6 offrait une protection des renseignements personnels, y compris contre les cyberattaques.

61. Le Tribunal reconnaît que les cyberattaques sont désormais plus courantes, et qu'on peut s'attendre à ce qu'un consommateur ayant une certaine connaissance de ce type d'attaques comprenne le risque inévitable qu'elles représentent. De plus, le Tribunal n'écarte pas la possibilité que la plupart des acheteurs du PearGab 6, particulièrement au cours des premiers mois suivant sa mise en marché, eussent cette connaissance. Toutefois, le Tribunal estime que rien de tout cela n'est pertinent à la question qui nous occupe, laquelle exige plutôt que l'on tienne compte de l'impression générale créée pour un consommateur générique, crédule et inexpérimenté.
62. Comme l'impression générale a été déterminée, le Tribunal déterminera maintenant si, sur cette base, les Indications de confidentialité sont fausses ou trompeuses.
63. La Commissaire soutient que, après avoir pris connaissance des Indications de confidentialité, le consommateur ordinaire comprendrait que le PearGab 6 offre aux utilisateurs une protection des renseignements personnels, y compris contre les cyberattaques. Le consommateur ordinaire déduirait des publicités que, s'il achetait un PearGab 6, il pourrait utiliser l'appareil en toute sécurité sans craindre que des malfaiteurs ne portent atteinte à sa vie privée.
64. Après examen des Indications de confidentialité et de la preuve fournie, le Tribunal est d'accord avec la Commissaire. Le consommateur ordinaire comprendrait, d'après les Indications de confidentialité, que le PearGab 6 offrait une sécurité sans faille, ce qui s'est révélé inexact dans les six mois qui ont suivi le lancement de l'appareil sur le marché. Les Indications de confidentialité ne contenaient aucune indication que les mesures de protection des renseignements personnels du PearGab 6 pouvaient être violées et que les données des utilisateurs étaient — dans une certaine mesure — vulnérables.
65. Le fait qu'un consommateur ait pu s'ouvrir les yeux sur la fausse impression (p. ex. en lisant des reportages sur des cyberattaques) ne constitue pas une défense contre le mensonge (*Go Travel Direct Inc. v Maritime Travel Inc.*, 2009 NCSA 42). La Loi est axée sur les indications et non sur les actions des consommateurs potentiels. Il n'incombe pas aux consommateurs d'effectuer des recherches supplémentaires sur la validité de la prétention d'un commerçant. Il incombe au commerçant de fournir tous les faits importants qui ont une incidence sur la compréhension qu'a le consommateur de l'indication communiquée par le commerçant. Plutôt, le fait que Pear n'ait pas mentionné quelque chose d'aussi important que la susceptibilité inévitable du PearGab 6 aux cyberattaques dans sa promotion des mesures de protection des renseignements personnels offerte par l'appareil constitue une indication négative ou une omission, qui est en soi trompeuse (*R v Shell Canada Ltd*, O.J. 290).
66. Le Tribunal conclut donc que les Indications de confidentialité semblent fausses et trompeuses.

b. Importance

67. Ayant déterminé que les Indications de confidentialité, fondées sur leur impression générale, semblent fausses et trompeuses, le Tribunal doit maintenant évaluer l'importance de ces fausses déclarations. Les tribunaux ont affirmé que le mot « important » renvoie au [TRADUCTION] « degré auquel l'acheteur est influencé par les mots utilisés pour l'amener à décider si oui ou non il devrait effectuer l'achat » (*Commissaire de la concurrence c. Sears Canada Inc.*, 2005 CACT 2, au para 335). Le

Tribunal doit déterminer si les Indications de confidentialité pourraient amener un consommateur à adopter un comportement qu'il juge avantageux, à la lumière des indications. Plus simplement, l'importance est établie si elle est susceptible d'influencer la décision d'achat d'un consommateur ordinaire.

68. La Commissaire soutient que les Indications de confidentialité étaient importantes, car elles pourraient avoir incité les consommateurs à acheter le PearGab 6, un appareil de 1 000 \$. Compte tenu des utilisations prévues du PearGab 6, y compris le stockage de données financières et de données santé sensibles concernant les utilisateurs, la Commissaire soutient que les Indications de confidentialité seraient un facteur critique dans les décisions d'achat des consommateurs.
69. Pear n'est pas d'accord avec l'affirmation de la Commissaire, affirmant plutôt que la protection des renseignements personnels est tout au plus une caractéristique accessoire du PearGab 6 et qu'elle n'inciterait pas les consommateurs à acheter l'appareil. À l'appui de sa prétention, Pear a produit une étude interne qui a montré que la protection des renseignements personnels ne figurait pas parmi les trois caractéristiques les plus importantes des téléphones intelligents aux yeux des utilisateurs, et elle a démontré l'ignorance générale des consommateurs à l'égard des paramètres de confidentialité sur les téléphones intelligents.
70. Les données fournies par Pear ne prouvent pas que la protection des renseignements personnels est sans importance dans les décisions d'achat des consommateurs. D'abord, la question de Pear aux consommateurs dans son étude autonome est différente de la question soulevée en l'espèce. Lorsqu'on leur demande quelles sont les « fonctions les plus importantes » d'un téléphone intelligent, la plupart des personnes interrogées considèrent naturellement les applications que l'on utilise activement et qui procurent aux utilisateurs commodité ou plaisir, plutôt que les fonctionnalités passives dont les utilisateurs dépendent inconsciemment au quotidien, comme les mesures de protection des renseignements personnels. Ensuite, le manque de compréhension des utilisateurs à l'égard des paramètres de confidentialité ne démontre qu'une ignorance générale de l'application technique des fonctions de confidentialité. Il ne démontre pas une apathie à l'égard de la protection des renseignements personnels en général. Le consommateur ordinaire et crédule est souvent peu qualifié sur le plan technologique.
71. Le Tribunal accepte toutefois l'affirmation de Pear selon laquelle la protection des renseignements personnels n'est peut-être pas le seul facteur — ou le plus important — que considèrent les consommateurs lorsqu'ils achètent un téléphone intelligent. Mais là n'est pas la norme en cause. Le Tribunal doit tenir compte de la mesure dans laquelle les indications peuvent influencer les décisions d'achat des consommateurs. Clairement, la protection des renseignements personnels était un facteur suffisamment convaincant chez les consommateurs pour que Pear fasse de la publicité qui y est consacrée, sur de multiples canaux, ce qui a fait ressortir la protection de la vie privée comme un avantage clé pour les consommateurs. Il est difficile d'accepter que Pear ait dépensé des ressources, produit des publicités pour la télévision, les médias imprimés, les canaux numériques et plus encore, si elle n'estimait pas que la protection des renseignements personnels était une considération importante pour les consommateurs.
72. Par conséquent, le Tribunal est d'accord avec la Commissaire; il semble que les Indications de confidentialité étaient fausses et trompeuses sur un point important, de

sorte que Pear semble avoir un comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi*.

III. *Alinéa 74.01b) — Déclaration ou garantie visant le rendement*

73. Ayant conclu que les Indications de confidentialité semblent constituer un comportement susceptible d'examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)a), le Tribunal est convaincu que, pour l'application du paragraphe 74.11(1), Pear semble avoir un comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi*. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de déterminer si les Indications de confidentialité semblent également constituer un comportement susceptible d'examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)b) pour statuer sur la demande de la Commissaire. Cependant, les Parties ont chacune présenté des observations détaillées sur la question, et le Tribunal les a examinées attentivement.

a. Comportement susceptible d'examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)b)

74. L'alinéa 74.01(1)b) de la *Loi* prévoit que :

Est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne au public, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques :

[...]

ou bien, sous la forme d'une déclaration ou d'une garantie visant le rendement, l'efficacité ou la durée utile d'un produit, des indications qui ne se fondent pas sur une épreuve suffisante et appropriée, dont la preuve incombe à la personne qui donne les indications;

75. Par conséquent, pour que les Indications de confidentialité constituent une conduite susceptible d'examen en vertu de cet alinéa, les Indications de confidentialité doivent : i) avoir été faites dans le but de promouvoir un produit ou un intérêt commercial; ii) avoir été présentées au public; iii) constituer une déclaration ou une garantie visant le rendement, l'efficacité ou la durée utile d'un produit; et iv) ne pas être fondées sur des épreuves suffisantes et appropriées.

76. Comme il en a été question au sujet de l'alinéa 74.01(1)a) de la *Loi*, Pear n'a pas contesté le fait que les Indications de confidentialité ont été faites dans le but de promouvoir le PearGab 6 et qu'elles ont été rendues publiques. Conformément à l'analyse qui précède, le Tribunal est convaincu que les deux premiers éléments de l'alinéa 74.01(1)b) sont satisfaits en l'espèce.

77. De l'aveu même de Pear, aucune épreuve n'a été effectuée relativement aux Indications de confidentialité avant la campagne PearGab 6. Aucune des Parties n'a présenté d'élément de preuve quant à savoir si de telles épreuves avaient été réalisées après la lettre du 15 septembre de Pear. Toutefois, une épreuve suffisante et adéquate aux fins de l'alinéa 74.01(1)b) doit être réalisée avant que l'indication connexe soit présentée au public [*Commissaire de la concurrence c. Imperial Brush Co.*, 2008 CACT 2, au para 125;

Canada (Bureau de la concurrence) v. Chatr Wireless Inc., 2013 ONSC 5315, au para 293 (« *Chatr* »)]. Bien qu'on ait jugé que l'alinéa 74.01(1)b) établissait une norme souple pour déterminer si une prétention a fait l'objet d'une épreuve suffisante et adéquate, « il doit y avoir un critère » (*Chatr*, au para 344). Comme aucune épreuve n'a été réalisée, le Tribunal conclut que les Indications de confidentialité satisfont au dernier élément de l'alinéa 74.01(1)b).

78. Par conséquent, la question de savoir si les Indications de confidentialité constituent ou non un comportement susceptible d'examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)b) de la *Loi* repose sur la question de savoir si les Indications de confidentialité constituent ou non « une déclaration ou une garantie visant le rendement, l'efficacité ou la durée utile d'un produit » (« **Allégation de rendement** »). Bien que, comme il en a été question ci-dessus, il apparaisse au Tribunal que les Indications de confidentialité sont fausses et trompeuses sur un point important, dans la mesure où les Indications de confidentialité sont une Allégation de rendement, elles constituent un comportement susceptible d'examen visé par la partie VII.1 de la *Loi* de manière entièrement indépendante des conclusions antérieures du Tribunal. Une Allégation de rendement doit être fondée sur des épreuves suffisantes et adéquates; la véracité de la déclaration ne constitue pas une défense en vertu de l'alinéa 74.01(1)b).

b. Les Indications de confidentialité constituent-elles une Allégation de rendement?

79. La Commissaire soutient que l'application de l'alinéa 74.01(1)b) aux Indications de confidentialité est sans équivoque : Pear a fait une « promesse », un simple synonyme de « garantie ». Toutefois, l'affirmation de la Commissaire ne porte que sur la moitié de l'exigence en matière d'Allégation de rendement en vertu de l'alinéa 74.01(1)b). La *Loi* n'exige pas d'épreuves suffisantes et adéquates pour toutes les allégations, mais seulement pour celles qui ont trait au « rendement, à l'efficacité ou à la durée utile d'un produit ».

80. Comme le juge Marrocco l'a fait remarquer dans *Chatr*, si l'on compare l'application de la *Loi* à la démarche de la Federal Trade Commission (« **FTC** ») aux États-Unis [TRADUCTION] :

L'alinéa 74.01(1)b) ne s'applique qu'aux allégations de rendement. Aux États-Unis, la politique de justification de la FTC s'applique aux « prétentions objectives ». Les seules prétentions exemptées de l'exigence de justification de la FTC sont les prétentions subjectives ou sans importance.

81. Par conséquent, deux questions doivent être examinées afin de déterminer si les Indications de confidentialité constituent une Allégation de rendement. Premièrement, les Indications de confidentialité constituent-elles une « déclaration ou une garantie »? Deuxièmement, si c'est le cas, est-ce que cela concerne le « rendement, l'efficacité ou la durée utile d'un produit »?

82. Pour ce qui est de la première question, le Tribunal convient avec la Commissaire qu'il est incontestable que le sens littéral d'une « promesse » correspond à une « déclaration ou garantie ». Toutefois, conformément au paragraphe 74.03(5), le Tribunal doit également tenir compte de l'impression générale des Indications de confidentialité.

83. Le Tribunal convient avec Pear que, pour évaluer l'impression générale, il faut tenir compte du contexte entourant les Indications de confidentialité. Toutefois, avec tout le respect que nous lui devons, le Tribunal ne peut accepter la prétention de Pear selon laquelle l'association de la « promesse » à un caractère fictif, à savoir une poire anthropomorphique fantaisiste de surcroît, établit les Indications de confidentialité comme une « simple illusion » plutôt que comme une « déclaration ou garantie » sérieuse. Pear, dans sa lettre au Bureau, a affirmé explicitement la sincérité de la Promesse de confidentialité de Pyrus. Pear ne peut à la fois affirmer que les Indications de confidentialité sont un reflet authentique de son « ethos » et qu'elles ne devraient pas être comprises comme telles par les consommateurs. Les publicitaires ne peuvent pas se soustraire à la partie VII.1 de la *Loi* simplement en faisant parler leurs mascottes en leur nom. Le Tribunal est convaincu que les Indications de confidentialité semblent constituer une « garantie ».
84. Toutefois, même s'il faut faire preuve de circonspection devant une promesse faite par une poire, le Tribunal considère que le premier volet du critère de l'Allégation de rendement établit un seuil peu élevé. Bien que la « garantie » constitue une forme d'assurance assez convaincante, l'alinéa 74.01b) s'applique également aux « déclarations ». Même en acceptant la position de Pear selon laquelle l'association avec Pyrus rend la promesse illusoire, le Tribunal considérerait néanmoins que les Indications de confidentialité semblent constituer une « déclaration ».
85. Ayant conclu que les Indications de confidentialité satisfont au premier volet du critère de l'Allégation de rendement, il est nécessaire de déterminer si la substance des Indications de confidentialité est du type visé à l'alinéa 74.01(1)b).
86. Trois sujets sont énoncés à l'alinéa 74.01(1)b) : i) le rendement; (ii) l'efficacité; et (iii) la durée utile. La Commissaire n'a pas suggéré que les Indications de confidentialité ont trait à la durée utile, et le Tribunal estime qu'il est évident que ce n'est pas le cas. La Commissaire affirme que les Indications de confidentialité se rapportent à la fois au « rendement » et à l'« efficacité » du PearGab 6, dont le sens, selon elle, est large. En plaidoirie, la Commissaire a reconnu qu'il existe une catégorie de « déclarations objectives » qui échapperait à la portée de l'alinéa 74.01(1)b), mais elle soutient que cette catégorie est étroite.
87. Bien que la Commissaire ait laissé entendre qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir les limites des allégations de « rendement » et d'« efficacité », elle a affirmé que ces termes doivent englober « tout ce qu'un produit fait, réalise ou fournit par une action quelconque », la catégorie des « déclarations objectives » qui échappent à la portée de l'alinéa 74.01(1)b) étant relativement limitée et incluant « les caractéristiques physiques statiques ». La Commissaire affirme que la protection des renseignements personnels est le résultat de l'« exécution continue » d'un grand nombre de processus et de fonctions, et qu'une promesse de confidentialité (comme, selon ce que prétend la Commissaire, les Indications de confidentialité) est par conséquent une garantie visant le rendement au sens de l'alinéa 74.01(1)b).
88. En tout respect, le Tribunal considère que la norme proposée par la Commissaire est vague et incertaine. Elle est également incompatible avec le libellé de la *Loi*, car une interprétation aussi large du rendement et de l'efficacité rendrait redondante la « durée utile ». Le Tribunal accepte plutôt la position de Pear selon laquelle, pour qu'une

déclaration se rapporte au « rendement » ou à l'« efficacité », il doit se rapporter à une réalisation précise et mesurable.

89. L'affirmation de Pear selon laquelle ses produits ont été « conçus » pour protéger la confidentialité des données d'un utilisateur est une déclaration objective. Soit Pear a tenu compte de la confidentialité des données dans son processus de conception, soit non. Dans l'affirmative, elle devrait être en mesure de produire des éléments de preuve à cet égard. Toutefois, comme les Indications de confidentialité ne portent pas sur une réalisation précise ou mesurable, la *Loi* ne l'exige pas.
90. Il n'apparaît pas au Tribunal que les Indications de confidentialité se rapportent « au rendement, à l'efficacité ou à la durée utile d'un produit » et, par conséquent, il n'apparaît pas au Tribunal que Pear a un comportement susceptible d'examen en vertu de l'alinéa 74.01(1)b) de la *Loi*.

IV. *Alinéa 74.11(1)a) – Un dommage grave sera vraisemblablement causé*

91. Le deuxième élément du critère prévu au paragraphe 74.11(1) exige que la Commissaire convainque le Tribunal que le comportement susceptible d'examen causera vraisemblablement un dommage grave, à moins que le Tribunal ne rende l'ordonnance demandée.
92. Pour les motifs qui suivent, le Tribunal n'est pas convaincu que la Commissaire s'est acquittée du fardeau qui lui incombait en vertu de l'alinéa 74.11(1)a).
 - a. Le seuil établi à l'alinéa 74.11(1)a) de la *Loi*
93. La Commissaire soutient que la norme établie à l'article 74.11 selon laquelle le Tribunal peut conclure qu'un dommage sera causé en l'absence de l'ordonnance demandée est moins élevée que celle applicable aux injonctions interlocutoires en *common law*.
94. Le Tribunal convient avec la Commissaire que la démonstration d'un dommage « grave » est différente de ce qui s'applique en *common law*, où un préjudice « irréparable » doit être démontré. Comme l'a expliqué la Cour suprême dans l'arrêt *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd* [1987] 1 RCS 110, « irréparable » désigne un préjudice qui n'est pas susceptible d'être compensé par des dommages-intérêts ou qui peut difficilement l'être. Elle renvoie à la nature du préjudice et non à son « étendue » (*RJR-Macdonald Inc. c. Canada [Procureur général]*, [1994] 1 RCS 311). En vertu de l'article 74.11 de la *Loi*, la Commissaire n'est pas tenue de démontrer que le dommage ne peut pas être indemnisé financièrement, mais plutôt que le dommage en cause est grave.
95. De plus, la Commissaire n'a qu'à démontrer qu'un dommage grave sera vraisemblablement causé en l'absence de l'ordonnance demandée, plutôt que de démontrer qu'un dommage a été causé ou sera nécessairement causé, comme c'est le cas pour obtenir un redressement interlocutoire en *common law*. À cet égard, le libellé de l'alinéa 74.11(1)a) diffère expressément du critère applicable au redressement interlocutoire en *common law* et, à la lumière des règles d'interprétation des lois, le Tribunal est convaincu que le législateur avait l'intention de prévoir une norme moins élevée pour obtenir une mesure provisoire en vertu de l'article 74.11 de la *Loi*.
96. Le Tribunal n'est toutefois pas d'accord avec l'observation de la Commissaire selon laquelle, dans l'éventualité où le Tribunal conclut que Pear semble avoir un comportement

susceptible d'examen en vertu des alinéas 74.01(1)a) ou 74.01(1)b) de la *Loi*, on peut alors déduire que le comportement causera vraisemblablement un dommage grave. La simple occurrence d'un comportement susceptible d'examen n'est pas suffisante pour satisfaire au deuxième volet du critère. Au contraire, la Commissaire doit démontrer : i) la gravité du dommage susceptible de découler du comportement, et ii) que le dommage allégué découle du comportement susceptible d'examen, en l'espèce les Indications de confidentialité faites dans le cadre de la Campagne PearGab 6. Une telle démonstration ne peut être faite qu'en présentant des preuves précises d'un dommage vraisemblable.

b. Application en l'espèce

97. Le Tribunal conclut que, en l'espèce, la Commissaire n'a pas amené le Tribunal à conclure à un dommage grave réel et précis causé aux consommateurs ou à la concurrence.
98. La Commissaire prétend qu'elle est présumée présenter cette demande dans l'intérêt public et que l'article 74.01 de la *Loi* vise à protéger la concurrence et le bon fonctionnement du marché. De l'avis de la Commissaire, la gravité du préjudice causé à la concurrence et aux consommateurs par les pratiques commerciales trompeuses est démontrée par le fait que le législateur a rendu un tel comportement susceptible d'examen et que la *Loi* prescrit des pénalités importantes pour une telle conduite.
99. Le Tribunal convient avec la Commissaire que le régime de la partie VII.1 de la *Loi* est conforme à la conclusion selon laquelle le législateur considérait que le comportement susceptible d'examen était suffisamment délétère pour justifier une sanction importante. Toutefois, cela n'est pas suffisant pour satisfaire au deuxième volet du critère prévu au paragraphe 74.11(1) de la *Loi*. La gravité du dommage causé à la concurrence ou aux consommateurs doit être établie en s'appuyant de façon précise sur la preuve. En concluant autrement, on rendrait superflu le deuxième volet du critère de la réparation provisoire, ce qui laisserait entendre que le législateur a parlé en vain.
100. En plaidoirie, la Commissaire a affirmé que la diffusion continue des indications nuit aux consommateurs, qui peuvent acheter un PearGab 6 et être exposés involontairement à des cyberattaques en s'appuyant de façon injustifiée sur les mesures de protection des renseignements personnels de Pear, et au marché, puisque les Indications de confidentialité fausseront, de l'avis de la Commissaire, la concurrence et décourageront les progrès réels en matière de protection des données. Le Tribunal ne conteste pas que de tels dommages puissent survenir et appuie une conclusion en faveur de la Commissaire en vertu de l'alinéa 74.11(1)a). Toutefois, il incombe à la Commissaire de démontrer, preuve à l'appui, que de tels dommages seront vraisemblablement causés et seraient graves. La Commissaire ne s'est pas acquittée de ce fardeau.
101. Bien qu'en vertu de l'alinéa 74.03(4)a), il ne soit pas nécessaire, pour l'application de l'alinéa 74.01(1)a), d'établir qu'une personne a été trompée ou induite en erreur, on ne peut pas en dire autant pour établir qu'un dommage grave sera vraisemblablement causé en vertu de l'alinéa 74.11(1).
102. Considérant la preuve présentée par Pear au sujet de la diffusion répandue et effective de la Campagne PearGab 6, y compris les Indications de confidentialité, depuis son lancement, rien n'indique que la poursuite de la Campagne PearGab 6 aura un effet sur les consommateurs ciblés, puisqu'ils sont déjà exposés aux déclarations sur la protection des Indications de confidentialités depuis des mois. De plus, la sécurité des données n'est

pas considérée comme une caractéristique importante des téléphones intelligents pour 82 % des consommateurs sondés; par conséquent, on ne sait pas dans quelle mesure un plus grand nombre d'appareils PearGab 6 seront vendus après le maintien des Indications de confidentialités comparativement à leur abandon.

103. Dans ce contexte factuel, la Commissaire n'a présenté aucune preuve quant au nombre de consommateurs, le cas échéant, qui sont susceptibles d'être induits en erreur ni quant à la mesure, le cas échéant, dans laquelle les dommages potentiels soulevés en plaidoirie seront vraisemblablement causés.
104. Comme il incombe à la Commissaire de démontrer que, en l'absence de l'ordonnance demandée, un préjudice grave réel et précis sera vraisemblablement causé par le comportement susceptible d'examen, et qu'elle ne l'ait pas fait, le Tribunal conclut que la Commissaire ne s'est pas acquittée du fardeau de la preuve qui lui incombait en vertu du paragraphe 74.11(1) de la *Loi*.

G. Ordonnance

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

FAIT à Ottawa, ce 18^e jour d'octobre 2022.

SIGNÉ au nom du Tribunal par les membres du panel.