



Cas de figure du concours de plaidoirie Adam F. Fanaki 2024
Commissaire de la concurrence c. Find Your Robin Inc.

I. SOMMAIRE

1. La commissaire de la concurrence (la « **commissaire** ») a déposé une demande en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, telle que modifiée (la « **Loi** »), demandant une ordonnance enjoignant à Find Your Robin Inc. (« **FYR** ») de ne pas procéder à son projet d'acquisition de Penguin Ltd. (« **Penguin** »; avec FYR, les « **parties à la fusion** ») (la « **fusion** ») afin de résoudre le problème de diminution ou d'empêchement sensible de la concurrence (« **DESC** ») qui, selon la commissaire, est susceptible de résulter de la fusion (la « **demande en vertu de l'article 92** »).
2. La fusion représente l'union de deux agences de rencontre en ligne, qui proposent chacune une application de rencontre à succès (parfois appelée « appli »). L'application Bat Signal de FYR est l'application de rencontre la plus populaire au Canada, avec 2,5 millions de membres en règle d'un océan à l'autre. L'application de Penguin, The Hero You Deserve (« **HYD** »), n'est disponible qu'à Toronto et, depuis son lancement, a rapidement acquis une clientèle fidèle parmi les personnes jugées « dignes » d'être admises par son algorithme commercial d'admission et de jumelage de la clientèle (« **Emperor** »).
3. Le 1^{er} mars 2023, la fusion a fait l'objet d'un avis adressé à la commissaire en vertu de la Partie IX de la Loi. Le 30 juin 2023, à l'expiration du délai prévu au paragraphe 123(1) de la Loi, la commissaire a présenté la demande en vertu de l'article 92, faisant valoir que la fusion est susceptible d'entraîner un problème de DESC en ce qui concerne les applications de rencontre dans quatre villes du Canada.
4. Bien que les parties à la fusion aient toujours affirmé, y compris dans le cadre de la demande en vertu de l'article 92, que la fusion n'entraînerait pas de problème de DESC dans aucun marché pertinent, le 12 juillet 2023, les parties à la fusion ont annoncé que Penguin avait conclu un protocole d'entente (« **PE** ») avec Riddler Inc. (« **Riddler** »), une nouvelle application de rencontre établie à Waterloo, en vertu duquel Penguin céderait le code source de Emperor à Riddler (la « **cession** ») sous réserve de la clôture de la fusion, mais avant celle-ci.
5. Dans leur réponse à la demande en vertu de l'article 92, les parties à la fusion ont soutenu que le Tribunal devait examiner la fusion telle que modifiée par la cession. À leur avis, la demande en vertu de l'article 92 de la commissaire, qui réclame au Tribunal de conclure à l'existence d'un problème de DESC en ce qui concerne la fusion elle-même, et sans tenir compte de la cession, est sans objet. Cependant, les parties à la fusion soutiennent que même s'il était approprié pour le Tribunal d'examiner la fusion, à l'exclusion de la cession, il incombe à la commissaire de démontrer que la cession est insuffisante pour résoudre le problème de DESC, ce dont la commissaire ne s'est pas acquittée.
6. La commissaire rejette le fait que la demande en vertu de l'article 92 soit sans objet et exhorte le Tribunal à examiner la fusion telle qu'elle a été proposée à l'origine par les parties à la fusion, sans tenir compte de la cession. La commissaire soutient en outre que, si le Tribunal conclut à l'existence d'un problème de DESC en ce qui concerne la fusion,

il incombera alors aux parties à la fusion de démontrer l'efficacité de la cession en tant que mesure corrective.

7. Pour les raisons exposées ci-dessous, le Tribunal est d'accord avec la commissaire à l'égard du fait que l'analyse en vertu de l'article 92 est correctement entreprise en ce qui concerne la fusion (sans tenir compte de la cession). Le Tribunal estime que la commissaire a démontré que la fusion est susceptible d'entraîner un problème de DESC pour les applications de rencontre à Toronto. Nous ne considérons toutefois pas qu'il y ait un fondement pour une telle conclusion dans d'autres villes canadiennes. En examinant la mesure corrective appropriée pour le problème de DESC avéré, le Tribunal convient avec les parties à la fusion qu'il incombe à la commissaire de démontrer que la cession est insuffisante, ce dont la commissaire ne s'est pas acquittée. Pour ces motifs, la demande de la commissaire est rejetée.

II. LES PARTIES

8. La commissaire est la fonctionnaire nommée par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 7 de la Loi qui est responsable d'assurer et de contrôler l'application de la Loi.
9. Établie à Winnipeg et cotée à la Bourse de Toronto, FYR est la plus grande agence de rencontre en ligne au Canada. Son produit principal, Bat Signal, est une application de rencontre accessible à l'échelle nationale sur les deux grandes boutiques d'applications (Grove de Citrus et Frolic d'Ogle). Les stratégies de développement et de marketing de Bat Signal s'appuient sur la conviction profonde de FYR selon laquelle [TRADUCTION] « le monde est plus sûr lorsque tout le monde a trouvé son ou sa complice ». Conformément à la mission de FYR qui veut [TRADUCTION] « démocratiser l'amour », l'application Bat Signal est disponible sans achat intégré, ce qui garantit que les mêmes fonctionnalités sont disponibles pour toute la clientèle utilisatrice. Au lieu de frais d'utilisation, FYR génère des revenus grâce à la publicité.
10. Penguin est une société privée établie à Toronto qui a été créée par son fondateur et actuel président, Daniel Datoe, en 2020. Comme FYR, Penguin propose son application de rencontre, HYD, gratuitement par l'intermédiaire de Grove et de Frolic. Toutefois, M. Datoe a sciemment construit HYD dans le but direct d'offrir une expérience différente de celle de Bat Signal. Penguin décrit HYD comme [TRADUCTION] « un endroit où l'élite peut se retrouver, sans la racaille qui encombre les autres services de rencontre ». Conformément à cet objectif, la clientèle potentielle doit suivre une procédure de demande et être approuvée par Penguin. Les admissions sont gérées par Emperor, l'algorithme commercial de Penguin, qui a été conçu pour évaluer la clientèle potentielle sur le fondement des données soumises directement par la clientèle à l'inscription, provenant de fournisseurs de données tiers et du comportement de la clientèle existante de HYD. Outre sa fonction de contrôle, Emperor facilite les rencontres entre membres sur HYD en leur faisant des [TRADUCTION] « recommandations de jumelage ». Selon Penguin, Emperor fait office de [TRADUCTION] « boucle de rétroaction vertueuse », dans laquelle l'« expérience » acquise par le processus de jumelage contribue au processus d'admission et les données recueillies dans le cadre du processus d'admission soutiennent le jumelage.

III. LE CONTEXTE DE LA PROCÉDURE

11. Le 19 février 2023, FYR et Penguin ont annoncé avoir conclu une entente exécutoire d'achat d'actions en vertu de laquelle FYR acquerrait toutes les actions émises et en circulation de Penguin pour la somme de 477,4 M\$, sous réserve de la satisfaction de diverses conditions de clôture, y compris l'autorisation en vertu de la Loi.
12. Comme la fusion dépasse les seuils prévus à la Partie IX de la Loi, le 1^{er} mars 2023, les parties à la fusion ont déposé auprès de la commissaire et du Bureau de la concurrence (le « **Bureau** ») des avis en vertu de l'article 114 de la Loi, accompagnées d'une demande de certificat de décision préalable ou, à titre subsidiaire, d'une lettre de non-intervention. Le 31 mars 2023, le Bureau a adressé aux parties des demandes de renseignements supplémentaires (« **DRS** »), exigeant la production d'un grand nombre de documents et de données concernant le cours normal de leurs activités. Le 30 mai 2023, les parties à la fusion ont certifié la conformité avec leurs DRS respectives.
13. Le 30 juin 2023, la commissaire a introduit la demande en vertu de l'article 92 et a présenté une demande en vertu de l'article 104 de la Loi pour obtenir une ordonnance du Tribunal demandant à FYR de ne pas procéder à la fusion jusqu'à ce que la décision du Tribunal concernant la demande en vertu de l'article 92 soit définitivement tranchée.
14. Le 5 juillet 2023, la commissaire et les parties à la fusion ont conclu un accord par consentement, qui a été enregistrée auprès du Tribunal le même jour, en vertu de laquelle i) les parties à la fusion ont accepté de ne pas conclure la fusion jusqu'à ce que le Tribunal ait statué définitivement sur la demande en vertu de l'article 92 et ii) toutes les parties ont accepté de demander une audience accélérée de la demande en vertu de l'article 92. Le 10 juillet 2023, le Tribunal a rendu une ordonnance fixant l'audience de la demande en vertu de l'article 92 au 18 septembre 2023.
15. Le 12 juillet 2023, les parties à la fusion ont écrit à la commissaire pour l'informer qu'elles avaient conclu un PE avec Riddler prévoyant la cession (la « **lettre de cession** »).
16. Le 18 septembre 2023, l'audience de 5 jours de la demande en vertu de l'article 92 s'est ouverte devant ce Tribunal. Bien que les parties à la fusion aient fait valoir les avantages concurrentiels généraux de la fusion, elles n'ont pas indiqué que la fusion générerait des gains en efficience au sens de l'article 96 de la Loi. Par conséquent, la « **défense fondée sur les gains en efficience** » n'est pas en cause dans la présente demande.

IV. LA CESSION

17. Riddler est une jeune entreprise établie à Waterloo fondée en 2015 qui offre une application éponyme accessible à travers le Canada et au Royaume-Uni. Initialement axée sur les jeux-questionnaires, Riddler a pris son essor pendant les confinements attribuables à la COVID-19, alors que la clientèle affluait dans ses soirées de jeux-questionnaires virtuelles. En février 2022, alors que la fréquentation diminuait en raison de la réouverture progressive, Riddler a augmenté les fonctionnalités de son application en lançant une fonction de rencontre (appelée « **Gord** »). S'appuyant sur les points forts de Riddler, Gord demande à des couples potentiels de répondre correctement à la même énigme pour pouvoir entamer une conversation. Même si Gord a attiré un bon nombre d'utilisateurs engagés dans certains cercles sociaux, l'application a eu du mal à obtenir une large reconnaissance ou à connaître une grande popularité. Riddler, qui cherche à

augmenter son capital de risque, a présenté Gord comme un vecteur de croissance essentiel et a tenté d'élargir son attrait et d'attirer une nouvelle clientèle plus précieuse (comme Bat Signal et HYD, Gord n'impose pas de frais d'utilisation et génère des revenus par la vente de publicités).

18. Le PE conclu entre Penguin et Riddler prévoit que Penguin et Riddler négocieront de bonne foi et mettront tout en œuvre pour conclure une convention d'achat d'actifs conforme pour l'essentiel aux conditions énoncées dans un projet de convention annexé au PE (le « **projet de convention** »).
19. Conformément au projet de convention, Riddler acquerrait auprès de Penguin le code source et l'ensemble de la propriété intellectuelle connexe de Emperor. Toutefois, le projet de convention prévoit également que Riddler accorderait aux parties à la fusion une licence de cinq ans pour l'utilisation exclusive de Emperor à l'extérieur de l'Ontario. En effet, selon le projet de convention, pendant cinq ans, Riddler bénéficierait de l'usage exclusif de Emperor en Ontario, tandis que les parties à la fusion auraient droit à l'usage exclusif de Emperor à l'extérieur de l'Ontario. Après cinq ans, les parties à la fusion n'auraient plus aucun droit sur Emperor.
20. Dans la lettre de cession, les parties à la fusion ont écrit ce qui suit au Bureau :
[TRADUCTION]

Penguin est prête à conclure une entente exécutoire avec Riddler dès que la demande en vertu de l'article 92 aura été définitivement tranchée, dans des conditions permettant de conclure la fusion, que cela se fasse, comme nous l'espérons, de façon consensuelle ou par l'intermédiaire du Tribunal. L'entente sera conclue dans des conditions compatibles avec celles du projet de convention. Comme le Bureau le notera, le projet de convention prévoit une signature et une clôture immédiates et n'est soumis à aucune autorisation ou approbation de tiers (pour plus de certitude, la transaction proposée entre Penguin et le Riddler ne nécessitera pas d'avis au titre de la Partie IX de la Loi).

Bien que nous maintenions que la fusion n'est pas susceptible d'entraîner un problème de DESC dans un marché pertinent, nous croyons que vous conviendrez que la vente de Emperor à Riddler démontre cette conclusion au-delà de tout doute raisonnable. En particulier, en fournissant à Riddler un accès exclusif à Toronto (le seul endroit où FYR et Penguin pourraient être en apparente concurrence) au « secret » qui alimente HYD, la transaction garantira que Riddler remplacera entièrement toute concurrence qui existe actuellement entre les parties à la fusion.

21. Le 29 juillet 2023, le Bureau a écrit aux parties à la fusion en réponse à la lettre de cession. Le Bureau : i) a informé les parties à la fusion que, compte tenu de la demande en vertu de l'article 92, le Bureau n'était pas en mesure d'évaluer la cession, ii) a demandé que les parties à la fusion continuent néanmoins à tenir le Bureau informé de toute évolution concernant la cession, et iii) a noté que les parties à la fusion étaient libres de proposer la

cession au Tribunal comme mesure corrective dans le cadre de la demande en vertu de l'article 92.

V. UN APERÇU DU MARCHÉ

22. Comme indiqué ci-dessus, FYR et Penguin offrent chacune une application de rencontre (Bat Signal et HYD, respectivement), qui remplit essentiellement la même fonction : les applications des parties à la fusion permettent à la clientèle de consulter les profils des autres membres et d'exprimer un intérêt à leur égard. Lorsque deux personnes expriment mutuellement leur intérêt l'une pour l'autre, elles sont jumelées par l'intermédiaire de l'application et peuvent communiquer au moyen d'une fonction de conversation intégrée.
23. FYR et Penguin s'adressent à des clientèles distinctes : chacune des parties à la fusion vend des espaces publicitaires intégrés aux annonceurs et offre gratuitement son application à sa clientèle. Dans leurs déclarations initiales au Bureau, les parties à la fusion ont affirmé que leurs activités publicitaires sont en concurrence avec une [TRADUCTION] « gamme infinie de possibilités de publicité numérique » et que [TRADUCTION] « de façon individuelle et combinée, elles représentent une part *de minimis* du marché de la publicité numérique ». Même si la commissaire n'a pas approuvé la caractérisation par les parties à la fusion de leurs activités publicitaires, la demande en vertu de l'article 92 ne revendique pas un problème de DESC en ce qui concerne la publicité numérique et seule la fourniture par les parties à la fusion de leurs applications respectives à la clientèle est considérée comme pertinente dans le cadre de cette demande.
24. La commissaire affirme que les applications Bat Signal et HYD sont toutes deux en concurrence dans le [TRADUCTION] « marché des applications de rencontre ». Dans leurs observations, les parties à la fusion soutiennent que i) les applications de rencontre, y compris les leurs, sont en concurrence avec une vaste gamme d'autres moyens de rencontre (les parties à la fusion décrivent la concurrence comme comprenant, outre d'autres applications de rencontre, [TRADUCTION] « des sites Web de rencontre, des applications de médias sociaux à usage général, des rencontres en personne, des services de jumelage professionnels et des occasions quotidiennes de rencontrer des "personnes qui vous plairont" »), et ii) leurs applications respectives offrent des expériences distinctes l'une de l'autre. Néanmoins, les parties à la fusion n'ont pas contesté que les « applications de rencontre » constituent un marché antitrust pertinent et, aux fins de la présente demande, il s'agit du marché de produits au sein duquel le Tribunal considérera que les parties à la fusion sont en concurrence.
25. La commissaire affirme en outre que les applications de rencontre sont généralement en concurrence dans un marché géographique relativement local. En fonction des données fournies par les parties à la fusion et des applications de données de tiers, la commissaire a observé que plus de 85 % de la clientèle des applications de rencontre définit ses préférences de manière à trouver un jumelage potentiel dans un rayon de 15 km d'où elle se trouve, ce qui, selon la commissaire, est cohérent avec le fait que ces applications sont généralement utilisées pour faciliter d'éventuelles rencontres en personne. Comme indiqué ci-dessus, la commissaire estime qu'il existe une concurrence réelle ou potentielle entre les parties à la fusion dans quatre villes du Canada et que chaque ville représente un marché géographique pertinent. Les parties à la fusion n'ont pas contesté

l'approche locale générale de la commissaire en matière de définition du marché géographique, mais, pour les raisons présentées ci-dessous, elles affirment qu'il n'y a qu'un seul marché géographique pertinent aux fins de l'analyse du Tribunal : Toronto.

26. Bat Signal est la principale application de rencontre à l'échelle nationale et dans chaque marché géographique local déterminé par la commissaire. Les données non contestées présentées par la commissaire montrent que 60 % de la population canadienne qui utilise une application de rencontre utilise Bat Signal. Au Canada, Grove et Frolic proposent actuellement, respectivement, neuf et sept applications de rencontre (y compris celles des parties à la fusion et de Riddler). Cependant, outre Bat Signal, aucune application n'est utilisée par plus de 10 % de la clientèle utilisatrice canadienne d'applications de rencontre.
27. En ce qui concerne la clientèle des applications de rencontre à Toronto, Bat Signal et HYD sont les deux applications les plus fréquemment utilisées, Bat Signal et HYD étant respectivement utilisées par 34 % et 16 % de la clientèle locale des applications de rencontre. Riddler est la cinquième application de rencontre la plus populaire à Toronto, avec 3 % de la clientèle. Les troisième et quatrième applications de rencontre les plus populaires à Toronto, Fumble et Knob, sont utilisées respectivement par 9 % et 6 % de la clientèle.

VI. LES POSITIONS EN LITIGE DES PARTIES

28. Dans leurs observations écrites et leurs plaidoyers, les parties ont mis en cause à la fois des questions de procédure et des considérations de fond. Les positions des parties sur ces deux fronts sont résumées ci-dessous.

A. Les positions des parties sur les questions de procédure

29. Les parties ont présenté au Tribunal des approches opposées concernant la cession et sont en désaccord sur les implications de la décision du Tribunal sur cette question pour l'attribution du fardeau de preuve des parties.
30. Les parties à la fusion affirment qu'il est [TRADUCTION] « clairement établi en droit [qu'il n'y a qu'un seul] projet de fusion » que le Tribunal doit examiner aux fins de l'article 92 de la Loi, à savoir la fusion telle que modifiée par la cession. Les parties à la fusion soutiennent donc qu'il incombe à la commissaire d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la fusion de FYR et de Penguin, mais avec Emperor vendue à Riddler (aux conditions prévues par la cession), entraînera un problème de DESC dans un ou plusieurs marchés.
31. Même si les parties à la fusion nient que la fusion, sans la cession, entraînerait un problème de DESC, elles insistent sur le fait que ce point n'est, en tout état de cause, pas pertinent. Comme l'a dit l'avocat de FYR dans son plaidoyer, [TRADUCTION] « demander au Tribunal de décider si la fusion est mauvaise, c'est comme lui demander de décider ce que j'aurais dû manger pour déjeuner hier. Cela n'a pas d'importance. Cessez de vivre dans le passé. » Autrement dit, la position des parties à la fusion est que la demande de la commissaire concernant la question de savoir si la fusion (en elle-même) entraînera un problème de DESC est sans objet.
32. Les parties à la fusion soutiennent qu'en matière de droit et de politique, il est [TRADUCTION] « juste [que] les tribunaux aient précisé qu'une ordonnance en vertu de l'article 92 doit se rapporter à une transaction réelle, et non à une relique historique ». En

matière de droit, les parties à la fusion soutiennent que leur approche est conforme à la nature prospective de l'examen des fusions et à la reconnaissance bien établie du fait que l'analyse du Tribunal peut intégrer des événements importants qui se produisent après l'exécution d'un accord de fusion et, en fait, même après la conclusion de la fusion en question.

33. Du point de vue des politiques, les parties à la fusion soulignent que l'examen de la fusion et de la cession est conforme à la jurisprudence américaine. Bien que les parties à la fusion reconnaissent que le droit américain n'est pas contraignant pour ce Tribunal, elles soutiennent, premièrement, que l'approche réfléchie de nos voisins du sud devrait être convaincante, notamment en raison de leur grande expérience en matière de contrôle des fusions et de leur jurisprudence établie dans ce domaine; et, deuxièmement, que l'élaboration d'une approche cohésive et cohérente du contentieux des fusions est souhaitable, notamment en raison de la fréquence à laquelle les fusions dépassent les frontières et sont soumises à un examen en vertu des lois canadiennes et américaines sur la concurrence.
34. En outre, les parties à la fusion soutiennent que la position de la commissaire n'est qu'une tentative de mettre au point une transaction qui lui plaît davantage et qu'une telle approche est incompatible avec l'essence de la Loi. Les parties à la fusion soulignent que les fusions sont [TRADUCTION] « présumées légales » en vertu de la Loi. Ce n'est que lorsqu'une fusion entraîne un problème [TRADUCTION] « de diminution ou d'empêchement sensible de la concurrence » que le Tribunal peut intervenir et, même dans ce cas, uniquement dans la mesure nécessaire pour éliminer le caractère sensible. Les parties à la fusion soutiennent que la commissaire i) est [TRADUCTION] « une exécutante et non une régulatrice », ii) n'est pas chargée de concevoir ce qu'elle considère comme un résultat [TRADUCTION] « optimal du point de vue de la concurrence », et iii) ne peut pas se plaindre lorsque des parties privées concluent des transactions qui n'offrent pas de possibilité d'exécution en restant sous le seuil de DESC.
35. Bien que les parties à la fusion exhortent le Tribunal à se prononcer sur les limites de la [TRADUCTION] « fusion proposée » aux fins de la demande en vertu de l'article 92, et soulignent l'importance d'un [TRADUCTION] « droit clair et réaffirmé » sur ce point, elles soutiennent que la décision du Tribunal sur cette question n'a pas d'incidence sur cette affaire en particulier. Au-delà de l'argument des parties à la fusion selon lequel la fusion n'entraînera pas de problème de DESC (comme indiqué ci-dessous), les parties à la fusion soutiennent que même si le Tribunal examine d'abord la fusion et seulement ensuite la cession, la commissaire a le fardeau de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, à la fois que i) la fusion est susceptible d'entraîner un problème de DESC et que ii) la cession est une mesure corrective insuffisante.
36. Les parties à la fusion reconnaissent qu'il est établi que la partie qui propose une mesure corrective a le fardeau de la soutenir. Toutefois, les parties à la fusion soulignent qu'elles ne proposent aucune mesure corrective. Comme l'ont expliqué les parties à la fusion, leur position est [TRADUCTION] « simplement que la fusion n'entraînera pas de problème de DESC »; elles n'ont pas avancé que, à titre subsidiaire, le Tribunal devrait ordonner la cession pour remédier à un problème de DESC. Au contraire, les parties à la fusion ont simplement indiqué à la commissaire et au Tribunal que, dans les faits, elles ont conclu la cession et que la fusion ne sera pas réalisée sans la cession. À cet égard, il incombe à la

commissaire de justifier l'ordonnance d'interdiction qu'elle sollicite, y compris de convaincre le Tribunal que l'ordonnance n'aurait pas un caractère punitif.

37. La commissaire rejette catégoriquement la position des parties à la fusion selon laquelle la demande en vertu de l'article 92, dans la mesure où elle concerne la fusion (sans tenir compte de la cession), est sans objet et que la décision du Tribunal à cet égard n'a aucune importance.
38. La commissaire reconnaît que ce Tribunal a récemment conclu qu'une fusion initialement proposée avait été modifiée par une transaction ultérieure et que la fusion ainsi modifiée devait être prise en compte aux fins d'une demande en vertu de l'article 92. Toutefois, la commissaire soutient que cette décision reflète les faits uniques de cette affaire, qui se distinguent de la présente demande, et que la jurisprudence de ce Tribunal établit de manière plus générale qu'un processus en deux étapes doit être suivi :
 - a. Premièrement, le Tribunal doit déterminer si la fusion (telle qu'elle a été initialement proposée) est susceptible d'entraîner un problème de DESC. La commissaire reconnaît qu'il lui incombe de le démontrer selon la prépondérance des probabilités.
 - b. Deuxièmement, si le Tribunal estime que la fusion est susceptible d'entraîner un problème de DESC, il doit déterminer la mesure corrective appropriée. Contrairement à la position des parties à la fusion, la commissaire affirme que la jurisprudence établit sans ambiguïté qu'à cette deuxième étape, il incombe aux parties à la fusion de démontrer que la cession constitue une mesure corrective efficace.
39. À l'appui de l'obligation pour le Tribunal d'examiner d'abord la fusion telle qu'elle a été initialement proposée, la commissaire souligne le libellé de l'article 92, qui stipule que la compétence du Tribunal n'est engagée [TRADUCTION] « [qu']à la suite d'une demande du commissaire ». Ainsi, la commissaire affirme que c'est son avis de demande qui a établi la transaction à prendre en considération.
40. La commissaire souligne qu'il est incontestable que la cession n'a pas été conclue avant l'introduction de la demande en vertu de l'article 92 et soutient que, dans les faits, la cession n'a pas encore été conclue et qu'elle demeure une vague possibilité. La commissaire souligne que Penguin et Riddler n'ont conclu qu'un PE et non un véritable accord de transaction.
41. La commissaire ne conteste pas l'affirmation de M. Datoe selon laquelle Penguin et Riddler ont opté pour un PE et un projet d'accord dans l'intérêt de la rapidité, car cela a permis aux parties à la fusion de fournir à la commissaire et au Tribunal une indication claire de leurs projets à la première occasion possible. Comme l'a expliqué M. Datoe plus en détail, [TRADUCTION] « la vente à Riddler est faite en ce qui me concerne. Mon entourage me dit que les avocats continuent d'accumuler des heures facturables pour des bêtises, mais je ne m'en mêle pas ». Toutefois, la commissaire souligne que les meilleures intentions ne peuvent surmonter l'incertitude inhérente et rappelle que M. Datoe a admis en contre-interrogatoire qu'il pourrait probablement se libérer du PE s'il le souhaitait vraiment sans manquer à l'obligation de Penguin de négocier de bonne foi et de déployer les meilleurs efforts pour conclure une convention d'achat d'actifs concernant la cession

(sur les conseils de son avocat, M. Datoe a refusé de s'étendre sur ce point, invoquant le secret professionnel).

42. La commissaire conteste aussi vigoureusement la position des parties à la fusion selon laquelle les considérations de politique générale les favorisent. La commissaire a plutôt souligné au Tribunal que des considérations de gains en efficience et en équité jouent en faveur de sa position. La commissaire a averti que les parties à la fusion cherchaient à transformer les litiges en matière de fusion en [TRADUCTION] « un jeu de cartes », où les parties privées ont le [TRADUCTION] « beau jeu » pour modifier continuellement leur proposition de transaction afin de [TRADUCTION] « manigancer », alors que la commissaire cherche à faire appliquer la Loi. La commissaire estime que cela soulève de graves questions d'efficience et d'économie judiciaire et constitue un affront aux principes fondamentaux de la justice. La commissaire a exhorté le Tribunal à rejeter la tentative des parties à la fusion de [TRADUCTION] « contourner le mandat d'intérêt public de la commissaire » et à réaffirmer la procédure en deux étapes bien établie par le Tribunal.
43. Pour les raisons susmentionnées, la commissaire soutient que sa demande n'est pas sans objet et que le Tribunal doit d'abord se prononcer sur la question de savoir si la fusion est susceptible d'entraîner un problème de DESC et ensuite seulement examiner si la cession est une mesure corrective appropriée. La commissaire a résolument affirmé que, contrairement à la position des parties à la fusion, il incombe à ces dernières de démontrer, à la deuxième étape, que la cession est une mesure corrective efficace. La commissaire a décrit la charge des parties à la fusion comme étant un principe fondamental de notre système judiciaire, selon le principe voulant que « la partie qui fait une affirmation doit la démontrer ».
44. La commissaire soutient que l'affirmation des parties à la fusion selon laquelle la cession n'est pas une mesure corrective proposée est une [TRADUCTION] « maligne tentative d'embobiner le Tribunal [et que] si cela ressemble à une mesure corrective, si cela fonctionne comme une mesure corrective et si cela a l'effet d'une mesure corrective, il s'agit d'une mesure corrective ». Même si la commissaire reconnaît que les parties à la fusion n'ont pas utilisé l'expression « mesure corrective » ni subordonné la cession à son acceptation en tant que mesure corrective (c'est-à-dire sous la forme d'un accord par consentement ou d'une ordonnance du Tribunal), elle affirme que cette mesure a été clairement élaborée en réponse aux préoccupations de la commissaire et dans le but de résoudre ces préoccupations. La commissaire demande au Tribunal de ne pas considérer l'expression « mesure corrective » comme une « solution miracle » et d'aborder la cession sur le fondement de ce qu'elle est dans la pratique : une mesure corrective.

B. Les positions des parties sur les considérations de fond

45. Outre leurs points de vue radicalement différents sur les aspects procéduraux de la présente demande, la commissaire et les parties à la fusion ne s'entendent pas sur deux éléments fondamentaux de l'analyse de l'article 92, à savoir i) quels sont les marchés géographiques touchés par la fusion et ii) si la fusion est susceptible d'entraîner un problème de DESC dans ces marchés géographiques.

(i) *Les marchés géographiques pertinents*

46. La commissaire affirme que la fusion entraînera un problème de DESC en ce qui concerne les applications de rencontre en ligne dans quatre grandes villes du Canada : Toronto, Vancouver, Calgary et Montréal. Même si la commissaire reconnaît que HYD n'est actuellement disponible qu'à Toronto, elle affirme qu'il s'agit d'un nouveau joueur à Vancouver, à Calgary et à Montréal, de sorte que la fusion aura des répercussions sur la concurrence dans les quatre villes, Bat Signal étant déjà offert dans chacune d'entre elles.
47. La commissaire soutient qu'il n'y a aucun obstacle à la présence de Penguin en ce qui concerne Vancouver, Calgary et Montréal (bien qu'elle ait reconnu dans ses conclusions que l'accès de Penguin à Montréal pourrait être restreint à la population anglophone de la ville). La commissaire a plutôt décrit l'expansion de Penguin dans ces villes comme nécessitant de simplement « actionner l'interrupteur ».
48. Des responsables des deux principaux fournisseurs mondiaux de systèmes d'exploitation pour téléphones intelligents, Citrus et Ogle, ont déclaré lors de l'audition que pour chacune de leurs boutiques d'applications respectives, les développeurs d'applications indiquent simplement à Citrus et à Ogle les marchés dans lesquels ils souhaitent que leurs applications soient disponibles. Les téléchargements sont alors activés pour les appareils qui se connectent aux boutiques d'applications à partir de ces marchés. Des responsables de Citrus et d'Ogle ont déclaré que les modifications de la disponibilité géographique sont généralement mises en œuvre dans les 48 ou 72 heures, respectivement, suivant la demande. Même si, selon Citrus et Ogle, les développeurs d'applications ont la responsabilité de s'assurer que leurs applications sont conformes aux exigences légales dans tous les marchés où les fournisseurs demandent que leurs applications soient mises à disposition, M. Datoe a confirmé en contre-interrogatoire que Penguin ne considérerait pas qu'il existait une exigence associée au permis d'exercice ou tout autre obstacle juridique empêchant HYD d'être proposé à Vancouver, à Calgary ou à Montréal.
49. Au soutien de l'affirmation selon laquelle Penguin, en l'absence de fusion, est susceptible de s'établir effectivement à Vancouver, à Calgary et à Montréal, la commissaire a souligné la raison d'être de FYR pour la fusion et ses plans d'intégration après la fusion. Plus précisément :
- a. Le communiqué de presse commun des parties à la fusion annonçant la fusion décrit celle-ci comme [TRADUCTION] « soutenant l'objectif de FYR d'aider les gens à travers le Canada à trouver son ou sa complice » (soulignement ajouté).
 - b. La présentation de la recommandation d'investissement de FYR (qui a été remise au conseil d'administration de FYR dans le but d'obtenir l'approbation interne de la fusion et qui a été présentée au Bureau dans le cadre du dépôt de l'avis de FYR au titre de la Partie IX) : i) indique que HYD sera disponible à Toronto, à Vancouver, à Calgary et à Montréal; ii) prévoit des recettes publicitaires annuelles de 20 à 45 M\$ attribuables à la clientèle à l'extérieur de Toronto; et iii) indique que 57 % de la valeur globale de la fusion est liée à la disponibilité future de HYD à Vancouver, à Calgary et à Montréal.
 - c. Les documents de planification de l'intégration présentés au Bureau dans le cadre de la réponse à la DRS de FYR établissent un calendrier et un plan de travail détaillés pour le lancement de HYD à l'extérieur de Toronto. Une présentation

d'avril 2023 prévoit que le déploiement commence par le lancement de HYD à Vancouver neuf mois après la clôture de la fusion et que HYD sera progressivement lancé à Calgary et à Montréal au cours des six mois suivants. Les documents de planification préparés par FYR de mars à mai 2023 proposent différentes modalités pour le déploiement, avec des budgets estimés variant de 500 000 \$ à 6,5 M\$. Les documents de planification estimaient la valeur actuelle nette de l'expansion sur 8 ans entre 18 et 52 M\$.

50. La commissaire affirme également que la cession elle-même, qui comprend une clause permettant aux parties à la fusion de continuer à utiliser Emperor à l'extérieur de l'Ontario, témoigne de l'expansion prévue de Penguin.
51. La commissaire soutient que le dossier de preuve établit, au-delà de la prépondérance des probabilités, que HYD pourrait être lancé à Vancouver, à Calgary et à Montréal en moins de deux ans et que ce lancement serait extrêmement rentable. La commissaire affirme que si le Tribunal accepte la preuve que Penguin aurait à la fois la capacité et la motivation financière d'offrir HYD à Vancouver, à Calgary et à Montréal, elle doit également conclure qu'il est probable que cela se produise.
52. Les parties à la fusion ne contestent pas que FYR a l'intention d'étendre la couverture géographique de HYD, mais elles soutiennent que cela n'a rien à voir avec la question. Elles affirment que la commissaire doit établir que Penguin, en l'absence de fusion, avait l'intention de le faire et qu'une [TRADUCTION] « simple motivation objectivement démontrée » et la capacité d'élargir son territoire sont insuffisantes pour s'acquitter du fardeau de preuve qui incombe à la commissaire.
53. FYR souligne que la commissaire n'a apporté aucune preuve de l'intention subjective de Penguin d'élargir son territoire et que les preuves démontrent plutôt une intention de ne pas le faire. Lors de l'interrogatoire direct, M. Datoe a expliqué que [TRADUCTION] « l'expansion, du moins à l'intérieur du Canada, est contraire à [sa] mission. Soyons clairs : HYD n'est pas pour tout le monde. Il s'agit d'un service de rencontre de premier ordre destiné à la crème de la crème. En ce qui me concerne, si vous ne vivez pas à Toronto, vous n'êtes pas admissible. Il y a peut-être des célébrités qui flânent à Madrid – c'est possible –, mais si vous êtes au Canada et que vous ne vous donnez pas la peine de déménager à Toronto, mon application n'est pas pour vous ». Toutefois, en contre-interrogatoire, M. Datoe a admis que, dans le cadre des différents cycles de financement que Penguin a réalisés, les investisseurs tiers pouvaient nommer des membres majoritaires au conseil d'administration de Penguin et que le conseil d'administration avait le pouvoir ultime d'approuver le plan stratégique de Penguin (aucune des parties n'a présenté d'éléments de preuve concernant l'administration).
54. Les parties à la fusion ont également soutenu que, selon la théorie même de la commissaire, l'expansion géographique de Penguin ne devrait pas être considérée comme suffisamment opportune pour être « probable » au sens de l'article 92 de la Loi. Les parties à la fusion soulignent que la commissaire, dans son propre argument, n'a fait valoir que la probabilité d'une entrée sur le marché dans les deux ans suivant la fusion. Cependant, dans ce même argument, la commissaire affirme qu'il n'existe [TRADUCTION] « aucun obstacle significatif à l'entrée » et que l'entrée sur le marché pourrait se faire [TRADUCTION] « presque instantanément et certainement dans un délai de trois mois seulement ». À cet égard, les parties à la fusion indiquent que, si les plans d'intégration

de FYR prévoient que HYD fera son apparition à l'extérieur de Toronto neuf mois seulement après la clôture, les documents de planification indiquent clairement que le délai est largement déterminé par des efforts d'intégration plus généraux visant à combiner les deux sociétés, qui doivent être achevés avant l'expansion. Les parties à la fusion soutiennent que la référence de la commissaire à une entrée possible [TRADUCTION] « certainement dans un délai de trois mois seulement » n'est pas cohérente avec le fait que les actions spécifiques à l'expansion n'apparaissent pas dans le calendrier de planification de l'intégration avant le septième mois suivant la clôture.

55. Les parties à la fusion affirment que, même si les preuves objectives de capacité et d'intérêt sont suffisantes, ce qu'elles contestent pour les raisons exposées ci-dessus, l'entrée de Penguin ne peut être considérée comme « probable » que si elle se produisait dans le délai nécessaire pour mettre en œuvre cette entrée, c'est-à-dire dans les trois mois suivant la fusion. Les parties à la fusion contestent l'idée que l'entrée dans un délai de trois mois était probable et soutiennent que la commissaire n'a fourni aucun élément de preuve à l'appui de cette probabilité. Les parties à la fusion soutiennent donc que Toronto est le seul marché géographique pertinent aux fins de l'analyse du Tribunal.

(ii) *DESC*

56. En vertu de l'article 92 de la Loi, le Tribunal peut estimer qu'une fusion ou un projet de fusion empêche ou réduit, ou est susceptible d'empêcher ou de réduire, la concurrence de manière sensible dans un secteur (qui est considéré, aux fins de l'analyse, comme équivalent à un marché). Les deux parties ont présenté des observations détaillées sur la probabilité que la fusion réduise ou empêche la concurrence, et sur le caractère sensible d'une telle conséquence sur le marché.

57. La commissaire estime que la fusion aura des conséquences négatives sensibles sur le marché des applications de rencontre. La commissaire soutient qu'à Toronto, les parties à la fusion sont deux des plus importantes applications de ce type et qu'à Vancouver, à Calgary et à Montréal, Bat Signal est la plus importante application de ce type et HYD représente une concurrence potentielle importante. Ainsi, la fusion établit un certain monopole dans chaque ville.

58. Bien que la commissaire ait évoqué la possibilité d'effets de prix, elle a admis qu'aucune des parties à la fusion ne facturait actuellement de frais d'utilisation et elle n'a apporté aucun élément précis indiquant que cela était susceptible de changer après la fusion. Les observations de la commissaire se sont plutôt concentrées sur les effets hors prix sensibles de la fusion.

59. La commissaire affirme que les preuves démontrent que la fusion éliminera une rivalité importante entre FYR et Penguin en plus d'augmenter sensiblement le pouvoir de marché de FYR. Plus précisément :

- a. Les données obtenues de Citrus et d'Ogle montrent qu'à Toronto, environ 50 % de l'ensemble de la clientèle d'applications de rencontre utilise Bat Signal et HYD, ou les deux, tandis que Bat Signal capte une part importante de la clientèle de Vancouver (43 %), de Calgary (51 %) et de Montréal (34 %).
- b. Les documents internes de FYR démontrent que Penguin encourage l'innovation. À titre d'exemple, un courriel daté de septembre 2022 adressé par la vice-

présidente aux produits de FYR à l'équipe projet de l'outil d'IA de FYR (« **Alfred** »), qui envoie à la clientèle des invitations et des recommandations, soulignait [TRADUCTION] « [qu']il est essentiel que nous lancions cet outil sur le marché le plus rapidement possible pour éviter de perdre chaque jour une part de la clientèle au profit de nouvelles offres, telles que HYD. Nous devons donner aux gens une bonne raison de choisir notre application ». Alfred a finalement été lancé en février 2023.

- c. Les documents de présentation de Penguin aux annonceurs potentiels comparent le nombre d'utilisateurs de HYD à celle d'autres applications. Bat Signal est la seule autre application de rencontre incluse dans la comparaison croisée.
 - d. La présentation de la recommandation d'investissement de FYR décrit les projets de FYR de combiner les bases de données de la clientèle de Bat Signal et de HYD et affirme que l'ensemble de données plus important permettra [TRADUCTION] « un meilleur jumelage et une expérience utilisateur améliorée » sur les deux applications.
 - e. Les documents de planification de l'intégration de FYR prévoient l'intégration de Bat Signal à HYD afin de fournir à [TRADUCTION] « l'ensemble de la clientèle de HYD la possibilité de passer en toute transparence du circuit restreint de HYD au bassin plus vaste de Bat Signal ».
 - f. La témoin experte de la commissaire, Mme Ivy, a déclaré que les applications qui facilitent les liens sociaux (une catégorie large qu'elle décrit comme comprenant un éventail d'applications, y compris les applications de médias sociaux et les applications de rencontre) bénéficient des effets de réseau et que son étude des applications de « liens sociaux » a révélé que la croissance de la clientèle est exponentielle, le taux de croissance d'une application augmentant au fur et à mesure que sa base s'élargit.
60. La commissaire fait valoir qu'en raison de la perte de rivalité et du renforcement du pouvoir de marché, la fusion est susceptible d'entraîner une baisse sensible de l'innovation et de la qualité des produits. Plus précisément :
- a. La probabilité d'entrée sera réduite, car la taille de l'entreprise fusionnée fera obstacle à l'entrée des applications concurrentes qui ne disposent pas d'un nombre d'utilisateurs comparable et qui auront donc beaucoup de mal à rivaliser avec elle.
 - b. Il est probable que la qualité de l'interface utilisateur diminue et que moins de nouvelles fonctionnalités soient lancées pour Bat Signal et HYD en raison de la baisse des investissements en matière d'élaboration de produits.
 - c. Il est probable que l'on assiste à une augmentation de la publicité intégrée, dont les études de consommation ont montré qu'elle nuisait à l'expérience utilisateur.
61. Les parties à la fusion soutiennent que la commissaire n'a pas démontré l'existence d'un problème de DESC. Même si les parties à la fusion concèdent que Bat Signal et HYD se font concurrence au moins dans une certaine mesure à Toronto, elles soutiennent que l'affirmation de la commissaire selon laquelle la fusion entraînera une diminution ou un

empêchement sensible de la concurrence à Toronto, et à plus forte raison à Vancouver, à Calgary et à Montréal, est entièrement spéculative et dénuée de fondement.

62. Les parties à la fusion résumant l'approche de la commissaire comme ayant consisté à chercher des attestations de pouvoir de marché et de rivalité, puis à émettre des hypothèses sur les conséquences négatives qui pourraient résulter de l'exercice d'un pouvoir de marché par une entreprise. Les parties à la fusion reprochent à la commissaire de n'avoir établi aucun préjudice ni aucune preuve empirique, et encore moins des preuves qualitatives spécifiques, comme des plans de réduction des investissements par les parties à la fusion, ou encore l'entrée ou l'expansion de tiers susceptibles d'être contrecarrées par la fusion.
63. Les parties à la fusion affirment que, « clairement », l'approche de la commissaire serait considérée comme inadéquate si l'allégation portait sur les effets de prix. Les parties à la fusion font valoir qu'il est généralement admis qu'une fusion devrait donner lieu à une hausse de prix légère, mais sensible et non transitoire, pour laquelle la commissaire devrait fournir des preuves de quantité (ou au moins de la fourchette) et de la durée attendue. Les parties à la fusion font valoir qu'il n'est pas possible d'exiger moins de rigueur pour démontrer les effets hors prix par rapport aux effets de prix.
64. Si les parties à la fusion reconnaissent que l'analyse du Tribunal est contextuelle, elles insistent sur le fait qu'il devrait néanmoins y avoir une norme donnée par rapport à laquelle les éléments de preuve peuvent être évalués. Les parties à la fusion proposent que pour que les effets hors prix soient « probables » et « sensibles », il doit y avoir [TRADUCTION] « un lien spécifique et direct entre une fusion et l'effet supposé, et que de simples hypothèses ne suffisent pas ». Les parties à la fusion soutiennent que la commissaire ne s'est pas acquittée de ce fardeau de preuve.

VII. LE RÉSUMÉ DES QUESTIONS

65. Selon les observations écrites et les plaidoiries des parties, comme résumées ci-dessus, le Tribunal estime que l'issue de cette demande dépend de quatre questions principales :
 - a. Le Tribunal est-il tenu d'évaluer la fusion telle que modifiée par la cession (c'est-à-dire que la demande déposée par la commissaire est sans objet), ou doit-il d'abord déterminer si la fusion (sans tenir compte de la cession) donne lieu à un problème de DESC et, le cas échéant, n'examiner la cession que dans le cadre de la détermination de l'ordonnance de redressement appropriée?
 - b. Si la demande de la commissaire n'est pas sans objet, quel est le fardeau de chaque partie en ce qui concerne la détermination par le Tribunal de la mesure corrective appropriée? En particulier, les parties à la fusion doivent-elles démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la cession remédiera à tout problème de DESC relevé par le Tribunal?
 - c. L'analyse du Tribunal doit-elle se limiter à la ville de Toronto, où Bat Signal et HYD sont disponibles, ou Penguin est-elle considérée à juste titre comme une concurrente également dans d'autres villes canadiennes? En particulier, pour que d'autres villes soient prises en considération, faut-il démontrer que Penguin entrera probablement sur le marché dans les trois mois suivant la fusion?

- d. La commissaire a-t-elle démontré que la fusion est susceptible d'avoir des effets hors prix? Quel est le critère pertinent pour ce faire?

VIII. L'ANALYSE DU TRIBUNAL

66. Le Tribunal a examiné attentivement les observations des parties, la jurisprudence pertinente et la preuve dont il dispose. Pour les motifs qui suivent, le Tribunal a conclu que :
 - a. La demande de la commissaire concernant la fusion (sans tenir compte de la cession) n'est pas sans objet. Le Tribunal examinera d'abord si la fusion (telle qu'elle a été initialement proposée) est susceptible d'entraîner un problème de DESC et examinera ensuite la mesure corrective appropriée.
 - b. À l'étape des mesures correctives, les parties à la fusion n'ont aucun fardeau de preuve à démontrer. Le Tribunal n'est saisi que d'une seule ordonnance potentielle, à savoir l'ordonnance d'interdiction demandée par la commissaire. Il incombe à la commissaire de démontrer que la mesure corrective demandée est appropriée, y compris qu'elle n'est pas punitive au regard des faits de l'espèce.
 - c. Le seul marché géographique pertinent aux fins de la présente demande est celui de la ville de Toronto. Pour considérer que Penguin exerce une concurrence potentielle dans tout autre marché géographique, il doit être démontré qu'une telle entrée est susceptible de se produire dans les trois mois suivant la fusion. Une telle preuve n'a pas été produite.
 - d. La fusion est susceptible d'entraîner une diminution sensible de la concurrence en ce qui concerne les applications de rencontre dans la ville de Toronto. La commissaire a démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu'après la fusion, FYR aura la capacité de contrôler les dimensions hors prix de la concurrence et que cela entraînera probablement des effets hors prix sensibles.

A. La demande de la commissaire est-elle sans objet?

67. Comme la commissaire, le Tribunal a connaissance de la décision rendue par ce Tribunal dans l'affaire *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Rogers Communications Inc et Shaw Communications Inc* (« **Rogers/Shaw** »). Le Tribunal reconnaît également qu'il peut y avoir certaines similitudes entre la présente demande et cette affaire. Toutefois, le Tribunal est d'accord avec la commissaire pour dire que la décision rendue dans l'affaire *Rogers/Shaw* reflète les faits de cette affaire et ne permet pas nécessairement de déterminer si la demande de la commissaire en l'espèce est sans objet. Compte tenu des faits de l'espèce, le Tribunal estime que la cession ne doit pas être prise en considération en même temps que la fusion. La demande initiale de la commissaire n'est pas sans objet.
68. L'article 92 de la loi permet au Tribunal de rendre une ordonnance « [d]ans les cas où, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence ». Les décisions de ce Tribunal et de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Rogers/Shaw* ne soutiennent pas la proposition selon laquelle le « projet de fusion » aux fins d'une demande en vertu de l'article 92 est de l'argile que les parties à la fusion peuvent façonner et remodeler à leur

guise. Les deux décisions établissent plutôt une analyse contextuelle, que nous résumons comme nécessitant la prise en compte i) de l'articulation de la transaction qui correspond le mieux à la réalité et ii) de l'équité procédurale.

69. En ce qui concerne la première partie, dans l'affaire *Rogers/Shaw*, la Cour d'appel fédérale a déclaré que la Loi [TRADUCTION] « vise à traiter la vérité et la réalité, et non la fiction et l'imagination ». Nous ne sommes pas d'accord avec l'affirmation des parties à la fusion selon laquelle cette décision exige nécessairement l'examen de la fusion telle qu'elle a été modifiée par la cession. Il s'agit plutôt pour le Tribunal d'examiner, selon les faits de l'espèce, laquelle de la transaction initialement proposée et de la transaction modifiée correspond le mieux à la vérité et à la réalité, et laquelle représente une « incursion dans la fiction et la fantaisie ». Compte tenu des faits de l'espèce, nous estimons qu'il est plus probable qu'improbable que la cession ait lieu. Toutefois, les éléments de preuve ne permettent pas de conclure que la fusion seule « ne se fera pas et ne pourra pas se faire » (comme le Tribunal l'a estimé pour la transaction initialement proposée dans l'affaire *Rogers/Shaw*). Autrement dit, nous estimons que la cession est probable, mais pas certaine. Dans ce contexte, nous ne considérons pas l'examen de la fusion comme un exercice de futilité fictive.
70. Nous reconnaissons que, compte tenu de notre conclusion selon laquelle la cession est probable, l'examen de la fusion (en soi) pourrait être qualifié d'éloigné de la réalité. Cependant, même si les tribunaux n'aiment pas attirer l'attention sur ce point, les procédures judiciaires ignorent régulièrement la réalité. Les règles de preuve excluent de l'examen des renseignements que beaucoup pourraient considérer comme probants. D'autres règles de procédure interdisent l'introduction de preuves, par ailleurs admissibles, si elles sont présentées d'une manière qui porte atteinte au bon déroulement des affaires dont est saisie la personne qui doit trancher.
71. Conformément aux pratiques judiciaires susmentionnées, la question de savoir s'il est approprié d'adopter ce que nous décrivions comme une « réalité moins probable » (la fusion réalisée sans la cession) plutôt qu'une « réalité plus probable » (la fusion réalisée avec la cession) dépendra de la prise en compte d'autres valeurs, en particulier de l'équité procédurale de l'examen dont nous venons de parler.
72. Dans l'affaire *Rogers/Shaw*, le Tribunal et la Cour d'appel fédérale ont reconnu la pertinence de l'équité procédurale pour la question en cause. En l'espèce, le Tribunal estime que les intérêts de l'équité procédurale favorisent la commissaire. Dans la mesure où l'examen de la fusion entraîne une distorsion de la réalité, cette distorsion est imputable aux parties à la fusion elles-mêmes. Ce sont les parties à la fusion qui ont décidé d'introduire la cession à un stade tardif, alors qu'elles avaient la possibilité de le faire à tout moment au cours des quatre mois d'examen par le Bureau. En effet, les parties à la fusion auraient pu présenter la cession en même temps que la fusion en premier lieu. En tant que responsables de leur propre situation, les parties à la fusion n'ont pas le droit de mettre la commissaire en porte-à-faux.
73. En conséquence, le Tribunal examinera en premier lieu si la fusion, non modifiée par la cession, entraîne un problème de DESC. Si la commissaire s'acquitte de son fardeau de preuve à cet égard, le Tribunal examinera alors la mesure corrective appropriée.

B. À qui incombe le fardeau de la preuve à l'étape des mesures correctives?

74. Ayant conclu que la demande de la commissaire n'est pas sans objet, le Tribunal doit examiner et déterminer la répartition du fardeau de la preuve à l'étape des mesures correctives. Comme nous le verrons plus loin, en l'espèce, cette question est en fait d'une importance déterminante. Même si le Tribunal est convaincu que la cession remédiera au moins dans une large mesure au problème de DESC, nous ne pouvons pas déterminer, selon la prépondérance des probabilités, si elle y remédiera dans une mesure telle que le problème ne pourrait plus être considéré comme « sensible ». Ainsi, d'une part, s'il incombe aux parties à la fusion de démontrer que leur mesure corrective est suffisante, l'incapacité du Tribunal à leur donner raison justifiera l'octroi de l'ordonnance demandée par la commissaire. D'autre part, s'il incombe à la commissaire de démontrer qu'il existe un problème de DESC malgré la cession (c'est-à-dire qu'une ordonnance d'interdiction est nécessaire pour remédier au problème de DESC), l'incapacité du Tribunal à conclure que la cession est insuffisante justifiera le rejet de la demande de la commissaire.
75. La commissaire soutient que cette question est nette et précise et a été résolue par la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 RCS 748, aux pages 791 et 792 [*Southam*]. Même si le Tribunal reconnaît que la décision de la Cour dans l'affaire *Southam* est contraignante pour nous et n'a pas l'intention de suggérer qu'elle devrait être réexaminée, le Tribunal estime que l'affaire *Southam* ne s'applique pas à la question qui nous occupe.
76. *Southam* concerne l'exercice approprié par le Tribunal de son pouvoir d'ordonner une mesure corrective lorsque les parties proposent chacune une autre mesure corrective devant le Tribunal. Les parties à la fusion affirment, et le Tribunal est d'accord avec elles, que ce n'est pas le cas en l'espèce. Le Tribunal n'est plutôt saisi que d'une seule mesure corrective potentielle : l'ordonnance d'interdiction demandée par la commissaire. En demandant cette mesure corrective, la commissaire a le fardeau de la démontrer selon la prépondérance des probabilités.
77. Le Tribunal considère que *Southam* porte sur trois propositions d'égale importance :
[TRADUCTION]
- a. « Il ne fait aucun doute qu'une ordonnance de redressement au titre de l'article 92 de la Loi ne peut être imposée dans un but punitif. La Loi ne proscriit que les niveaux inacceptables de comportement anticoncurrentiel et, par conséquent, la punition n'est pas une considération que le Tribunal peut prendre en compte lorsqu'il élabore une mesure corrective appropriée » (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1995] 127 DLR (4th) 329 au paragraphe 14 (CAF)).
[TRADUCTION LIBRE]
 - b. « Parce que la *Loi sur la concurrence* s'attaque au problème de la diminution sensible de la concurrence, la mesure de redressement appropriée consiste à rétablir la concurrence de façon qu'il ne soit plus possible de dire qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant le fusionnement » (*Southam SCC*).
 - c. « Le Tribunal n'a pas eu tort d'exiger que les appelantes démontrent l'efficacité de la mesure de redressement qu'elles proposent; celui qui fait une allégation a l'obligation de la prouver » (*Southam SCC*).

78. En l'espèce, le Tribunal estime que les premier et deuxième principes ont une incidence sur la décision, alors que le troisième n'en a pas. Plus précisément, la mesure corrective ordonnée par le Tribunal devrait garantir que la fusion n'entraîne pas une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence et ne doit pas être punitive. Les parties à la fusion n'ayant pas proposé de mesure corrective au Tribunal, elles n'ont rien affirmé qu'elles devraient maintenant prouver.
79. La commissaire suggère que la cession est une mesure corrective sous un autre nom et exhorte le Tribunal à examiner le fond plutôt que la forme. Toutefois, avec tout le respect qui lui est dû, le Tribunal ne partage pas l'avis de la commissaire selon lequel la cession est, dans les faits, équivalente à une mesure corrective proposée. En effet, il existe une distinction essentielle entre une mesure corrective proposée et une cession : une cession est un engagement contraignant pour Penguin, et non une proposition que le Tribunal peut ou non adopter en tant qu'ordonnance. Autrement dit, la cession aura lieu (ou, du moins, comme expliqué ci-dessus, il est plus probable qu'elle ait lieu) indépendamment du fait que le Tribunal conclut ou non à l'existence d'un problème de DESC.
80. La mise en œuvre de la cession étant indépendante de ce Tribunal et de toute décision qu'il pourrait prendre, les parties à la fusion n'ont rien à démontrer à cet égard. Inversement, la commissaire demande une ordonnance à ce Tribunal et, avant de rendre une telle ordonnance, le Tribunal est tenu de s'assurer que l'ordonnance relève de sa compétence. Conformément aux conclusions de l'affaire *Southam*, le Tribunal considère qu'une ordonnance sera punitive et abusive si elle va au-delà de ce qui est nécessaire pour remédier au problème de DESC. Il incombe à la commissaire de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la mesure corrective demandée est appropriée, et notamment que, compte tenu des faits (qui incluent la cession), elle est nécessaire pour éliminer le caractère sensible de toute diminution ou de tout empêchement de la concurrence (et, par conséquent, qu'elle ne serait pas punitive).
81. Le Tribunal s'arrête pour indiquer qu'il ne considère pas qu'il y a une incohérence entre la conclusion tirée ici et la conclusion ci-dessus en ce qui concerne le caractère théorique de l'affaire. Plus haut, la question était de savoir si la fusion, en l'absence de cession, relevait de la « fiction et de la fantaisie ». Il a été établi que ce n'était pas le cas. En l'espèce, la question est de savoir si la cession est une mesure corrective proposée et, une fois encore, ce n'est pas le cas. Le Tribunal reconnaît ici, comme ci-dessus, qu'il existe une possibilité que la cession ne soit pas mise en œuvre. Toutefois, cette possibilité ne transforme pas un engagement juridique contraignant entre deux parties privées en une offre à un organisme judiciaire. Nous notons également que la commissaire peut invoquer toute incertitude liée à la cession pour soutenir que l'ordonnance d'interdiction est nécessaire pour éliminer tout problème de DESC. De plus, la prise en compte de l'équité procédurale pèse différemment sur la question du fardeau de preuve que la question du caractère théorique. En outre, l'introduction de la cession modifie directement les principaux éléments factuels de la demande de la commissaire, que cette dernière peut considérer à juste titre comme ayant déjà été réglés. À l'étape des mesures correctives, la mesure corrective appropriée est nécessairement influencée par les conclusions du Tribunal en ce qui concerne le problème de DESC. La cession ne peut pas plus être considérée comme un changement de cap injuste pour la commissaire qu'une conclusion du Tribunal selon laquelle le problème de DESC est différent de celui initialement allégué par la commissaire.

C. Quels sont les marchés géographiques pertinents?

82. Le Tribunal considère que les observations des parties sur les marchés géographiques pertinents pour l'analyse du Tribunal soulèvent, en fait, la question de savoir si la fusion relève du volet de l'article 92 relatif à l'« empêchement ». Pour les raisons exposées ci-dessous, le Tribunal estime que ce n'est pas le cas (le Tribunal examine ci-dessous si la fusion est susceptible d'entraîner une diminution sensible de la concurrence à Toronto).

83. La Cour suprême du Canada a souligné ce qui suit [TRADUCTION] :

Le souci d'« empêchement » au titre de l'article 92 porte qu'une société disposant d'un pouvoir de marché utilise une fusion pour empêcher la concurrence qui pourrait autrement s'exercer sur un marché disputable. L'analyse qu'il commande envisage l'état du marché, n'eût été le fusionnement, pour apprécier le paysage concurrentiel qui existerait vraisemblablement si le fusionnement n'avait pas eu lieu. Elle détermine le concurrent éventuel, la probabilité qu'il entre dans le marché en l'absence du fusionnement et la probabilité qu'il y ait un effet sensible (*Tervita Corp c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015, CSC 3 au paragraphe 60 [*Tervita*]).

84. La commissaire affirme que Penguin est un concurrent éventuel en ce qui concerne les applications de rencontre à Vancouver, à Calgary et à Montréal. Après avoir déterminé le concurrent éventuel, le Tribunal doit maintenant évaluer si, en l'absence de fusion, Penguin est susceptible d'entrer dans les marchés géographiques susmentionnés. En procédant à cette analyse, le Tribunal doit non seulement déterminer que Penguin serait susceptible d'entrer dans ces marchés, mais que [TRADUCTION] « le délai de pénétration du marché doit être discernable » (*Tervita*, au paragraphe 68). Les parties à la fusion soutiennent, et le Tribunal est d'accord avec elles, que non seulement les éléments de preuve ne confirment pas que Penguin était susceptible de s'étendre à de nouveaux marchés géographiques, mais qu'en outre, la propre position de la commissaire ne confirme pas que l'entrée dans le marché se produirait dans un délai discernable.

85. La Cour suprême du Canada a expliqué, et ce Tribunal est d'accord avec elle, que : [TRADUCTION]

Pour déterminer si un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence, ni le Tribunal ni les cours de justice ne devraient prétendre prendre des décisions commerciales futures pour les sociétés. Les conclusions factuelles quant à ce qu'une société ferait ou ne ferait pas doivent reposer sur une preuve de la décision que la société même prendrait, et non pas sur la décision que le Tribunal prendrait dans la même situation (*Tervita*, au paragraphe 76).

86. En l'espèce, les éléments de preuve dont dispose le Tribunal confirment qu'en l'absence de fusion, Penguin n'aurait pas lancé HYD à Vancouver, à Calgary ou à Montréal. L'argument de la commissaire est convaincant, car il soutient que Penguin pourrait s'étendre dans ces zones géographiques et même qu'il devrait le faire. Toutefois, la responsabilité de ce Tribunal est de faire des constatations concernant les décisions que

Penguin, en l'absence de fusion, était susceptible de prendre. Il ne lui appartient pas d'évaluer le bien-fondé de ces décisions. Si nous avions été maîtres de notre royaume, le témoignage de M. Datoe n'aurait peut-être pas été une incitation à nous départir de notre argent. Cependant, en tant que membres de ce Tribunal, il nous semble que le témoignage de M. Datoe selon lequel il n'aurait pas lancé HYD dans d'autres villes canadiennes était clair, convaincant et incontesté.

87. Bien que la conclusion ci-dessus tranche cette question, nous notons que même si les preuves fournies par la commissaire s'avéraient suffisantes pour démontrer que Penguin était susceptible de s'étendre éventuellement à l'extérieur de Toronto, la commissaire n'a fourni aucune preuve qu'une telle expansion était susceptible de se produire dans un avenir proche. Conformément à l'affaire *Tervita*, le Tribunal considère que le temps qu'il peut prévoir pour déterminer si l'entrée de Penguin dans un marché est probable est approximativement égal au délai dont il aurait besoin pour le faire. Le Tribunal accepte la preuve de la commissaire selon laquelle Penguin fait face à de faibles obstacles pour lancer HYD à Vancouver, à Calgary et à Montréal et convient avec la commissaire qu'une telle entrée pourrait avoir lieu dans les trois mois suivant la fusion, sinon plus rapidement. En conséquence, le Tribunal estime que pour que l'entrée de Penguin dans un nouveau marché géographique soit « probable », au sens de l'article 92 de la Loi, les éléments de preuve doivent démontrer que Penguin était susceptible de réaliser cette entrée dans les trois mois suivant la fusion.

88. Le Tribunal reconnaît que le délai de pénétration a été décrit comme une [TRADUCTION] « ligne directrice, et non pas [une] règle temporelle coulée dans le béton » (*Tervita*, au paragraphe 74). Toutefois, la Cour suprême du Canada a fait une mise en garde contre l'utilisation du délai comme point de repère dans les cas où il est [TRADUCTION] « si long qu'une décision quant à la probabilité d'une pénétration du marché avant la fin de cette période serait influencée par tant d'impondérables et inconnues qu'elle tiendrait en grande partie de la conjecture » (*Tervita*, paragraphe 74). Il est évident que ce n'est pas le cas ici. Au contraire, en l'espèce, le délai est court, de sorte qu'il [TRADUCTION] « est possible de déterminer avec suffisamment de précision si la pénétration du marché dans cette période est vraisemblable, de sorte que la condition de "vraisemblance" soit remplie » (*Tervita*, au paragraphe 74).

89. Le Tribunal estime que la commissaire n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que Penguin était susceptible d'entrer dans le marché des applications de rencontre à Vancouver, à Calgary ou à Montréal au cours des trois mois suivant la fusion et, par conséquent, que le volet « empêchement » de l'article 92 n'est pas touché par la fusion.

D. La fusion entraînera-t-elle une diminution sensible de la concurrence à Toronto?

90. Ayant déterminé, pour les raisons susmentionnées, qu'il n'est pas possible que la fusion entraîne un empêchement sensible de la concurrence pour les applications de rencontre à Vancouver, à Calgary ou à Montréal, le Tribunal doit maintenant examiner si la fusion peut entraîner une diminution sensible de la concurrence pour les applications de rencontre à Toronto, où les applications des parties à la fusion sont toutes deux actuellement disponibles.

91. Le critère approprié pour déterminer s'il y aura une diminution de la concurrence est de savoir si la fusion est susceptible de faciliter l'exercice d'un pouvoir de marché nouveau ou accru par l'entité fusionnée. Pour que l'article 92 s'applique, cette diminution doit être sensible. Comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada, [TRADUCTION] « [c]e que l'on peut qualifier de "sensible" variera d'une affaire à l'autre. Le Tribunal n'a pas jugé utile d'appliquer un critère numérique strict » (*Tervita*, au paragraphe 46).
92. Si, d'une manière générale, ce Tribunal a rejeté l'application d'un critère numérique strict, l'inapplicabilité d'un seuil objectif clair pour déterminer une diminution sensible de la concurrence est encore plus évidente lorsque, comme en l'espèce, des effets hors prix sont invoqués. Comme le Tribunal l'a observé par le passé, les effets concurrentiels hors prix, tels que la diminution de l'innovation, sont par nature moins faciles à quantifier que les effets de prix, de sorte que [TRADUCTION] « lorsqu'il est question d'innovation, il n'y a pas toujours de preuves empiriques ou statistiques fiables, et le commissaire pourrait être obligé d'avoir recours à des outils et des instruments qualitatifs pour démontrer les effets concurrentiels de la conduite contestée » (*Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2016 CACT 7, au paragraphe 471).
93. La commissaire affirme, et le Tribunal est d'accord avec elle, que les éléments de preuve démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que la fusion renforcera considérablement le pouvoir de marché de FYR. Plus précisément, le Tribunal considère que cette conclusion est manifestement étayée par i) la part dominante combinée des parties à la fusion des applications de rencontre à Toronto, ii) le dossier documentaire de la rivalité entre les parties à la fusion, iii) le fait que la fusion augmentera sensiblement les données d'utilisation des parties à la fusion, ce qui renforcera à son tour la force de leur offre, et iv) les plans de FYR d'intégrer Bat Signal à HYD, au soutien d'une croissance supplémentaire du nombre d'utilisateurs de Bat Signal. Selon les éléments de preuve, le Tribunal estime que la fusion est susceptible de permettre à FYR d'exercer un pouvoir de marché sensiblement plus important qu'aujourd'hui et, par conséquent, que la fusion est susceptible d'entraîner une diminution sensible de la concurrence en ce qui concerne les applications de rencontre à Toronto.
94. Les parties à la fusion déplorent que la commissaire n'a fait, au mieux, que la moitié du chemin. Elles affirment que, selon l'argument même de la commissaire, celle-ci a, au mieux, démontré que FYR disposera d'un pouvoir de marché plus important, mais n'a pas démontré qu'une dimension spécifique de la concurrence hors prix (par exemple, la qualité, la variété, le service, la publicité ou l'innovation) est susceptible d'être à un niveau sensiblement inférieur à la suite de la fusion.
95. Le Tribunal accepte que les implications potentielles du pouvoir de marché de FYR indiquées par la commissaire sont mieux comprises comme des exemples théoriques illustratifs et que la commissaire n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que l'un ou l'autre de ces exemples est susceptible de se produire après la fusion. Toutefois, le Tribunal estime que la commissaire n'est pas tenue d'indiquer précisément comment la concurrence hors prix sera sensiblement touchée et qu'il suffit plutôt de démontrer que la société fusionnée bénéficiera d'un pouvoir de marché sensiblement plus important, de sorte que la concurrence sera sensiblement diminuée dans un sens général. Exiger davantage de la part de la commissaire serait incompatible avec la Loi.

96. La Loi reconnaît précisément l'importance des dimensions hors prix de la concurrence et les place explicitement sur un pied d'égalité avec la concurrence par les prix. À titre d'exemple, l'article 1 de la Loi stipule que le but de la Loi est également « d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits » (soulignement ajouté). De la même façon, l'article 93 de la Loi comprend entre autres les facteurs suivants dont le Tribunal peut tenir compte pour déterminer si une fusion est susceptible d'entraîner un problème de DESC :

g) la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent;

g.1) les effets de réseau dans le marché;

g.2) le fait que le fusionnement réalisé ou proposé contribuerait au renforcement de la position sur le marché des principales entreprises en place;

g.3) tout effet du fusionnement réalisé ou proposé sur la concurrence hors prix ou par les prix, notamment la qualité, le choix ou la vie privée des consommateurs;

97. Il serait incompatible avec le régime législatif et la jurisprudence de ce Tribunal d'exiger de la commissaire qu'elle démontre précisément de quelle façon la concurrence hors prix se dégradera par l'exercice d'un pouvoir de marché, en particulier dans les marchés axés sur la technologie et l'innovation.

98. L'imprévisibilité est un élément inhérent à l'innovation. L'article 92 vise à protéger le processus concurrentiel en empêchant l'accumulation d'un pouvoir de marché sensiblement plus important. La commissaire a démontré que la fusion entraînera une telle accumulation et a illustré pour le Tribunal les manières dont ce pouvoir pourrait, en théorie, être exercé pour dégrader les aspects hors prix de la concurrence. Nous ne pouvons pas exiger de la commissaire qu'elle démontre précisément comment les parties privées tireront parti de leur pouvoir de marché, en particulier dans les marchés axés sur l'innovation.

99. En conséquence, nous estimons que la fusion est susceptible d'entraîner une diminution sensible de la concurrence pour les applications de rencontre à Toronto.

IX. LES MESURES CORRECTIVES

100. Ayant déterminé que la fusion est susceptible d'entraîner une diminution sensible de la concurrence au sens de l'article 92 de la Loi, le Tribunal doit maintenant déterminer la mesure corrective appropriée. Comme expliqué ci-dessus, le Tribunal considère qu'il ne dispose que d'une mesure corrective possible, à savoir la demande d'ordonnance d'interdiction présentée par la commissaire, qu'il lui incombe d'étayer.

101. Le Tribunal est convaincu que l'ordonnance demandée par la commissaire serait efficace pour remédier à la diminution sensible de la concurrence déterminée ci-dessus. Toutefois, le Tribunal estime que la commissaire n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu'une telle ordonnance ne serait pas punitive.

102. En examinant le bien-fondé de l'ordonnance demandée par la commissaire, le Tribunal estime qu'il est nécessaire de tenir compte de l'ensemble du dossier factuel, y compris la cession. Le Tribunal estime que la cession, en permettant à Riddler d'accéder à Emperor, renforcera considérablement un tiers rival des parties à la fusion, ce qui atténuera le pouvoir de marché de FYR après la fusion.
103. La commissaire affirme que la cession n'ira pas assez loin et, plus précisément, que la capacité de Riddler à restreindre efficacement l'exercice du pouvoir de marché de FYR après la fusion sera limitée par son faible nombre d'utilisateurs et la faible reconnaissance de sa marque. La commissaire soutient donc que, si la cession atténue dans une certaine mesure les effets anticoncurrentiels de la fusion, elle ne le fera pas à un point tel que la fusion n'entraînerait plus une diminution sensible de la concurrence.
104. Le Tribunal est conscient des limites soulevées par la commissaire et convient que, pour ces raisons, la cession pourrait ne pas remédier entièrement à la diminution sensible de la concurrence causée par la fusion. Toutefois, le Tribunal ne considère pas qu'il dispose de suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer que, selon la prépondérance des probabilités, la cession est insuffisante pour remédier à la diminution sensible de la concurrence. Le Tribunal estime donc que la commissaire ne s'est pas acquittée de son fardeau de preuve en ce qui concerne l'ordonnance demandée.

X. L'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 2023

SIGNÉ par les panélistes au nom du Tribunal