





Cas de figure officiel du concours de plaidoirie Adam F. Fanaki en droit de la concurrence

i Le contenu suivant a été créé à des fins éducatives seulement. Tous les noms, entreprises, produits et incidents décrits dans ce document sont fictifs. Aucune association avec des entreprises ou des événements réels ne doit être déduite.

Bien que ce scénario implique une pandémie fictive, le Bureau de la concurrence prend très au sérieux les événements du monde réel impliquant la COVID-19. Le Bureau continue de faire tout ce qui est en son pouvoir pour protéger les consommateurs et les entreprises contre les activités anticoncurrentielles pendant la pandémie de COVID-19.

TRADUCTION

Référence : *La commissaire de la concurrence c. Poodle Inc.*

DANS L'AFFAIRE d'une demande déposée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance en vertu de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, dans sa version modifiée;

ENTRE :

La commissaire de la concurrence
(demanderesse)

et

Poodle Inc.
(défenderesse)

MOTIFS DE L'ORDONNANCE RENDUE LE
15 OCTOBRE 2020



Table des matières

I. Résumé

A. Aperçu

B. La demande de la commissaire et la réponse de Poodle

C. Les conclusions du Tribunal

II. Les parties

A. La commissaire

B. Poodle

C. Trowel.it

III. L'historique des faits

IV. Questions en litige et positions des parties

A. Hypothèses et fardeau de preuve de la commissaire en vertu de l'article 92

B. Fardeau de preuve dans l'analyse fondée sur [Traduction] « l'absence hypothétique »

C. Pertinence des autres options concurrentielles pour les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture

D. [Traduction] « Préclusion » de l'entreprise en déconfiture

V. Analyse du Tribunal

- A. Hypothèses et fardeau de preuve de la commissaire
 - B. Fardeau de preuve dans l'analyse fondée sur [Traduction] « l'absence hypothétique »
 - C. Pertinence des autres options concurrentielles pour les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture
 - D. [Traduction] « Préclusion » de l'entreprise en déconfiture
- VI. Ordonnance

I. Résumé

A. Aperçu

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, dans sa version modifiée (la « **Loi** »), visant à obtenir une ordonnance de dissolution pour remédier à l'empêchement ou à la diminution sensible de la concurrence (« **EDSC** ») qui, allègue-t-elle, surviendra vraisemblablement en raison de l'acquisition réalisée par Poodle Inc. (« **Poodle** ») de Trowel.it Inc. (« **Trowel.it** »).
2. Poodle est l'une des plus grandes sociétés technologiques diversifiées au monde. Elle offre une vaste gamme de services de recherche, de commerce électronique, d'hébergement Web et de services informatiques, notamment Poodle Search, Poodle Maps, Poodle Marketplace et Poodle Web Hosting, ainsi qu'une plateforme de réseautage et de médias sociaux, Poodle Pups. Poodle octroie également des licences pour un certain nombre de services Web et de technologies aux développeurs de logiciels dans le cadre de sa suite de produits Poodle Toolkit.
3. Trowel.it est une jeune entreprise canadienne qui met au point des technologies de réseautage social conçues pour attirer les jardiniers amateurs. Par exemple, Trowel.it permet aux utilisateurs de rendre accessible leur parterre comme jardin communautaire, de vendre leurs produits et d'obtenir des récompenses lorsqu'ils achètent du nouveau matériel de jardinage. Les utilisateurs de Trowel.it accèdent à ses fonctionnalités par l'intermédiaire de [Traduction] « modules d'extension » ou « d'applets » conçus pour les plateformes de réseautage social comme Poodle Pups et Frenchton.com, une plateforme semblable offerte par la concurrente de Poodle, Frenchton.com, Inc. (« **Frenchton** »).
4. Avant son acquisition par Poodle, Trowel.it travaillait à attirer aussi les utilisateurs non jardiniers et, parallèlement, à mettre au point une gamme plus vaste de fonctionnalités de réseautage social (comme la capacité de partager des messages et des photos) dans le cadre d'un programme ambitieux appelé à l'interne [Traduction] « Projet Papillon ». Selon la commissaire, s'il avait été mené à bien, le Projet Papillon aurait permis à Trowel.it d'offrir un réseau social autonome offrant une gamme complète de fonctionnalités, tout en continuant à rendre accessibles ses fonctionnalités novatrices s'adressant aux amateurs sous forme de modules d'extension aux autres plateformes conformément à son approche de [Traduction] « jardin ouvert ».
5. Au cours des mois ayant précédé la demande de la commissaire, les mesures de confinement adoptées en réponse à la pandémie mondiale de covid-19 ont généré un intérêt sans précédent à l'égard du jardinage domestique chez de tout nouveaux jardiniers amateurs, ce qui a par conséquent considérablement accru le nombre d'utilisateurs de Trowel.it. À la fin de mars 2020, Trowel.it a lancé un processus de vente dans l'espoir de se retirer avant que ses utilisateurs retournent au travail et, prévoyait-elle, se désintéressent du jardinage et d'autres passe-temps. Trowel.it a reçu un certain nombre d'offres. L'offre de Poodle était la meilleure, mais ne s'approchait pas de l'évaluation que les cofondateurs de Trowel.it avaient faite. Croyant que la pandémie

allait se poursuivre, Trowel.it a décidé d'abandonner le processus de vente et d'attendre un moment plus favorable pour vendre l'entreprise.

6. En réponse au rejet de Trowel.it, Poodle a pris certaines mesures pour convaincre Trowel.it d'accepter l'offre de Poodle, notamment en réduisant les recettes de Trowel.it, en augmentant ses coûts et en lui refusant l'accès à des technologies qui étaient nécessaires à la mise en œuvre du Projet Papillon. Du fait de ces tactiques, Trowel.it a décidé en désespoir de cause d'accepter l'offre de Poodle. Étant donné que la transaction n'était pas visée par l'obligation de déposer un préavis de fusion en vertu de la Loi, Poodle et Trowel.it ont conclu leur fusion le 1^{er} juin 2020 sans en aviser la commissaire à l'avance.

B. La demande de la commissaire et la réponse de Poodle

7. Dans sa demande, la commissaire allègue que l'acquisition de Trowel.it par Poodle entraînera vraisemblablement un EDSC dans le marché des services de médias sociaux et de réseautage social. Selon les observations de la commissaire, en l'absence de la fusion, le Projet Papillon aurait mis Trowel.it en concurrence directe avec Poodle Pups.
8. Poodle n'est pas d'avis que son acquisition de Trowel.it entraînera vraisemblablement un EDSC. Dans ses observations, les allégations de la commissaire sont très hypothétiques et reposent sur une estimation très approximative des chances de succès du Projet Papillon et de la croissance future des affaires de Trowel.it. La commissaire et Poodle sont en profond désaccord quant à la mesure dans laquelle le Tribunal peut faire des [Traduction] « hypothèses » lorsqu'il effectue une analyse prospective concernant l'issue vraisemblable d'événements hypothétiques futurs, surtout dans l'industrie dynamique des technologies et des médias sociaux.
9. Poodle fait également valoir que, même en ignorant le caractère hypothétique des préoccupations de la commissaire, le Projet Papillon était voué à l'échec. Poodle fait valoir que Trowel.it n'aurait jamais pu mener à bien le Projet Papillon de son propre chef, car il lui aurait fallu accéder à la technologie de Poodle que Poodle n'aurait pas rendu accessible, en l'absence d'une acquisition. La commissaire répond que ces arguments équivalent à une [Traduction] « prise en otage » et à une [Traduction] « diversion tactique » qui compromettraient le processus du Tribunal et mineraient les objectifs de la Loi.
10. Enfin, Poodle fait valoir que, même si le Tribunal souscrit aux observations de la commissaire en ce qui concerne les effets allégués de la transaction, la fusion devrait néanmoins être autorisée, car Trowel.it est une entreprise en déconfiture, même si les deux parties conviennent qu'il y avait d'autres options que l'acquisition (comme l'acquisition par un autre soumissionnaire ou la restructuration) qui auraient pu être préférables sur le plan de la concurrence. Poodle soutient que le Tribunal ne devrait pas examiner s'il peut y avoir eu des options préférables sur le plan de la concurrence, car il s'agit là d'une détermination excessivement hypothétique; la commissaire répond que, au contraire, le Tribunal est tenu de considérer une telle preuve afin de donner effet à l'alinéa 93b) de la Loi et que, si Poodle ne réussit pas à démontrer qu'il n'y avait pas d'autre option préférable sur le plan de la concurrence, la [Traduction] « défense de l'entreprise en déconfiture » n'a pas été établie et les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture doivent être ignorés. Quoi qu'il en soit, fait valoir la commissaire, Poodle ne devrait pas être autorisée à invoquer ce moyen de défense, car son propre comportement d'éviction et abusif était la cause immédiate de la déconfiture vraisemblable de Trowel.it.
11. Il n'y a pas de litige quant aux mesures correctives.

C. Les conclusions du Tribunal

12. En ce qui concerne les effets anticoncurrentiels allégués de la fusion, le Tribunal estime que les préoccupations de la commissaire concernant les effets horizontaux vraisemblables de la fusion sont trop hypothétiques pour justifier l'intervention visée à l'article 92 de la Loi. Il

n'est pas loisible au Tribunal d'ajuster ses normes de preuve lorsqu'il entend des demandes mettant en cause la haute technologie ou compte tenu de la pandémie de covid-19; si c'était le cas, le Tribunal refuserait de le faire.

13. Dans le cas où le Tribunal aurait commis une erreur en concluant que la commissaire ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer que la transaction contestée aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, le Tribunal a également examiné les arguments de Poodle selon lesquels le Projet Papillon n'aurait jamais réussi à mettre Trowel.it en concurrence avec Poodle (soit parce que Poodle n'aurait pas octroyé de licence à Trowel.it à l'égard de la technologie nécessaire ou parce que Trowel.it n'aurait pas mené à bien le projet afin d'éviter de soulever des questions antitrust en vue de sa vente éventuelle à Poodle). Le Tribunal partage à cet égard l'avis de la commissaire. S'il fallait accorder un poids quelconque à ces arguments, le processus du Tribunal serait vulnérable à la prise en otage et à la diversion tactique, et les objectifs de la Loi seraient minés.
14. De façon similaire, même s'il n'était pas tenu de le faire à la lumière d'autres conclusions, le Tribunal a examiné les observations des parties concernant les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture et l'interprétation correcte de l'alinéa 93b) de la Loi. En ce qui concerne le critère applicable, le Tribunal estime qu'il n'est pas en droit d'examiner les autres options potentielles que la transaction dans le cadre de son analyse. Poodle n'a pas non plus le fardeau de produire une preuve établissant une [Traduction] « défense de l'entreprise en déconfiture » positive : les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture font plutôt partie de l'analyse d'un EDSC et sont évalués au regard des autres facteurs pertinents, comme la probabilité d'accès au marché et l'existence ou l'absence d'entraves à l'accès, dans le cadre de cette analyse. Enfin, le Tribunal estime que l'observation de la commissaire selon laquelle Poodle est en réalité [Traduction] « précluse » de soulever des arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture est sans fondement.
15. Par suite de ces conclusions, la demande de la commissaire visant à obtenir une ordonnance de dissolution à l'égard de l'acquisition réalisée de Trowel.it par Poodle est rejetée.

II. Les parties

A. La commissaire

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

B. Poodle

17. Poodle est une société technologique qui exerce des activités touchant pratiquement tous les aspects du monde numérique. Après des débuts relativement modestes comme moteur de recherche, Poodle a pris de l'expansion et offre de nombreux produits de recherche, une plateforme de commerce électronique de premier plan et plusieurs autres services qui représenteraient facilement, s'ils étaient offerts par des entreprises indépendantes, certaines des plus grandes sociétés au monde. Poodle fait l'objet d'un examen antitrust rigoureux et constant dans le monde entier, mais ses produits sont incontestablement largement utilisés et ont une importance particulière pour les annonceurs.
18. Aux fins de la présente décision, il importe que le Tribunal examine plus en détail et décrive quatre services précis qui sont offerts par Poodle :
 - a. **Poodle Web Hosting** comprend une suite de solutions d'architecture de réseau qu'offre Poodle aux tiers en utilisant sa propre infrastructure de serveurs moyennant une contrepartie. Poodle estime que pas moins de 30 % du trafic Internet, y compris

les pages Web et les applications mobiles, fait intervenir Poodle Web Hosting d'une façon ou d'une autre.

- b. **Poodle Toolkit** est une énorme bibliothèque de solutions logicielles propriétaires que les clients de Poodle peuvent utiliser dans le développement de leurs propres logiciels. Poodle Toolkit comporte des algorithmes, des méthodes et des outils très sophistiqués qui sont, dans les faits, trop compliqués à reproduire à partir de zéro pour la plupart des développeurs. L'accès à Poodle Toolkit est donc un préalable absolu pour bon nombre de petits développeurs dans la création de logiciels.
- c. **Poodle Pups** est un réseau social qui permet aux utilisateurs d'entrer en contact avec des amis et de partager du contenu, de jouer à des jeux et de transférer de l'argent. Poodle Pups compte près de trois milliards d'utilisateurs actifs uniques chaque mois.
- d. **Poodle AdWoofs** est une plateforme publicitaire développée par Poodle qui permet aux annonceurs de soumissionner pour afficher de courtes publicités et d'autres messages aux utilisateurs du Web. AdWoofs peut afficher des publicités dans les résultats de Poodle Search et sur des sites de tiers, ces derniers recevant un faible montant pour chaque impression publicitaire.

19. Poodle acquiert en moyenne 20 entreprises de toutes tailles chaque année; Trowel.it est la dernière de ces entreprises.

C. Trowel.it

20. Trowel.it était, jusqu'à son acquisition, une petite entreprise en démarrage, mais en croissance rapide fondée en 2017 à Waterloo, en Ontario, par Suresh Khan, qui se décrit comme un [Traduction] « fondateur en série » qui a auparavant fondé et vendu trois autres entreprises. Avant son acquisition par Poodle, Trowel.it comptait seulement 26 employés et environ 30 millions d'utilisateurs. Environ 40 % des intérêts de Trowel.it étaient détenus par M. Khan et le reste était détenu par quatre sociétés de capital de risque qui avaient contribué à sa croissance dans différentes [Traduction] « rondes de financement ».
21. Trowel.it offre une série de services axés sur le jardinage conçus pour être intégrés aux réseaux sociaux, y compris Poodle Pups, qui permettent aux utilisateurs de tirer profit des fonctionnalités uniques de Trowel.it tout en utilisant d'autres plateformes. Toutes les fonctionnalités de Trowel.it sont conçues pour attirer les jardiniers amateurs. Par exemple, Trowel.it permet aux utilisateurs de rendre accessible leur parterre comme jardin communautaire, de vendre leurs produits et d'obtenir des récompenses lorsqu'ils achètent du nouveau matériel de jardinage des détaillants partenaires de Trowel.it. De façon similaire, un utilisateur de Poodle à la recherche d'aliments biologiques à proximité peut voir des publicités des jardiniers locaux de Trowel.it offrant les produits dont il a besoin, tandis que les utilisateurs de Trowel.it peuvent acheter des outils et des fournitures dans le cadre des partenariats de commerce électronique de Poodle et échanger les points de fidélisation qu'ils obtiennent en utilisant Trowel.it pour accéder au contenu payant sur le jardinage hébergé sur la plateforme de Poodle.
22. Les utilisateurs de Trowel.it accèdent à ces services en ouvrant une session sur la plateforme d'un tiers, en naviguant jusqu'à [Traduction] « l'addiciel » de Trowel.it et en accordant la permission pour que leurs renseignements soient partagés entre les deux services; ils peuvent ensuite utiliser les fonctionnalités de Trowel.it sur la plateforme intégrée. Trowel.it a délibérément adopté une approche de [Traduction] « jardin ouvert » dans ses négociations avec les plateformes de tiers, en maximisant sa compatibilité avec le plus grand nombre de tiers possible et en rejetant de nombreuses propositions pour rendre ses fonctionnalités accessibles en exclusivité sur une plateforme. Les recettes de Trowel.it proviennent principalement du programme AdWoofs de Poodle, Trowel.it recevant un faible montant lorsque ses

utilisateurs voient des publicités d'AdWoofs affichées sur le service de Trowel.it (sur la plateforme Poodle Pups ou une autre plateforme).

23. Au cœur du plan de croissance de Trowel.it se trouvait une série d'initiatives appelées collectivement Projet Papillon. Le Projet Papillon avait deux principaux objectifs. En premier lieu, Trowel.it développerait une fonctionnalité de réseautage social de base et une plateforme autonome, de sorte que les utilisateurs souhaitant avoir un accès direct et rapide aux fonctionnalités de Trowel.it puissent y accéder directement sur une plateforme de réseautage entièrement nouvelle plutôt que sur la plateforme Poodle Pups, de Frenchton.com ou tout autre portail. En second lieu, et parallèlement, Trowel.it continuerait à développer des fonctionnalités novatrices à la fois pour les jardiniers et pour d'autres amateurs, comme les boulangers artisans, les menuisiers bricoleurs et les artistes. Ces nouvelles fonctionnalités seraient d'abord offertes sur la plateforme nouvellement créée de Trowel.it, mais elles seraient déployées sur d'autres plateformes le plus rapidement possible selon le principe de [Traduction] « jardin ouvert ». Tant la plateforme autonome que les nouvelles fonctionnalités envisagées tireraient abondamment profit de la technologie Poodle Toolkit pour le développement rapide et le déploiement de ces nouvelles fonctionnalités emballantes.

III. L'historique des faits

24. Avant 2020, Trowel.it était une petite entreprise technologique en démarrage âgée de trois ans au service d'une communauté de jardiniers amateurs canadiens que l'on pourrait qualifier de créneau. Tandis qu'elle prenait de l'essor à un rythme raisonnable, elle a connu une popularité sans précédent en 2020 alors qu'une pandémie mondiale a entraîné une augmentation considérable des pouces verts amateurs.
25. En mars 2020, l'Organisation mondiale de la Santé a déclaré que la maladie respiratoire corgid-19 causée par un nouveau corgivirus qui se propageait rapidement était une pandémie. Les gouvernements du monde entier ont pris des mesures pour ralentir la propagation de la maladie en imposant le confinement et d'autres mesures.
26. En raison de ces mesures, des millions de personnes ont été contraintes de trouver des façons de passer le temps en étant confinées à la maison. Compte tenu en partie du moment de l'arrivée de la pandémie dans l'hémisphère Nord, beaucoup de gens se sont tournés vers le jardinage. Bon nombre de ces nouveaux jardiniers ont découvert Trowel.it et ont trouvé ses fonctionnalités uniques fort utiles. Par conséquent, la presse populaire a beaucoup parlé de Trowel.it et cette dernière a connu une augmentation sans précédent du nombre de ses utilisateurs.
27. M. Khan et ses investisseurs ont déterminé que l'intérêt suscité par la pandémie représentait l'occasion idéale de se retirer du secteur des technologies de réseaux sociaux de jardinage. À la fin mars 2020, Trowel.it a lancé un processus de vente.
28. Trowel.it a reçu quatre offres. Deux de ces offres provenaient de fournisseurs de technologies de réseaux sociaux de jardinage concurrents (à savoir, Diatomaceous Earth Industries, Inc. et Secateur Corporation); le premier était seulement prêt à offrir ses propres actions en contrepartie et le dernier – assez ironiquement d'ailleurs – a retiré son offre relativement tôt dans le processus de vente en raison de la perception d'un risque antitrust. La troisième et la quatrième offres provenaient de Frenchton et de Poodle; l'offre de Poodle était environ deux fois plus généreuse que celle de Frenchton, mais néanmoins de beaucoup inférieure à ce que valait l'entreprise selon M. Khan. En conséquence, Trowel.it a abandonné le processus de vente et a continué à mener à bien le Projet Papillon, sa nouvelle ambition de croissance interne.

29. Poodle était furieuse que Trowel.it ait rejeté son offre d'acquisition. Peu de temps après, Poodle a adopté une stratégie visant à affaiblir Trowel.it et à la rendre plus sensible à l'offre de Poodle. Plus précisément, Poodle
- a. a changé les politiques d'AdWoofs pour les rendre beaucoup plus restrictives quant aux [Traduction] « technologies de réseaux sociaux concurrentes », entraînant des réductions considérables à court terme des recettes de Trowel.it;
 - b. a augmenté certaines échelles de prix pour ses services informatiques Poodle Web Services, entraînant l'augmentation des coûts de Trowel.it; et
 - c. a révoqué l'accès de Trowel.it à certains services de base de Poodle Toolkit que Trowel.it utilisait pour développer le programme du Projet Papillon.
30. En raison de ces mesures, Trowel.it a éprouvé de grandes difficultés financières et stratégiques. Selon M. Khan et ses partenaires en capital de risque, Trowel.it se retrouvait devant :
- a. des recettes réduites d'AdWoofs et sans autre source apparente de recettes à court terme;
 - b. une hausse des coûts en raison du nombre d'utilisateurs accru découlant de la pandémie de covid-19 (disproportionnée par rapport aux recettes accrues découlant du nombre d'utilisateurs accru); et
 - c. aucune voie évidente à suivre vers une croissance rentable en l'absence d'une façon viable de développer le Projet Papillon.

Trowel.it était confrontée à une crise de liquidités à court terme et à une crise stratégique à long terme. De plus, ses investisseurs de capital risque ne voulaient pas susciter l'hostilité de Poodle, compte tenu de leurs relations avec Poodle (en tant qu'acquéreuse en série d'entreprises en démarrage). En désespoir de cause et devant des pressions considérables de ses investisseurs, Trowel.it a accepté d'être acquise par Poodle.

31. La transaction n'était pas visée par l'obligation de déposer un préavis en vertu de la Loi et a été conclue le 1^{er} juin 2020. Après sa conclusion, la transaction a été signalée dans la presse professionnelle et a été portée à l'attention de l'Unité du renseignement et des avis de fusion du Bureau de la concurrence. La commissaire a entrepris une enquête et a en fin de compte déposé la présente demande au Tribunal.

IV. Questions en litige et positions des parties

32. Les parties soutiennent – et le Tribunal en convient – que le litige portant sur cette demande peut être ramené à quatre questions principales :
- a. Pour les acquisitions dans l'industrie très dynamique des technologies (dans laquelle les résultats futurs et les perspectives de croissance sont incertains), ou compte tenu de l'incertitude résultant de la pandémie mondiale, le Tribunal est-il en droit d'ajuster son critère quant à savoir si une transaction aura [Traduction] « vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence »? Devrait-il le faire en l'espèce?
 - b. L'analyse du Tribunal des autres options que cette transaction devrait-elle tenir compte d'une preuve potentiellement intéressée quant aux mesures vraisemblables que la défenderesse elle-même aurait prises en l'absence de la fusion?
 - c. Le Tribunal est-il en droit d'examiner une preuve quant à l'applicabilité de l'alinéa 93b) de la Loi (c.-à-d., une preuve de la [Traduction] « déconfiture vraisemblable » de l'entreprise) en l'absence de preuve concernant les autres options que la transaction?

d. Un acheteur est-il [Traduction] « préclus » de soulever des arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture si son propre comportement était la cause immédiate de la déconfiture vraisemblable de l'entreprise cible?

33. Les parties ont convenu que la seule mesure corrective qui s'impose – si une telle mesure est nécessaire – serait d'empêcher complètement la transaction, exigeant que Trowel.it recherche un autre acquéreur ou, le cas échéant, la laissant aller en déconfiture. Par conséquent, la résolution de ces quatre questions sera suffisante pour déterminer l'issue de cette demande.

A. Hypothèses et fardeau de preuve de la commissaire en vertu de l'article 92

34. Dans sa demande, la commissaire allègue que l'acquisition de Trowel.it par Poodle entraînera vraisemblablement un EDSC dans le marché des services de médias sociaux et de réseautage social. Plus précisément, la commissaire soutient que l'acquisition de Trowel.it par Poodle entraînera un empêchement sensible de la concurrence dans le marché des services de médias sociaux et de réseautage social parce que, en l'absence de la fusion, Trowel.it aurait vraisemblablement mené à bien le Projet Papillon et développé sa propre plateforme de réseautage social, laquelle aurait été en concurrence directe avec Poodle Pups. Étant donné que cette acquisition élimine cette concurrence future potentielle, la transaction satisfait au critère pour l'intervention du Tribunal visée à l'article 92 de la Loi.

35. La commissaire soutient que, une fois mené à bien, le Projet Papillon aurait profité d'un [Traduction] « cycle vertueux » d'augmentation du nombre d'utilisateurs, compte tenu notamment de l'intérêt soutenu à l'égard de divers passe-temps découlant des effets persistants de la corgid-19. Au soutien de ces prétentions, la commissaire a produit divers éléments de preuve concernant l'attrait vraisemblable des nouvelles fonctionnalités envisagées du Projet Papillon, le bilan de M. Khan et de Trowel.it dans le lancement d'entreprises prospères et la trajectoire initiale d'augmentation du nombre d'utilisateurs de Poodle elle-même. La commissaire a également formulé de nombreuses observations concernant les acquisitions précédentes de Poodle, notamment plusieurs entreprises qui ont connu une croissance importante au sein de l'organisation de Poodle (et, allègue la commissaire, qui auraient livré une vigoureuse concurrence à Poodle si cette dernière ne les avait pas acquises à leurs balbutiements). La commissaire a aussi présenté des éléments de preuve concernant la durée vraisemblable des mesures de confinement découlant de la corgid-19 et la popularité grandissante de divers passe-temps.

36. Malgré cette preuve, la commissaire reconnaît que ses projections quant à l'issue du Projet Papillon et aux effets continus de la corgid-19 sont nécessairement assez hypothétiques. Elle a même admis, pendant l'interrogatoire mené par Poodle, que la preuve produite pouvait ne pas satisfaire au critère que le Tribunal aurait traditionnellement exigé pour conclure qu'une fusion entraînerait vraisemblablement un EDSC. Cependant, elle invite le Tribunal à [Traduction] « pécher par excès de prudence », car les coûts de ne pas empêcher une [Traduction] « acquisition meurtrière » sont élevés, et on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que la commissaire fournisse certains éléments de preuve compte tenu des défis que posent les marchés technologiques en évolution rapide et une pandémie mondiale.

37. La commissaire reconnaît le libellé de l'article 92 de la Loi, qui habilite le Tribunal à rendre une ordonnance seulement lorsqu'il « conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet ». Elle fait plutôt valoir que le Tribunal est en droit – et est en réalité tenu – de donner une interprétation du mot « vraisemblablement » en fonction de l'objet visé afin d'atteindre les objectifs de la Loi. Elle fait valoir que le Tribunal peut et devrait [Traduction] « donner une interprétation atténuée » du

degré requis de vraisemblance lorsqu'une interprétation plus stricte peut donner lieu à une issue pernicieuse et empêcher l'application efficace de la Loi.

38. La commissaire souligne que certaines caractéristiques inhérentes à l'industrie des technologies rendent impossible pour elle et son personnel de s'acquitter d'un fardeau de preuve qui a été établi pour des industries moins dynamiques. Plus précisément, soutient-elle, le fait que les clients n'ont pratiquement pas de frais de changement de plateforme et peuvent utiliser sans frais de multiples plateformes signifie qu'un nouveau concurrent offrant des fonctionnalités attrayantes peut attirer des millions ou des centaines de millions d'utilisateurs en quelques mois. Elle mentionne un certain nombre d'exemples récents de nouveaux venus prospères comme SnoopChat et DigDog. La commissaire fait valoir qu'on ne respecte pas la politique de concurrence en autorisant les géants en place comme Poodle à acquérir des concurrents potentiels au berceau. Elle soutient qu'elle n'aura pas le pouvoir d'empêcher de telles acquisitions si la Loi exige qu'elle [Traduction] « prédise l'avenir ». Comme l'a dit l'avocate de la commissaire, [Traduction] « si je pouvais le faire, je serais dans le domaine de l'investissement, et non de l'application de la loi ».
39. La même logique s'applique, fait valoir la commissaire, aux périodes qui se caractérisent par une incertitude extrême, comme la pandémie actuelle. Elle soutient que, lorsque le monde devient hautement imprévisible, le fardeau d'un responsable de l'application de la loi de convaincre l'arbitre que ses préoccupations ne sont pas uniquement hypothétiques devient, dans les faits, un obstacle à toute mesure d'application. Toute prédiction est nécessairement hypothétique dans de telles conditions.
40. Compte tenu de ces considérations, la commissaire fait valoir que le Tribunal doit donner une interprétation souple et fondée sur l'objet visé du mot « vraisemblablement » à l'article 92 et qu'il doit interpréter le fardeau de la commissaire comme étant plus léger – et acquitté – dans les circonstances particulières de l'espèce.
41. Poodle s'oppose à la prétention de la commissaire selon laquelle le Tribunal devrait alléger le fardeau de preuve pour les acquisitions technologiques, pendant une pandémie ou dans toute autre circonstance. En premier lieu, fait valoir Poodle, le Tribunal n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'interpréter le mot « vraisemblablement » autrement que dans son sens ordinaire, conformément aux principes habituels d'interprétation des lois. Il n'est pas non plus acceptable, de l'avis de Poodle, que le Tribunal interprète quelque partie de la Loi différemment selon l'industrie ou l'époque en cause dans une affaire donnée. Poodle fait valoir qu'une telle approche compromettrait l'efficacité et l'équité du Tribunal et minerait la confiance du public à l'égard de son application de la loi.

B. Fardeau de preuve dans l'analyse fondée sur [Traduction] « l'absence hypothétique »

42. Pour évaluer si une fusion aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, le Tribunal doit d'abord considérer le scénario [Traduction] « hypothétique » (c.-à-d., le degré de concurrence qui aurait pu exister en l'absence de la transaction). À cet égard, Poodle fait valoir que le scénario [Traduction] « hypothétique » avancé par la commissaire (c.-à-d., une concurrence vigoureuse entre Poodle et Trowel.it dans le marché du réseautage social) ne pourrait jamais être survenu, car il est incompatible avec les mesures que Poodle et Trowel.it auraient réellement prises en l'absence de la fusion.
43. En premier lieu, soutient Poodle, elle n'aurait jamais octroyé une licence à l'égard de sa technologie à un concurrent qu'elle percevait véritablement comme menaçant. Par conséquent, le Projet Papillon – pour lequel on envisageait expressément d'utiliser Poodle Toolkit et qu'on n'aurait pas pu mener à bien sans – était voué à l'échec même en

l'absence de la fusion. Poodle fait valoir qu'elle ne devrait pas se faire [Traduction] « prendre à son propre piège » en ayant ses propres produits [Traduction] « utilisés contre elle » lors de l'acquisition d'entreprises dont la concurrence repose sur l'utilisation de tels produits.

44. Poodle fait également valoir que Trowel.it avait toujours eu l'intention de se faire acquérir relativement à court terme, idéalement par Poodle elle-même. Des courriels échangés entre M. Khan et les investisseurs de capital risque de Trowel.it qualifient une acquisition par Poodle de [Traduction] « Saint-Graal » et « d'os en or ». Des documents laissent même croire (quoique d'une façon ambiguë) que Trowel.it a délibérément travaillé à développer la technologie de réseaux sociaux dans le but de s'assurer qu'elle serait dans la [Traduction] « zone létale » de Poodle (un néologisme moderne utilisé pour désigner une stratégie d'acquisition de toute entreprise en démarrage exerçant ses activités en étroite proximité conceptuelle d'une grande entreprise en place). Poodle soutient que Trowel.it ne serait jamais devenue une véritable concurrente, car cela aurait créé un risque en matière de réglementation qui aurait pu mettre en péril son acquisition éventuelle par Poodle (qui était le but ultime de Trowel.it). Trowel.it était en réalité plutôt davantage une développeuse affiliée ou une [Traduction] « équipe-école » qui serait tôt ou tard introduite dans l'organisation de Poodle sans jamais devenir une menace concurrentielle sérieuse.
45. La commissaire rejette ces arguments pour des raisons juridiques et de principe. Elle affirme que ces arguments dépendent des mesures que la défenderesse elle-même a prises ou pourrait prendre pour modifier le scénario [Traduction] « hypothétique ». De telles mesures doivent être ignorées pour empêcher la [Traduction] « manipulation » potentielle du Tribunal par des parties averties. Si le Tribunal laisse ces arguments influencer son évaluation du monde [Traduction] « hypothétique », fait valoir la commissaire, cela aura pour effet de donner carte blanche à Poodle pour acquérir tout concurrent potentiel qui prévoyait s'appuyer sur son indispensable Poodle Toolkit.
46. La commissaire fait valoir que, si le Tribunal tranche cette demande sur le fondement d'un monde [Traduction] « hypothétique » qui suppose le refus futur de Poodle d'octroyer une licence à l'égard de Poodle Toolkit aux concurrents potentiels, il aura consenti et donné raison à une [Traduction] « campagne délibérée de prise en otage et de comportement anticoncurrentiel ». Un tel critère permettra à de futurs acquéreurs de reconnaître qu'ils prévoient s'attaquer à des concurrents potentiels puis, ayant plutôt été autorisés à acquérir les mêmes concurrents potentiels, n'ont jamais besoin de le faire. Par conséquent, en règle générale, le Tribunal ne devrait pas admettre des arguments concernant un monde [Traduction] « hypothétique » reposant sur la capacité d'un acquéreur de paralyser, d'exclure une cible potentielle ou de s'y attaquer en l'absence d'une fusion.
47. Les observations de la commissaire concernant l'aspiration de Trowel.it à se faire acquérir sont semblables. Pratiquement toutes les entreprises sont prêtes à se faire acquérir à un certain prix, et la plupart des acquéreurs anticoncurrentiels sont souvent prêts à payer les prix les plus élevés. Si l'aspiration de se faire acquérir est prise en compte dans l'évaluation du monde [Traduction] « hypothétique », pratiquement toutes les acquisitions pourraient se justifier. De plus, fait valoir la commissaire, un tel principe aurait un effet d'entraînement : si une entreprise **veut** se faire acquérir, **il va de soi** que l'entreprise aurait pris des mesures pour faciliter cette acquisition. La commissaire exhorte le Tribunal à adopter un principe clair et général : la preuve qu'une cible aurait résisté à la concurrence d'un acquéreur éventuel pour éviter les problèmes relatifs au droit de la concurrence avec son acquisition éventuelle doit être ignorée et ne doit pas éclairer le monde [Traduction] « hypothétique ».
48. Pour sa part, Poodle répond que ces [Traduction] « principes » engendreraient un degré inacceptable d'incertitude et qu'ils sont

incompatibles avec la loi applicable. Poodle soutient que le Tribunal a pour tâche d'évaluer sans parti pris et avec objectivité ce qui **se serait vraisemblablement produit** en l'absence de la fusion et de comparer les effets concurrentiels vraisemblables de la fusion à ce monde [Traduction] « hypothétique ». Le Tribunal ne peut pas, selon Poodle, [Traduction] « se lancer dans une théorie des jeux moralisatrice et guidée par des considérations de politique pour tenter de défendre la perception sans fondement que les grandes entreprises sont méchantes ».

C. Pertinence des autres options concurrentielles pour les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture

49. Même si le Tribunal souscrit aux observations de la commissaire en ce qui concerne les effets allégués de la transaction, Poodle fait valoir que la fusion devrait néanmoins être autorisée parce que Trowel.it est une entreprise en déconfiture. La commissaire ne conteste pas la déconfiture vraisemblable de Trowel.it en l'absence d'une acquisition. Cependant, la commissaire fait valoir que les graves difficultés financières de Trowel.it ne devraient pas empêcher le Tribunal de rendre une ordonnance en vertu de l'article 92, car Poodle n'a pas satisfait au critère défini dans le document *Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi* du Bureau (entre autres documents). Ce critère exige non seulement la déconfiture vraisemblable d'une cible, mais également qu'il n'y ait pas d'autre option préférable sur le plan de la concurrence que la fusion, notamment d'autres acquéreurs ou la liquidation.
50. Poodle répond que le critère défini dans l'orientation du Bureau n'a pas force de loi, est indûment strict et va bien au-delà de l'intention du législateur dans la rédaction de l'alinéa 93b) de la Loi. Poodle invite le Tribunal à appliquer un critère beaucoup moins sévère et factuel, surtout compte tenu des effets de la pandémie de covid-19. Quoi qu'il en soit, Poodle soutient que la [Traduction] « défense » de l'entreprise en déconfiture n'est pas du tout un moyen de défense positif, mais plutôt une simple formulation facultative précisant que le Tribunal **peut** tenir compte de « la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise d'une partie au fusionnement réalisé ou proposé », sans disposition voulant que le Tribunal doive tenir compte des autres options préférables sur le plan de la concurrence ou, en réalité, sans mention aucune des autres options préférables sur le plan de la concurrence.

D. [Traduction] « Préclusion » de l'entreprise en déconfiture

51. Enfin, la commissaire fait valoir que, en principe, le Tribunal ne devrait pas du tout autoriser Poodle à soulever des arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture, car le comportement d'éviction et d'exclusion de Poodle elle-même est la cause immédiate de la déconfiture de Trowel.it. La commissaire soutient que le fait d'autoriser cette fusion sur le fondement de considérations relatives à l'entreprise en déconfiture serait abusif et inciterait d'autres entreprises dominantes à contraindre délibérément des cibles d'acquisition à la déconfiture pour éviter l'application de l'article 92.
52. Poodle répond que, au contraire, tout comportement prétendument d'éviction est une question que la commissaire doit aborder au moyen d'une demande présentée au Tribunal en vertu de l'article 79 (ou d'un autre article). Ce qui serait vraiment abusif, affirme Poodle, serait que la commissaire laisse entendre que sa propre décision de ne pas invoquer l'abus de position dominante rend maintenant inutilisables les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture dans le contexte d'une fusion.

V. Analyse du Tribunal

53. Cette demande soulève de nombreuses questions difficiles et d'actualité. Le Tribunal a examiné attentivement les arguments des

parties en ce qui concerne la nature de la concurrence et la réglementation dans l'industrie extrêmement dynamique des technologies et au milieu d'une crise de santé publique sans précédent.

54. Le Tribunal doit trancher une question fondamentale : comment la *Loi sur la concurrence* doit-elle être appliquée dans des contextes dynamiques et difficiles, soumis à une profonde incertitude? La pandémie de covid-19 a engendré des bouleversements importants dans de nombreuses industries et a soulevé des questions fondamentales concernant l'avenir du travail et de la concurrence. L'industrie des hautes technologies, cependant – qui était dynamique dans les circonstances les plus favorables – a largement profité du nombre d'utilisateurs accru pendant la pandémie, entraînant des évaluations et des recettes supérieures.
55. Cette demande soulève aussi des questions difficiles concernant la manière d'apprécier les fusions lorsque les défendeurs eux-mêmes peuvent [Traduction] « faire pencher la balance » en agissant ou en menaçant d'agir d'une manière qui n'est pas compatible avec une prise de décision juste et raisonnable en matière de concurrence et en modifiant ainsi l'issue concurrentielle vraisemblable en l'absence de fusion.
56. Enfin, la demande donne également au Tribunal l'occasion très opportune de fournir une orientation sur la prétendue [Traduction] « défense de l'entreprise en déconfiture », qui n'est, en réalité, pas du tout un moyen de défense.
57. En gardant ces considérations importantes à l'esprit, le Tribunal a examiné attentivement les observations des parties, la jurisprudence pertinente et la preuve dont il disposait. Le Tribunal a conclu comme suit :
- a. Le fardeau de preuve de la commissaire **ne peut pas** être ajusté en réponse à l'incertitude associée à des industries ou à des périodes historiques en particulier et doit être constant. Par conséquent, cette fusion n'entraînera **pas** vraisemblablement un EDSC en éliminant la concurrence future entre Trowel.it et Poodle.
 - b. L'intention d'un acquéreur d'avoir un comportement anticoncurrentiel ne peut pas valablement faire partie de l'analyse fondée sur [Traduction] « l'absence hypothétique » dans l'examen des fusions. L'intention éventuelle de Poodle de refuser à Trowel.it l'accès à Poodle Pups doit être ignorée dans l'évaluation de ce qui se serait produit en l'absence de cette fusion. De façon similaire, les arguments de Poodle selon lesquels Trowel.it aurait refusé de livrer concurrence afin de conserver sa capacité à se faire acquérir sont circulaires et non convaincants.
 - c. Le Tribunal **est** en droit d'examiner les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture même si aucune preuve concernant les autres options préférables sur le plan de la concurrence n'a été produite. La situation financière précaire de Trowel.it avant la fusion est un fait important qui doit être considéré pour déterminer si la fusion est anticoncurrentielle.
 - d. Le principe de [Traduction] « préclusion », en vertu duquel un acquéreur ne peut affirmer qu'une cible était [Traduction] « en déconfiture » si l'acquéreur lui-même a placé la cible dans cette situation de déconfiture, n'a aucun fondement. Là encore, la déconfiture vraisemblable de Trowel.it doit être considérée par le Tribunal pour déterminer si cette fusion satisfait au critère établi à l'article 92.
58. Le raisonnement du Tribunal à l'égard de chacune de ces questions est résumé ci-dessous.

A. Hypothèses et fardeau de preuve de la commissaire

59. En principe, le Tribunal convient qu'il est en droit et est tenu de donner une interprétation de la Loi qui est fondée sur l'objet visé afin de donner effet à la politique de concurrence du législateur fédéral. De

plus, le Tribunal reconnaît qu'il peut souvent être difficile pour la commissaire d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que l'acquisition d'un nouveau concurrent aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence – ou en réalité d'établir qu'une issue est [Traduction] « vraisemblable » – dans un environnement qui se caractérise par une incertitude mondiale extrême.

60. Cependant, le Tribunal n'a pas le pouvoir discrétionnaire de [Traduction] « donner une interprétation atténuée » du mot « vraisemblablement » dans certaines affaires, mais non dans d'autres. Le sens du mot « vraisemblablement », aux fins de l'article 92, est bien établi par la jurisprudence. Aucun commissaire précédent n'a suggéré que le sens du mot doit être différent d'une affaire à l'autre, malgré que certaines affaires aient mis en cause des industries très dynamiques et certaines situations très incertaines. Le Tribunal lui-même a interprété le mot « vraisemblablement » à de nombreuses reprises et est lié par une jurisprudence abondante. En particulier, la Cour suprême du Canada a souligné ce qui suit [Traduction] :

Il n'existe qu'une seule norme de preuve en matière civile : la preuve selon la prépondérance des probabilités. Il en découle que, pour que l'art. 92 de la Loi s'applique, le Tribunal doit être d'avis que le fusionnement aura probablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence. La simple possibilité ne permet pas de satisfaire à cette norme. Et, comme nous le verrons, plus la situation est projetée dans l'avenir, plus le risque de non-fiabilité s'accroît, tant et si bien qu'à un certain point, la preuve sera jugée conjecturale seulement.

— (*Tervita* au paragraphe 66, citations omises.)

61. Le Tribunal est également convaincu par les observations de Poodle concernant la nécessité d'un processus prévisible et équitable qui n'est pas soumis au changement erratique et constant des règles du jeu. Le fait d'accueillir les observations de la commissaire dans la présente demande réduirait encore davantage la certitude et la prévisibilité du cadre de contrôle des fusions du Canada et aurait un effet paralysant sur l'activité économique. Les défendeurs ont le droit de prévoir raisonnablement et de façon éclairée le critère qu'ils devront satisfaire dans les procédures concernant les fusions, sans avoir à se demander si le Tribunal pourrait estimer que leur industrie est trop dynamique, ou que la situation mondiale est trop incertaine, pour maintenir le critère traditionnel que doit satisfaire la commissaire.
62. Le Tribunal conclut par conséquent que le fardeau de preuve de la commissaire en l'espèce ne sera pas ajusté. La commissaire a admis que – si un critère moins exigeant pourrait avoir donné lieu à une conclusion différente – le critère traditionnel de la [Traduction] « vraisemblance » ne permet pas de conclure que Trowel.it allait vraisemblablement livrer une concurrence vigoureuse à Poodle en l'absence de la fusion. Le Tribunal en convient.

B. Fardeau de preuve dans l'analyse fondée sur [Traduction] « l'absence hypothétique »

63. Le Tribunal doit évaluer les effets d'une fusion au moyen d'une analyse conjecturale ou fondée sur [Traduction] « l'absence hypothétique » qui demande [Traduction] « le fusionnement permettra-t-il à l'entité fusionnée d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence par rapport à l'état de fait antérieur au fusionnement et qui sert de repère » (*Tervita* au paragraphe 51). L'arrêt *Tervita* de la Cour suprême décrit les étapes analytiques nécessaires. D'abord, le Tribunal doit déterminer le concurrent éventuel (Trowel.it). Ensuite, le Tribunal doit examiner l'état du marché n'eût été la fusion en ce qui concerne l'entrée vraisemblable dans le marché, en prenant en considération [Traduction] « tous les éléments qui, de son avis, sont susceptibles d'influer sur cette pénétration du marché et à l'égard desquels une preuve a été produite[...] notamment des plans et éléments d'actif de la partie

concernée, des conditions du marché actuelles et attendues et d'autres facteurs, énumérés à l'art. 93 de la Loi », et la vraisemblance qu'une telle entrée aura un effet sensible sur le marché (*ibid* aux paragraphes 61 à 79).

64. Poodle a fait valoir que la vraisemblance de la concurrence future entre le réseau social de Poodle (Poodle Pups) et un nouveau réseau social développé par Trowel.it est minimale. Ses principaux éléments de preuve liés à cet argument sont les suivants :
- i. sa prétention selon laquelle elle aurait empêché Trowel.it d'accéder à Poodle Toolkit afin d'empêcher Trowel.it de livrer concurrence et
 - ii. l'objectif stratégique de Trowel.it de se faire acquérir, qui aurait fait en sorte que Trowel.it aurait évité de livrer concurrence à Poodle afin de ne pas créer d'obstacles réglementaires à son acquisition éventuelle.
65. Le Tribunal est convaincu que, en réalité, Poodle aurait effectivement refusé à Trowel.it l'accès à Poodle Pups (ou aurait autrement rendu indûment difficile ou dispendieux pour Trowel.it d'accéder aux fonctionnalités nécessaires de Poodle Toolkit) et également que Trowel.it n'aurait vraisemblablement pas mené énergiquement à bien le Projet Papillon et aurait par conséquent mis en péril ses propres plans d'acquisition.
66. La question qui se pose est alors celle de savoir si l'analyse se termine ici. Poodle soutient que c'est le cas : *Tervita* a demandé au Tribunal de déterminer si l'entrée du concurrent dans le marché est vraisemblable compte tenu des éléments de preuve disponibles, et le Tribunal a conclu qu'elle ne l'est pas. D'après le cadre de la Loi et la jurisprudence pertinente, l'analyse de l'empêchement se terminerai normalement ici.
67. Cependant, la commissaire soutient que le Tribunal devrait ignorer les arguments de Poodle. La commissaire exhorte le Tribunal à adopter un principe voulant que les arguments reposant sur
- i. des menaces d'un comportement d'exclusion de la défenderesse elle-même ou
 - ii. la preuve potentiellement intéressée de la cible selon laquelle elle décidera de ne pas livrer concurrence pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la prise de décision en matière de concurrence ne devraient pas faire partie de l'analyse fondée sur [Traduction] « l'absence hypothétique ».
68. Le Tribunal reconnaît les préoccupations profondes de la commissaire concernant le précédent qui pourrait être établi si les arguments de Poodle devaient se voir accorder du poids. Dans un monde où les géants comme Poodle contrôlent les principaux intrants qui sont indispensables à la concurrence, on ne devrait pas autoriser ces derniers à contourner le processus de contrôle des fusions simplement en menaçant de refuser l'accès à de tels intrants ou d'exclure autrement les nouveaux concurrents. Si le monde [Traduction] « hypothétique » en est un dans lequel Poodle est prête à prendre les mesures nécessaires pour empêcher la concurrence potentielle, il n'y aura aucune façon d'arrêter l'entreprise d'acquérir pratiquement tout concurrent potentiel à l'égard duquel elle pourrait avoir un intérêt. Une telle issue ne saurait être compatible avec les objectifs de la Loi.
69. De façon similaire, le Tribunal ne peut pas valablement retenir la preuve d'une cible selon laquelle elle se serait abstenue de livrer concurrence dans l'avenir à un acheteur simplement pour s'assurer que l'article 92 ne s'applique pas à leur fusion. Le Tribunal a pour tâche de déterminer si l'article 92 s'applique, et cette détermination servira de fondement aux décisions futures de Trowel.it en matière de concurrence à l'égard de Poodle (et non l'inverse). Si le Tribunal détermine que Poodle **ne peut pas** acquérir Trowel.it, Trowel.it pourrait alors décider de devenir plus indépendante et de livrer une concurrence plus vigoureuse à Poodle (pour avoir plus de recettes ou pour accroître sa valeur potentielle pour un autre acquéreur). La Loi ne peut avoir pour effet de s'approprier cette prise de décision future en tenant pour [Traduction]

« acquise » la transaction réalisée. Un tel raisonnement circulaire est rejeté.

70. Compte tenu de ces considérations, le Tribunal estime qu'il est loisible et acceptable de ne pas tenir compte de la preuve potentiellement intéressée de la défenderesse dans les deux catégories étroites décrites ci-dessus dans l'analyse fondée sur [Traduction] « l'absence hypothétique » et (en reconnaissant que ce n'est pas dans les faits nécessaire compte tenu de sa conclusion quant au fardeau de preuve de la commissaire ci-dessus) n'en tient pas compte en l'espèce.

C. Pertinence des autres options concurrentielles pour les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture

71. Dans l'examen des observations des parties quant à l'alinéa 93b) de la Loi, il convient de souligner que, si les parties mentionnent couramment en langage familier la [Traduction] « défense » de l'entreprise en déconfiture – sans doute parce que de tels arguments sont généralement soulevés dans le cadre d'une stratégie de défense dans les échanges avec le Bureau – en réalité, il n'existe pas un tel moyen de défense en droit canadien.
72. Contrairement à la [Traduction] « défense » des gains en efficience, qui s'applique **après** qu'on a conclu à l'existence d'un EDSC pour empêcher le Tribunal de rendre une ordonnance, les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture ne constituent qu'un facteur à considérer dans l'analyse de l'EDSC elle-même. Une fois qu'on a conclu à l'existence d'un EDSC, les arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture ne sont plus pertinents. La véritable question à laquelle le Tribunal doit répondre à ce propos est alors **comment** il doit donner effet à l'inclusion de l'alinéa 93b) dans la liste des facteurs dont peut tenir compte le Tribunal dans le cadre de son analyse de l'EDSC. Plus précisément : la déconfiture potentielle de l'entreprise cible est-elle pertinente à l'analyse du Tribunal seulement dans la mesure où il n'y a pas d'autre option préférable sur le plan de la concurrence ou le Tribunal devrait-il tenir compte de la vraisemblance de la déconfiture de l'entreprise cible comme un facteur indépendant et, le cas échéant, dans quelles circonstances?
73. Avant de présenter les conclusions du Tribunal quant à l'application de l'alinéa 93b), il importe de rappeler deux conclusions de fait qui ne sont pas contestées par les parties. En premier lieu, le Tribunal reconnaît la déconfiture vraisemblable de Trowel.it (c.-à-d., qu'elle serait devenue insolvable) s'il n'y avait pas eu de fusion, pour les motifs exposés ci-dessus. En second lieu, le Tribunal convient que – si la déconfiture de Trowel.it devait avoir eu lieu – il existe d'autres issues potentielles qui sont plus proconcurrentielles que l'acquisition de Trowel.it par Poodle. Par exemple, si Trowel.it était en déconfiture et ne pouvait pas être acquise par Poodle, elle aurait pu avoir été acquise par un autre soumissionnaire ou elle aurait pu avoir pris des mesures de restructuration pour se protéger.
74. Cependant, après un examen attentif, le Tribunal estime que ni le libellé de la Loi ni un quelconque précédent juridiquement contraignant ne l'oblige à tenir compte des [Traduction] « autres options préférables sur le plan de la concurrence » que la fusion (ou, par extension logique, à ne pas tenir compte de la preuve concernant la déconfiture vraisemblable d'une entreprise lorsque le défendeur n'a pas établi que de telles options n'étaient pas disponibles). L'alinéa 93b) exige plutôt du Tribunal qu'il tienne compte de la déconfiture vraisemblable de la cible de manière indépendante de l'existence des autres options sur le plan de la concurrence.
75. Pour une demande présentée en vertu de l'article 92 de la Loi, le Tribunal a pour tâche de tenir compte des conséquences sur le plan de la concurrence de la transaction dont il est saisi. Le Tribunal ne peut pas avancer d'hypothèses concernant d'autres transactions ou d'autres issues qui peuvent découler de sa décision d'interdire ou d'autoriser une fusion en particulier. Le Tribunal ne peut pas choisir l'acquéreur ou

l'issue qu'il préfère; les autres transactions et les autres issues présentent leurs propres nuances, subtilités et incertitudes. Le Tribunal ne dispose d'aucune preuve pour évaluer leur vraisemblance relative ni leur bien-fondé relatif. Le Tribunal doit seulement se pencher sur la déconfiture vraisemblable de l'entreprise cible, en l'absence de la transaction dont il est saisi. En l'espèce, le Tribunal conclut que c'était le cas.

D. [Traduction] « Prélusion » de l'entreprise en déconfiture

76. Enfin, la commissaire soutient que Poodle ne devrait pas être autorisée à soulever des arguments relatifs à l'entreprise en déconfiture parce que son propre comportement d'exclusion était la cause immédiate de la déconfiture de Trowel.it. Le Tribunal n'est pas de cet avis. Si la commissaire est d'avis que le comportement d'une partie peut être abusif, il lui incombe de porter l'affaire à l'attention du Tribunal en utilisant le bon moyen.
77. Dans les faits, la présente demande n'allègue pas une violation de la disposition relative à [Traduction] « l'abus de position dominante » de l'article 79 de la Loi, pas plus qu'elle renferme une preuve suffisante pour permettre au Tribunal de tirer une conclusion en vertu de cette disposition. Si le comportement de Poodle à l'égard de Trowel.it soulève effectivement à première vue des préoccupations concernant un comportement potentiellement abusif ou d'éviction, cette demande ne saurait donner lieu à une évaluation de ces préoccupations.
78. De plus, il faut souligner que la Loi ne donne pas au Tribunal le pouvoir d'ordonner la dissolution d'une fusion – ou de restreindre les droits d'une partie à avancer des arguments dans une procédure concernant une fusion – en réponse à un comportement prétendument traditionnellement abusif.
79. Le Tribunal est sensible aux préoccupations de la commissaire. En particulier, il reconnaît que les contraintes en matière de ressources peuvent rendre impossible pour la commissaire d'invoquer tous les cas de comportement abusif ou d'exclusion et que l'établissement que ce comportement portera atteinte aux droits d'une partie de soulever certains arguments dans une affaire ultérieure devant le Tribunal pourrait généralement, en théorie, contribuer à décourager un tel comportement. Cependant, cet argument joue dans l'autre sens, car une telle politique pourrait tout aussi facilement avoir un effet paralysant sur un comportement concurrentiel légitime, quoiqu'un peu déloyal.
80. Tout bien considéré, le Tribunal est d'avis que la meilleure façon d'empêcher un comportement abusif est par l'intermédiaire des dispositions concernant l'abus de la Loi. Il est loisible au législateur de limiter l'application de l'alinéa 93b) s'il ne souhaite pas que certains types de comportements soient considérés dans l'analyse du Tribunal.

VI. Ordonnance

81. Pour ces motifs, la demande de la commissaire est rejetée.

FAIT à Ottawa, ce 15^e jour d'octobre 2020.

SIGNÉ au nom du Tribunal par ses membres.

Date de modification :
2020-10-26