



VERSION PUBLIQUE

TRADUCTION OFFICIELLE

Référence : *La commissaire de la concurrence c. Visa Canada Corporation et MasterCard International Incorporated*, 2013 Trib. conc. 10

N° de dossier : CT-2010-10

N° de document du greffe : 0338

DANS L’AFFAIRE de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, et ses modifications;

ET DANS L’AFFAIRE d’une demande de la commissaire de la concurrence fondée sur l’article 76 de la *Loi sur la concurrence*;

ET DANS L’AFFAIRE de certains accords ou ententes mis en œuvre ou exécutés par Visa Canada Corporation et MasterCard International Incorporated.

ENTRE :

La commissaire de la concurrence
(demanderesse)

et

Visa Canada Corporation
MasterCard International Incorporated
(défenderesses)

et

La Banque Toronto-Dominion
L’Association des banquiers canadiens
(intervenantes)



Dates de l’audience : du 20120508 au 20120510, du 20120514 au 20120517, du 20120522 au 20120525, du 20120528 au 20120601, du 20120604 au 20120607, du 20120618 au 20120621

Membres : M. le juge Phelan (président), M. W. Askanas et M. K. Montgomery

Date des motifs et de l’ordonnance : 23 juillet 2013

Motifs et ordonnance signés par : M. le juge M. Phelan, M. W. Askanas et M. K. Montgomery

MOTIFS DE L’ORDONNANCE ET ORDONNANCE REJETANT LA DEMANDE DE LA COMMISSAIRE

I. INTRODUCTION	[1]
II. LES PARTIES ET LES INTERVENANTES	[2]
III. LE CONTEXTE	[8]
A. LES RÉSEAUX DE CARTES DE CRÉDIT ET LEURS PARTICIPANTS	[9]
(1) Les titulaires de carte et les émetteurs	[10]
(2) Les réseaux de cartes de crédit.....	[16]
(3) Les commerçants et les acquéreurs.....	[19]
B. LES OPÉRATIONS PAR CARTE DE CRÉDIT ET LES FRAIS AFFÉRENTS	[23]
C. LES RÈGLES CONTESTÉES	[35]
D. LE CONTEXTE AU CANADA ET AILLEURS DANS LE MONDE	[47]
(1) Le Canada	[47]
(2) Les autres pays.....	[66]
IV. LA DEMANDE	[90]
V. LA PREUVE	[91]
A. Les témoins ordinaires	[92]
(1) La commissaire de la concurrence.....	[92]
(2) Les défenderesses.....	[94]
(3) Les intervenantes	[96]
B. Les témoins experts.....	[98]
(1) La commissaire de la concurrence.....	[98]
(2) Les défenderesses.....	[103]
(3) Les intervenantes	[107]
VI. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES	[108]
A. L'interprétation et l'application de l'article 76	[110]
(1) L'exigence de la revente	[110]
VII. L'ANALYSE : LES ÉLÉMENTS DE L'ARTICLE 76 ET LES QUESTIONS EN LITIGE	[140]
A. L'alinéa 76(1)a)	[140]
(1) L'exigence de la revente	[141]
(2) Le sens de « faire monter » le prix et de l'effet de nuire	[158]
(a) Aperçu des observations des parties	[159]

(b) Analyse	[162]
(3) Marché géographique pertinent	[169]
(4) Marché de produits pertinent	[170]
(a) Aperçu des observations des parties	[170]
(b) Analyse	[173]
(5) Évaluation du pouvoir de marché	[247]
(a) Aperçu des observations des parties	[247]
(b) Analyse	[251]
(6) Preuve relative à l'exigence selon laquelle chaque défenderesse doit avoir fait monter le prix 61	[269]
(a) La règle de non-imposition de frais supplémentaires	[272]
(b) La règle obligeant à honorer toutes les cartes	[325]
(c) La règle de non-discrimination	[341]
(d) Conclusion	[343]
B. Alinéa 76(1)b)	[344]
(1) Position de la commissaire	[344]
(2) Position des défenderesses	[349]
(3) Le sens de « effet de nuire à la concurrence dans un marché »	[350]
(4) Analyse	[354]
C. Conclusion	[391]
VIII. EXERCICE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE	[393]
IX. FRAIS	[402]

I. INTRODUCTION

[1] La commissaire de la concurrence a présenté une demande en vue d'obtenir une ordonnance du Tribunal interdisant à Visa Canada Corporation et à MasterCard International Incorporated de mettre en œuvre ou d'appliquer des règles empêchant les commerçants qui acceptent leurs cartes de crédit d'en refuser certaines, d'imposer des frais supplémentaires aux clients qui utilisent les cartes de crédit ou de pratiquer d'autres formes de discrimination. La commissaire prétend que chacune des défenderesses s'est livrée à des pratiques de maintien des prix et elle a présenté la demande conformément à l'article 76 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34.

II. LES PARTIES ET LES INTERVENANTES

[2] La commissaire de la concurrence a produit la présente demande conformément à son mandat qui consiste à assurer et à contrôler l'application de la *Loi sur la concurrence* (voir : art. 7 de la *Loi sur la concurrence*).

[3] La défenderesse Visa Canada Corporation est une société à responsabilité illimitée constituée par suite d'une fusion sous le régime des lois de la Nouvelle-Écosse, dont les bureaux sont à Toronto. Il s'agit d'une filiale en propriété exclusive de Visa Inc., une société du Delaware.

[4] La défenderesse MasterCard International Incorporated (« MasterCard ») a son siège aux États-Unis. MasterCard Canada, Inc. est une filiale de MasterCard.

[5] L'Association des banquiers canadiens (l'« Association des banquiers ») et la Banque Toronto-Dominion (la « Banque TD ») ont obtenu l'autorisation d'intervenir dans les présentes procédures conformément au paragraphe 9(3) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. 19 (2^e suppl.).

[6] L'Association des banquiers est une organisation nationale qui représente le secteur bancaire canadien. Elle est formée de 51 banques à charte canadienne, filiales et succursales étrangères qui exercent des activités au Canada. La Banque TD est une banque de l'Annexe I constituée en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et elle est l'une des banques les plus importantes au Canada.

[7] L'Association des banquiers et la Banque TD ont appuyé la position adoptée par les défenderesses dans les présentes procédures.

III. LE CONTEXTE

[8] Avant d'examiner les règles qui sont contestées dans le cadre de la demande, il importe d'exposer le contexte dans lequel celle-ci s'inscrit.

A. LES RÉSEAUX DE CARTES DE CRÉDIT ET LEURS PARTICIPANTS

[9] Les réseaux de cartes de crédit Visa et MasterCard sont communément appelés les réseaux à « quatre parties », mais il a été convenu qu'ils exigent en fait la participation de cinq acteurs : (i) les titulaires de carte; (ii) les émetteurs; (iii) les commerçants; (iv) les acquéreurs, et (v) les réseaux de cartes de crédit.

(1) Les titulaires de carte et les émetteurs

[10] Ni Visa ni MasterCard n'émettent de cartes de crédit. Aux fins de la présente décision, l'expression « carte de crédit » renvoie à la carte de crédit d'utilisation courante qui est acceptée comme mode de paiement chez de nombreux commerçants à l'intérieur d'un vaste territoire géographique.

[11] Les cartes de crédit sont émises par les institutions financières, appelées « émetteurs », comme la Banque TD, et la *Loi sur les banques* leur permet de le faire (voir : al. 409(2)d) de la *Loi sur les banques*).

[12] Visa et MasterCard signent des ententes avec les émetteurs afin de les autoriser à conclure des accords avec les titulaires de carte au Canada pour l'utilisation de cartes de crédit portant les marques Visa et MasterCard.

[13] Les émetteurs commercialisent et émettent les cartes de crédit, en plus de gérer la relation avec les titulaires de carte, y compris l'octroi du crédit, le taux d'intérêt, les frais mensuels (le cas échéant), les avantages pour le titulaire (p. ex. le financement des programmes privilèges), les coûts de conversion associés au taux de change et les états mensuels.

[14] Visa et MasterCard imposent à chaque émetteur une longue liste de conditions et de règles auxquelles celui-ci doit se plier pour pouvoir émettre les cartes de crédit. Les défenderesses peuvent donc prévoir un système de récompenses minimales pour chaque carte de crédit. Par exemple, Visa détient quatre catégories de carte de crédit que les émetteurs peuvent offrir aux titulaires : Classique, Or, Platine et Infinite. Pour chaque catégorie, l'émetteur doit respecter certaines conditions minimales (p. ex. s'agissant de la Visa Classique, les émetteurs sont tenus de fournir aux titulaires certains services de base de soutien au client, alors que dans le cas de la carte Visa Infinite, les émetteurs doivent fournir un niveau de services beaucoup plus élevé, dont des lignes téléphoniques réservées aux clients et de meilleures normes de service, des services de conciergerie et d'évacuation en cas d'urgence médicale). Les émetteurs peuvent toutefois décider d'accorder d'autres avantages comme des points de récompense et des primes de bienvenue.

[15] L'entreprise ou le consommateur à qui une carte de crédit est délivrée est appelé « titulaire de carte ».

(2) Les réseaux de cartes de crédit

[16] Visa exploite le système de paiement électronique par lequel les opérations effectuées par carte de paiement Visa, y compris les cartes de crédit, de débit et les cartes prépayées, sont autorisées et finalisées entre les institutions bancaires des titulaires et les commerçants. À titre d'exploitant du réseau, Visa établit des règles en vue d'assurer un fonctionnement efficace et sécuritaire. Visa exerce aussi d'autres activités – elle s'occupe par exemple du programme de marketing et de promotion de la marque – et cherche constamment à améliorer ses produits, sa plateforme et ses procédures de traitement afin d'accroître la qualité et la sécurité du réseau.

[17] MasterCard exploite son propre réseau par lequel les opérations par carte de crédit sont autorisées et finalisées. Elle établit également des règles en vue d'assurer le fonctionnement efficace et sécuritaire de son réseau, et elle participe à la commercialisation et à la promotion de la marque MasterCard.

[18] Les activités de Visa et de MasterCard sont très semblables, de sorte que les différences entre les deux sociétés n'ont aucune importance en l'espèce.

(3) Les commerçants et les acquéreurs

[19] Dans le monde des cartes de crédit, les vendeurs de marchandises et de services sont appelés des « commerçants ». Dans la vie quotidienne, les commerçants sont les principaux intervenants auprès des titulaires de carte. Les commerçants qui veulent accepter une carte de crédit comme forme de paiement concluent une entente avec un « acquéreur », une entité qui offre aux commerçants des services leur permettant d'accepter les cartes de crédit Visa et MasterCard. Les acquéreurs fournissent notamment la technologie et le matériel nécessaires pour accepter les paiements par carte de crédit. Moneris, Chase Paymentech et Global Payments sont tous des acquéreurs.

[20] Les services offerts par les acquéreurs au Canada varient d'un acquéreur à l'autre et le commerçant est libre de choisir l'acquéreur et ceux des services offerts par celui-ci dont il souhaite se prévaloir. Par exemple, à l'audience, le Tribunal a entendu des témoignages au sujet des services que la Banque TD offre à titre d'acquéreur.

[21] La Banque TD, grâce à ses services aux commerçants, fournit des services d'acquisition. M. van Duynhoven, président des services aux commerçants TD, a expliqué que la Banque dispose de son propre réseau, lequel s'appuie sur une infrastructure importante et interagit directement avec plus d'une douzaine de réseaux de cartes de paiement, y compris Visa, MasterCard, American Express, Interac et Discover, en plus de servir d'appui à plusieurs systèmes de paiement et technologies sous-jacents aux cartes de crédit privatives, aux cartes-cadeaux et aux cartes de fidélisation.

[22] Les services offerts par les acquéreurs seront examinés plus en détail aux paragraphes 147 à 152 de la présente décision.

B. LES OPÉRATIONS PAR CARTE DE CRÉDIT ET LES FRAIS AFFÉRENTS

[23] Une opération typique par carte de crédit fait intervenir les cinq participants. Les principales étapes d'une opération peuvent être résumées de la façon suivante :

Autorisation

1. Une fois que le titulaire a remis sa carte de crédit pour réaliser l'achat, le commerçant obtient l'autorisation de l'acquéreur à l'aide du terminal de point de vente fourni par celui-ci. La demande d'autorisation part du terminal de point de vente du commerçant pour se rendre au réseau de l'acquéreur.
2. L'acquéreur identifie le réseau de paiement applicable à l'opération en cours et dirige la demande d'autorisation vers ce réseau. Par exemple, l'acquéreur identifie la carte de crédit comme étant une carte Visa et envoie l'opération vers le réseau de Visa.
3. Visa et MasterCard, par l'entremise de leurs réseaux électroniques, transmettent la demande d'autorisation à l'émetteur concerné.
4. L'émetteur décide s'il autorise ou refuse l'opération, communique sa décision par l'entremise du réseau de Visa ou de MasterCard et fait suivre sa réponse à l'acquéreur.

Compensation

5. Une fois qu'il sait si l'opération est autorisée ou refusée, l'acquéreur transmet le message au commerçant grâce au terminal de point de vente. L'opération est ensuite « compensée ».
6. Le coût de l'opération est ensuite facturé au titulaire.

Règlement

7. L'acquéreur, p. ex. les services aux commerçants TD, reçoit habituellement du commerçant, à la fin de chaque jour ouvrable, une liste de toutes les opérations compensées par l'entremise du terminal. Il règle toutes les opérations du commerçant, y compris les paiements par carte Visa et MasterCard, et dépose la valeur totale des opérations dans le compte du commerçant, moins une réserve qu'il garde pour des raisons de sécurité ou pour pallier les risques. Au Canada, les acquéreurs versent habituellement aux commerçants toute la valeur des opérations sur une base quotidienne.
8. Habituellement, l'acquéreur facture les frais de services au commerçant à la fin du mois.

[24] L'émetteur doit payer des frais de réseaux à Visa et à MasterCard (les « frais de réseaux de l'émetteur ») pour chaque opération.

[25] L'acquéreur, conformément aux ententes conclues avec Visa et MasterCard, doit payer des frais de réseaux à Visa et MasterCard (les « frais de réseaux de l'acquéreur »), qui correspondent à un pourcentage de l'opération.

[26] En plus des « frais de réseaux de l'acquéreur », l'acquéreur doit aussi payer des frais appelés « frais d'interchange » pour chaque opération. Visa et MasterCard établissent des frais d'interchange par défaut applicables aux cartes de crédit portant leurs propres marques. Cependant, elles ne tirent aucun revenu des frais d'interchange puisque ces frais sont remis aux émetteurs. Les frais d'interchange correspondent également à un pourcentage de la valeur de l'opération et dépendent notamment du type de carte de crédit utilisé et du type de commerçant.

[27] Au Canada, les institutions financières renoncent rarement, voire jamais, aux frais d'interchange par défaut bien qu'elles puissent le faire.

[28] Par conséquent, l'acquéreur doit payer, pour chaque opération, les frais de réseaux de l'acquéreur et les frais d'interchange.

[29] De façon générale, l'acquéreur ne fait que transmettre les frais d'interchange et les frais de réseaux de l'acquéreur aux commerçants. En plus de ces frais, l'acquéreur perçoit d'autres frais pour les services qu'il fournit aux commerçants (les « frais de services de l'acquéreur »). Par conséquent, on dit que les frais payés par les commerçants, appelés « escompte du commerçant » ou « frais d'acceptation des cartes », comportent trois éléments :

- (1) les frais d'interchange;
- (2) les frais de réseaux de l'acquéreur;
- (3) les frais de services de l'acquéreur.

[30] Les frais d'interchange constituent l'élément le plus important des frais d'acceptation des cartes (aux fins de la présente décision, nous¹ utiliserons l'expression « frais d'acceptation des cartes » pour désigner la totalité des frais que les commerçants versent aux acquéreurs).

[31] Les prix demandés par les acquéreurs pour les services qu'ils fournissent aux commerçants sont négociés entre les deux parties et sont constatés dans une entente écrite. Les prix pour les services d'acquisition varient beaucoup, mais les deux principaux modèles d'établissement des prix au Canada sont la « pondération des prix » et la « répercussion des frais d'interchange ».

[32] S'agissant du modèle de la pondération des prix, l'acquéreur demande au commerçant des frais d'acceptation de carte, pour chaque type de carte de crédit, sous la forme d'un pourcentage. Ce montant pondéré comprend les frais d'interchange, les frais de réseaux et les frais de services de l'acquéreur. Certains acquéreurs peuvent même exiger des frais d'acceptation de carte identiques pour les différentes cartes de crédit. La pondération des prix est le modèle d'établissement des prix le plus fréquemment utilisé au Canada et celui qui est le plus répandu chez les petits et moyens commerçants.

[33] S'agissant du modèle de la répercussion des frais d'interchange, l'acquéreur transmet au commerçant les frais d'interchange ad valorem et lui facture des frais dégroupés comme les frais

de réseaux et les frais de services de l'acquéreur. Ce modèle n'est pas aussi répandu que celui de la pondération des prix, mais il est assez courant chez les très grands commerçants (au regard des ventes en dollars). Selon M. van Duynhoven, le modèle d'établissement des prix de type « répercussion des frais d'interchange » s'applique à environ [CONFIDENTIEL] des commerçants de la Banque TD. Compte tenu de la taille des commerçants clients qui recourent à ce modèle, il représente environ [CONFIDENTIEL] du volume des opérations Visa et MasterCard chez la Banque TD.

[34] Monsieur Jordan Cohen de Global Payments Canada a aussi affirmé qu'environ [CONFIDENTIEL] des achats traités par Global Payments Canada sont calculés selon le modèle de type « répercussion des frais d'interchange ». M. van Duynhoven a aussi indiqué que ce modèle s'est répandu dans les dernières années, alors que les commerçants souhaitent faire preuve de plus de transparence en ce qui concerne les taux réels d'interchange.

C. LES RÈGLES CONTESTÉES

- La règle de non-imposition de frais supplémentaires

Visa

[35] Les règles internationales d'exploitation de Visa (« les règles de Visa ») énoncent les conditions que doivent remplir les émetteurs et les acquéreurs qui participent au système de réseau Visa. L'une de ces règles est « la règle de non-imposition de frais supplémentaires », qui existe depuis plus de 30 ans :

[TRADUCTION] « Les commerçants conviennent de ne pas imposer de frais en plus du prix annoncé comme condition à l'acceptation des cartes Visa pour le paiement des marchandises ou services, à moins qu'une loi nationale les y autorise. »

[36] Aux termes des règles de Visa, l'acquéreur doit exiger du commerçant qu'il respecte la règle de non-imposition de frais supplémentaires conformément au contrat conclu entre lui et le commerçant.

MasterCard

[37] La règle de non-imposition de frais supplémentaires de MasterCard se trouve à l'article 5.11 de ses règles d'exploitation, intitulé [TRADUCTION] « Pratiques interdites », et, aux termes des règles d'exploitation, l'acquéreur doit s'assurer qu'aucun de ses commerçants ne se livre aux pratiques interdites énumérées à l'article 5.11 ou à l'une d'elles. L'article 5.11 se lit comme suit :

[TRADUCTION]

Le commerçant ne doit pas exiger, directement ou indirectement, d'un titulaire de carte qu'il paie, à l'égard d'une opération, des frais supplémentaires, ou toute partie de l'escompte versé par le commerçant, ou tout autre coût de financement afférent.

[...]

Aux fins de la présente règle :

1. Les frais supplémentaires s'entendent des frais exigés relativement à une opération qui ne seraient pas facturés si un autre mode de paiement était utilisé.
2. L'escompte du commerçant s'entend des frais que le commerçant verse à l'acquéreur afin que ce dernier traite les opérations du commerçant.

- La règle obligeant à honorer toutes les cartes

Visa

[38] Les règles de Visa prévoient également qu'il est interdit au commerçant de refuser d'accepter une carte de crédit Visa valide (la « règle obligeant à honorer toutes les cartes ») :

[TRADUCTION]

Honorer toutes les cartes dûment présentées

Honorer toutes les cartes Visa

Les commerçants Visa ne peuvent pas refuser d'accepter un produit Visa qui est dûment présenté pour paiement au motif, par exemple, que la carte a été délivrée à l'étranger ou qu'elle porte aussi la marque d'un concurrent.

[39] L'acquéreur est tenu, suivant entente avec Visa, de s'assurer que le commerçant respecte la règle l'obligeant à honorer toutes les cartes.

[40] Cette règle existe depuis la création de Visa en 1976.

MasterCard

[41] L'article 5.8.1 des règles d'exploitation de MasterCard énonce la règle obligeant à honorer toutes les cartes :

[TRADUCTION] « Le commerçant doit honorer sans distinction toutes les cartes valides qui sont dûment présentées pour paiement. Il doit maintenir une politique qui ne discrimine aucun client souhaitant faire un achat avec une carte. Le commerçant qui n'est pas en contact avec le public en général (par exemple, un club privé) est réputé respecter cette règle s'il honore toutes les cartes valides dûment présentées par les titulaires de carte qui ont des privilèges d'achat. »

[42] Aux termes des règles d'exploitation, l'acquéreur doit s'assurer que chaque commerçant respecte la règle.

- La règle de non-discrimination

MasterCard

[43] L'article 5.11 des règles d'exploitation de MasterCard interdit aussi au commerçant d'établir des distinctions à l'égard de certaines cartes de crédit MasterCard (la « règle de non-discrimination ») :

[TRADUCTION]
« 5.11.1 Discrimination

Le commerçant ne doit pas se livrer à des pratiques discriminatoires ayant pour effet de dissuader un titulaire d'utiliser une carte et d'encourager l'utilisation d'une autre marque acceptée. »

[44] Encore là, l'acquéreur doit, conformément au contrat, s'assurer que le commerçant ne se livre pas à de telles pratiques.

[45] Les règles de Visa ne contiennent pas de règle de non-discrimination.

[46] La règle de non-discrimination, la règle obligeant à honorer toutes les cartes et la règle de non-imposition de frais supplémentaires seront appelées les « règles à l'intention des commerçants ». La commissaire vise à interdire l'application de ces règles.

D. LE CONTEXTE AU CANADA ET AILLEURS DANS LE MONDE

(1) Le Canada

[47] Le 19 mars 2008, Visa est devenue une société cotée en bourse. Avant cette date, elle était une entreprise commune composée de milliers d'institutions financières indépendantes à travers le monde.

[48] Au printemps 2008, Visa a introduit une nouvelle carte privilège, la Visa Infinite, qui imposait des frais d'interchange plus élevés que les autres cartes de crédit Visa. Selon la preuve déposée à l'audience, en mars 2008, TD a présenté sa première carte Visa Infinite. Cette carte permettait d'offrir divers avantages et récompenses à ses titulaires de façon à attirer des gens ayant des revenus élevés et un niveau de dépenses élevé. Chris Hewitt, vice-président associé de la division de marketing direct de la Banque TD, a expliqué que la Banque a procédé rapidement au lancement de la carte afin d'attirer le plus de titulaires possible avant que ses concurrents émetteurs présentent leurs cartes Visa Infinite.

[49] Visa est aussi passée de 2 à 21 formules pour calculer les taux d'interchange par défaut. Certains de ces nouveaux taux étaient fondés sur le secteur de l'industrie du commerçant, quelques-uns étaient fondés sur la nature de l'opération sous-jacente et d'autres étaient fondés sur le volume annuel des ventes du commerçant. Pour certaines opérations, le taux a augmenté et pour d'autres, le taux a diminué.

[50] En avril 2008, MasterCard a commencé à imposer des frais additionnels sur toutes les opérations par carte de crédit MasterCard et, en juillet 2008, elle a introduit la « carte MasterCard à valeur ajoutée » dont les frais d'interchange sont plus élevés que ceux d'une carte de crédit MasterCard ordinaire. En novembre 2008, MasterCard a présenté une carte de crédit privilège dont les frais d'interchange sont beaucoup plus élevés que ceux afférents à une carte de crédit MasterCard ordinaire.

[51] À l'automne 2008, MasterCard a aussi apporté des changements importants à ses frais d'interchange. Le nombre de formules servant à les calculer est passé de 2 à 11.

[52] Tous ces changements survenus en 2008, lesquels ont, de façon générale, été cachés aux commerçants jusqu'à leur entrée en vigueur, sont à l'origine de l'opposition à l'augmentation des frais imputables aux commerçants, mais aussi de l'opposition à l'ensemble du système de règles à l'intention des commerçants. Les changements apportés dans d'autres pays, dont il sera question plus loin, ont aussi sensiblement influencé le débat sur l'efficacité, l'équité et la légalité des règles à l'intention des commerçants.

[53] À l'automne 2008, le conseil canadien du commerce de détail et une coalition appelée « Stop Sticking it To Us », formée de 29 organisations canadiennes et appuyée par plus de 200 000 entreprises, ont organisé diverses activités en lien avec l'augmentation des frais d'acceptation des cartes.

[54] En novembre 2008, le Bureau de la concurrence a revu sa position sur la non-dualité (le principe selon lequel un émetteur pouvait émettre des cartes provenant d'un seul réseau de cartes de crédit), permettant ainsi aux émetteurs de délivrer des cartes de crédit Visa et MasterCard aux consommateurs, et aux acquéreurs de traiter des opérations pour plusieurs réseaux de cartes de crédit. Cette décision tenait principalement compte de la transformation de Visa et de MasterCard, qui sont passées d'associations appartenant à leurs membres à sociétés ouvertes non contrôlées par les émetteurs ou les acquéreurs.

[55] La coalition « Stop Sticking it To Us » a témoigné devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce à l'automne 2009, lequel était chargé d'examiner les systèmes de cartes de crédit et de débit au Canada, et leurs taux et frais relatifs, particulièrement pour les entreprises et les consommateurs. Le Comité a notamment recommandé dans son rapport de juin 2009 que l'on crée un « conseil de surveillance » ayant pour mandat d'établir un code de conduite pour les participants aux systèmes de paiement et que le gouvernement fédéral prenne « les mesures qui conviennent pour autoriser les marchands à imposer des frais supplémentaires ou à accorder un rabais » et interdire les règles obligeant à honorer toutes les cartes. (Voir le rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce intitulé *Les systèmes de cartes de crédit et de débit au Canada : transparence, pondération et choix* (juin 2009)). Cependant, les recommandations du Comité sénatorial ne rejoignaient pas celles de la coalition, qui avait recommandé que le gouvernement fédéral réglemente les frais d'interchange en fonction des coûts et qu'il se fonde à cet égard sur le régime réglementaire australien.

[56] À l'été 2009, le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes a entrepris une étude sur les frais d'interchange des cartes de crédit et le

système de paiement par carte de débit au Canada. À peu près à la même époque, la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (« FCEI ») a proposé l'adoption d'un code de conduite visant à répondre à ses préoccupations sur l'augmentation des frais d'interchange. Elle y faisait 10 recommandations se rapportant notamment aux droits des commerçants de refuser des cartes et d'imposer des frais supplémentaires ou d'accorder un rabais. Le code de conduite devait être adopté par les compagnies de cartes de crédit, les sociétés de traitement des opérations et les banques, ainsi que par le conseil de surveillance fédéral. La FCEI a affirmé qu'elle encourageait le gouvernement à intervenir si les sociétés émettrices de cartes de crédit et les banques n'étaient pas disposées à négocier volontairement un code de conduite destiné à l'industrie qui soit valable.

[57] Le 19 novembre 2009, le ministre fédéral des Finances a rendu publique, à des fins de consultation, une ébauche du code de conduite destiné à l'industrie des cartes de crédit et de débit. Les intervenants étaient invités à donner leur avis. Le Code de conduite volontaire destiné à l'industrie canadienne des cartes de crédit et de débit (le « Code de conduite ») a été publié en avril 2010 et, après quelques petites modifications, a été adopté par les réseaux de paiement par carte, les principaux émetteurs de cartes de crédit et de débit et les principales sociétés de traitement des opérations, et est entré en vigueur en août 2010.

[58] La mesure dans laquelle le Code de conduite peut être considéré comme « volontaire » est très incertaine. Selon la preuve, l'industrie des cartes de crédit devait accepter le Code ou faire face à des règles encore plus rigoureuses. Le Code présente toutes les caractéristiques d'un règlement.

[59] Brian Weiner, chef de l'interchange et des stratégies de Visa Canada, a témoigné avoir assisté, pour le compte de Visa, à diverses réunions avec le ministère des Finances, où il avait été question des frais supplémentaires, des rabais et de la règle obligeant à honorer toutes les cartes. Le ministère des Finances avait également rencontré d'autres intervenants comme des émetteurs, des acquéreurs, des commerçants et des consommateurs dans le but d'élaborer le Code.

[60] L'Agence de la consommation en matière financière du Canada surveille la mise en œuvre du Code de conduite (voir : *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, L.C. 2001, ch. 9, al. 3(3)c)).

[61] Le Code de conduite prévoit que les réseaux de cartes de paiement et les acquéreurs doivent faire preuve d'une plus grande transparence et assurer une meilleure communication avec les commerçants, notamment en affichant les taux d'interchange applicables sur leurs sites Web de manière à ce qu'ils soient aisément accessibles. Aux termes de l'article 5 du Code de conduite, les règles des réseaux de cartes de paiement doivent permettre aux commerçants d'accorder des rabais pour différents modes de paiement. Les commerçants ont aussi la possibilité d'offrir des rabais différents selon les réseaux de cartes de paiement. De plus, les commerçants qui acceptent les cartes de crédit ne sont pas obligés d'accepter les cartes de débit de ce même réseau.

[62] Le 12 juillet 2010, la *Loi sur les réseaux de cartes de paiement*, L.C. 2010, ch. 12, a reçu la sanction royale, et l'article 6, qui n'est pas encore en vigueur, permet au gouverneur en

conseil, sur recommandation du ministre des Finances, de prendre des règlements concernant les réseaux de cartes de paiement.

[63] Le 18 juin 2010, le ministre des Finances a aussi créé le Groupe de travail sur l'examen du système de paiement (le « Groupe de travail »), qui avait pour mandat d'examiner le système de paiement. Dans son document de discussion « Nos modes de paiement : Vers un système de paiement moderne », le Groupe de travail s'est penché sur la possibilité de rendre les relations plus équitables dans le cadre des réseaux de cartes de crédit et de débit et a souligné le fait que la commissaire avait présenté une demande fondée sur l'article 76 au Tribunal de la concurrence.

[64] Malheureusement, le ministre a fait des déclarations se rapportant directement aux questions dont était saisi le Tribunal pendant les derniers jours de l'audience, entre la clôture de la preuve et l'ouverture des plaidoiries finales. Les défenderesses et l'Association des banquiers ont utilisé ces déclarations dans le cadre de leur plaidoirie finale.

[65] À titre de tribunal indépendant quasi-judiciaire ou judiciaire, le Tribunal n'est pas lié juridiquement par ces déclarations et ne devrait pas être influencé par elles. Les déclarations, qui ne visaient probablement pas à influencer le processus, n'étaient d'aucune utilité pour le Tribunal, mais surtout, sans rapport avec sa décision. Le Tribunal en a pris acte, mais elles n'ont aucunement influencé sa décision.

(2) Les autres pays

[66] Le Tribunal a entendu la preuve sur les régimes en vigueur et les résultats obtenus dans d'autres systèmes, laquelle s'est révélée utile pour l'examen du « monde hypothétique » c.-à-d. de ce qui s'est passé ou ce qui va se passer dans l'environnement concurrentiel si les règles à l'intention des commerçants n'existaient pas et si la commissaire obtenait gain de cause dans le cadre de la présente demande.

[67] Le Tribunal a dû procéder à un examen approfondi de l'expérience des autres pays, notamment parce qu'aucun représentant d'une autre autorité réglementaire étrangère n'est venu témoigner. Les divers rapports et l'expérience constituaient essentiellement une preuve de troisième main provenant de personnes ayant un point de vue particulier. Bien qu'elle fût admissible devant le Tribunal, cette preuve et les leçons qu'on peut ou qu'on devrait en tirer n'ont pas le même poids que si le Tribunal avait bénéficié d'une preuve directe.

[68] Cependant, cette preuve a fait ressortir la nécessité d'une réglementation efficace dans ce domaine.

Australie

[69] En 2001, la Reserve Bank of Australia (« RBA ») s'est lancée dans un long processus visant à réformer le système de paiement en Australie. Cette réforme était au départ motivée par les conclusions et les recommandations de la Financial Systems Inquiry (l'« Inquiry »), publiées en 1997, selon lesquelles il était possible d'apporter d'autres améliorations bien que le processus antérieur de déréglementation ait permis de renforcer la concurrence et l'efficacité du système de paiement de l'Australie.

[70] Conformément aux recommandations de l’Inquiry, le Payments System Board (le « Board ») a été créé au sein de la RBA en 1998. Le gouvernement a au même moment conféré à la RBA certains pouvoirs lui permettant de réglementer le système de paiement afin de mettre en application les politiques du Board. S’agissant de la réforme du système de cartes de paiement, les pouvoirs les plus importants sont ceux énoncés dans la loi de 1998 intitulée *Payment Systems (Regulation) Act* (Cth.) (la « PSRA »). La PSRA confère entre autres à la RBA le pouvoir de désigner un système de paiement à des fins de réglementation, d’établir des normes réglementaires à l’égard du système désigné et de s’assurer que les participants au système respectent les normes.

[71] En avril 2001, la RBA a désigné les réseaux de cartes de crédit MasterCard et Visa comme étant des systèmes de paiement ou des « régimes » en vertu de la PSRA. Cette désignation faisait suite à une enquête de l’Australian Competition and Consumer Commission (l’« ACCC »), faite en mars 2000, selon laquelle l’établissement collectif des frais d’interchange par les réseaux de cartes de crédit violait les dispositions relatives à l’établissement des prix de la loi de 1974 intitulée *Trade Practices Act* (Cth.). Après avoir consulté les banques, l’ACCC a demandé à la RBA d’envisager la possibilité d’exercer ses pouvoirs pour régler la question des frais d’interchange. Par conséquent, les systèmes de Visa et de MasterCard ont été désignés comme des systèmes de paiement, et de longues consultations ont eu lieu relativement aux réformes possibles. Le 27 août 2002, la RBA a rendu publiques les réformes qu’elle entendait apporter aux systèmes de paiement par cartes de crédit. Elle entendait entre autres modifier les frais d’interchange et interdire la règle de non-imposition de frais supplémentaires.

[72] La norme relative à l’établissement des frais d’interchange (« la norme relative aux frais d’interchange ») [the *Setting of Wholesale (“Interchange”) Fees Standard*], qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, réglementait les frais d’interchange par défaut établis par Visa et par MasterCard. On y imposait le recours à un indice objectif, transparent et fondé sur les coûts pour fixer un plafond pondéré aux frais d’interchange applicables aux opérations par carte de crédit Visa et MasterCard. Aux termes de la norme, la moyenne pondérée des frais d’interchange applicables à de telles opérations était de 0,55 %. Par suite d’une modification à la norme entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2006, l’indice d’établissement des frais d’interchange est passé à 0,50 % et c’est toujours celui qui est appliqué aujourd’hui.

[73] Si Visa et MasterCard ont toutes les deux été désignées comme des systèmes de paiement en vertu de la PSRA, American Express et Diners Club ne le sont pas et ne sont donc pas assujetties à la norme relative aux frais d’interchange.

[74] La RBA a imposé une norme exigeant la suppression de la règle de non-imposition de frais supplémentaires dans les réseaux de cartes de crédit MasterCard et Visa, laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003. La norme prévoyait que [TRADUCTION] « [n]i les règles du Régime ni les participants au Régime ne doivent empêcher un commerçant d’imposer à un titulaire de carte des frais supplémentaires pour une opération par carte de crédit ». Encore une fois, American Express et Diners Club ne sont pas assujetties à cette règle, mais elles se sont engagées par écrit auprès de la RBA à permettre aux commerçants d’imposer des frais supplémentaires.

[75] Vers le milieu de l'année 2011, la RBA a décidé de mener une consultation publique sur d'éventuelles modifications à apporter à la norme en ce qui concerne l'imposition de frais supplémentaires. La RBA était préoccupée par l'imposition de frais supplémentaires excessifs et par la nouvelle tendance qui consistait à « combiner » les frais supplémentaires des différents réseaux de cartes (les titulaires de carte des différents régimes se voyaient imposer des frais supplémentaires calculés selon le même taux malgré les différences importantes dans les frais d'acceptation).

[76] L'imposition de frais supplémentaires excessifs est un problème qui est de plus en plus présent. Bien que la commissaire conteste certains éléments de preuve qui s'y rapportent, nous sommes convaincus que le problème provient de l'Australie, et Karen Leggett de la Banque nationale du Canada en a résumé l'ampleur :

[TRADUCTION] Le *Payment System Board Annual Report* pour 2011 de la RBA révèle que les frais moyens que paient les commerçants aux acquéreurs pour accepter les opérations par carte de crédit MasterCard et Visa au cours de l'année 2010-2011 représentaient 0,81 % de la valeur des opérations. Cependant, de nombreux commerçants australiens ont imposé des frais supplémentaires, parfois des frais beaucoup plus élevés que les frais d'acceptation des cartes. Par exemple, les entreprises de taxi australiennes imposent régulièrement 10 % de frais supplémentaires pour les paiements par carte de crédit.

[77] La RBA a finalement décidé de modifier la norme pour permettre à Visa et à MasterCard de limiter les frais supplémentaires à un montant raisonnablement lié aux frais d'acceptation.

Nouvelle-Zélande

[78] En 2003, la New Zealand Commerce Commission (la « Commission ») a entrepris une enquête sur les frais d'interchange et les frais supplémentaires. En novembre 2006, la Commission a déposé une demande au civil en vertu de la loi de 1986 intitulée *Commerce Act* (N.Z.), 1989/5, à l'encontre Visa International, MasterCard Incorporated et d'autres, dans le but entre autres d'interdire à Visa et à MasterCard d'appliquer la règle de non-imposition de frais supplémentaires et la règle obligeant à honorer toutes les cartes en Nouvelle-Zélande.

[79] En août 2009, la Commission a réglé le litige qui l'opposait à Visa et à MasterCard. Aux termes de l'accord de règlement, Visa et MasterCard ont convenu de ne pas (1) appliquer les règles qui interdisent aux commerçants d'imposer des frais supplémentaires ou qui les empêchent de le faire dans le cadre des opérations faites en Nouvelle-Zélande, ou de ne pas (2) obliger ou encourager les acquéreurs à ajouter une clause à cet égard dans les ententes avec les commerçants, ou à prendre des mesures pour mettre en œuvre une telle clause dans une entente existante. Rien dans l'accord de règlement n'empêche Visa et MasterCard de mettre en œuvre ou d'appliquer des règles obligeant les commerçants à communiquer clairement les frais supplémentaires et faisant en sorte que les frais supplémentaires soient raisonnablement liés aux frais d'acceptation.

Royaume-Uni

[80] Après que la Mergers and Monopolies Commission (« MMC ») lui eut recommandé de ne pas permettre à MasterCard et Visa d'interdire l'imposition de frais supplémentaires en février 1991, le Parlement a adopté un décret intitulé « The Credit Card (Price) Discrimination Order », qui interdisait expressément de conclure ou de mettre en œuvre une entente relative aux cartes de crédit dans la mesure où elle impose ou nécessite l'application d'une règle de non-discrimination ou de non-imposition de frais supplémentaires. Par conséquent, il est permis d'imposer des frais supplémentaires pour les achats faits par cartes de crédit au Royaume-Uni depuis 1991.

[81] En mars 2011, « Which? », une organisation de protection des consommateurs à but non lucratif, a déposé une « super plainte » auprès de l'Office of Fair Trading en ce qui concerne les pratiques d'imposition de frais supplémentaires dans l'industrie du voyage et la communication insuffisante des frais. L'Office of Fair Trading a répondu à la plainte en juin 2011 et a recommandé que les commerçants fassent preuve de plus de transparence dans la présentation générale des frais supplémentaires dans l'industrie du transport. Le gouvernement du Royaume-Uni a ensuite déclaré qu'il adopterait une loi visant à interdire les frais supplémentaires au-delà des frais raisonnables d'acceptation des cartes.

Communauté européenne

[82] Pour répondre aux préoccupations formulées par la Commission européenne (« CE ») dans le contexte de l'enquête menée par l'UE sur les commissions multilatérales d'interchange, MasterCard a décidé de supprimer sa règle de non-imposition de frais supplémentaires dans l'espace économique européen à compter du 1^{er} janvier 2005. MasterCard a modifié sa règle de manière à ce que, si des frais supplémentaires sont imposés, le titulaire de carte en soit clairement informé au point de vente, et que ces frais aient un lien raisonnable avec les frais d'acceptation des cartes qui sont payés par le commerçant.

[83] La CE a ensuite continué son enquête sur MasterCard en ce qui concerne les frais d'interchange et, en décembre 2007, elle a conclu que les commissions multilatérales d'interchange applicables aux paiements transfrontaliers par carte de débit et de crédit MasterCard et Maestro dans l'espace économique européen violaient les règles de la CE sur les pratiques commerciales restrictives. La décision de la CE à l'encontre de MasterCard a été confirmée le 24 mai 2012.

[84] La CE a examiné la règle de non-imposition de frais supplémentaires, la règle obligeant à honorer toutes les cartes et les frais d'interchange de Visa et, en 2002, elle a accordé à Visa une exemption limitée afin de lui permettre de maintenir ses règles. Dans le cadre de la résolution du litige, Visa a accepté de réduire ses frais d'interchange. En 2007, l'exemption a pris fin et la CE a intenté des poursuites contre Visa. Une enquête a alors été menée sur la règle de non-imposition de frais supplémentaires, la règle obligeant à honorer toutes les cartes et l'établissement des frais d'interchange. Une entente a été conclue relativement à la règle obligeant à honorer toutes les cartes pour les opérations par carte de débit. Cependant, l'enquête menée par la CE sur les règles et les frais d'interchange pour les opérations par carte de crédit semble toujours en cours.

États-Unis

[85] Le 4 octobre 2010, le département de la Justice des États-Unis (le « département de la Justice ») a intenté une poursuite civile antitrust contre Visa, MasterCard et American Express, visant à contester certaines règles, politiques et pratiques par lesquelles les défenderesses empêchent les commerçants d'accorder des rabais ou des avantages incitant les consommateurs à utiliser une carte concurrente dont les coûts d'acceptation sont moins élevés. Au même moment, le département de la Justice a annoncé qu'il était arrivé à un règlement avec Visa et MasterCard et a déposé un projet de jugement définitif, lequel a été approuvé le 20 juillet 2011. Visa et MasterCard convenaient entre autres de ne pas adopter, maintenir ou appliquer des règles, ou de conclure des ententes, qui auraient pour effet d'empêcher les commerçants d'offrir des rabais ou des récompenses aux consommateurs selon le type de carte utilisé, d'exprimer leur préférence pour un type de carte, ou d'en faire la promotion, et de donner des renseignements sur les coûts afférents à cette carte.

[86] Le département de la Justice n'a pas contesté l'interdiction d'imposer des frais supplémentaires lorsqu'il a déposé sa plainte. Dans le jugement définitif, le département de la Justice s'est réservé le droit d'enquêter sur les règles de Visa ou de MasterCard, et d'intenter des recours en vue de prévenir ou d'empêcher la violation des lois antitrust.

[87] Visa, MasterCard et d'autres défendeurs, y compris certaines institutions financières, étaient parties à un recours collectif devant la Cour de district des États-Unis, District est de New-York. Les procédures ont commencé en mai 2005 après qu'environ 55 plaintes (toutes, sauf dix, étant qualifiées de recours collectifs) ont été déposées devant les cours de district fédérales des États-Unis au nom des commerçants. Il était notamment allégué que l'établissement par Visa et MasterCard des frais d'interchange et que leur règle de non-imposition de frais supplémentaires violaient les lois antitrust.

[88] Le 13 juillet 2012, Visa et MasterCard ont conclu un protocole d'entente se rapportant au règlement de ce litige. Il y était prévu un versement en espèces, une réduction des frais d'interchange pendant plusieurs mois et des modifications aux règles de Visa et de MasterCard, y compris la règle de non-imposition de frais supplémentaires. Sous réserve de certaines conditions, comme l'obligation de communication et l'imposition d'un plafond, les frais supplémentaires seront autorisés.

[89] Il est intéressant de constater que, dans tous les pays cités devant le Tribunal, aucune procédure ou mesure réglementaire n'était fondée sur le « maintien des prix ». Les procédures ou mesures réglementaires étaient souvent fondées sur l'établissement des prix, sur la collusion ou sur le complot — mais pas sur le maintien des prix.

IV. LA DEMANDE

[90] Le 15 décembre 2010, la commissaire a déposé une demande fondée sur l'article 76 de la *Loi sur la concurrence*, la nouvelle disposition sur le maintien des prix, dans laquelle elle contestait les règles à l'intention des commerçants. Elle allègue dans sa demande que les ententes

conclues entre Visa, MasterCard et les acquéreurs, selon lesquelles les acquéreurs doivent s'assurer que les commerçants respectent les règles à leur intention, font monter ou empêchent qu'on ne réduise les frais d'acceptation des cartes. La commissaire prétend que sans ces règles, les commerçants pourraient limiter les frais d'acceptation des cartes en imposant des frais supplémentaires ou en encourageant leurs clients à recourir à des méthodes de paiement à moindre coût.

V. LA PREUVE

[91] Trente-et-une personnes ont témoigné à l'audience, dont onze experts.

A. Les témoins ordinaires

(1) La commissaire de la concurrence

[92] Dix témoins ordinaires ont comparu au nom de la commissaire. Huit de ces témoins travaillaient pour des commerçants canadiens – qui, à une exception près, étaient tous de grandes sociétés :

1. Mario de Armas – directeur principal des paiements internationaux, Wal-Mart Stores, Inc.
2. Tim Broughton – co-proprétaire du restaurant « C'est What? »
3. Craig Daigle – directeur principal, Trésorerie et gestion des risques, Shoppers Drug Mart
4. Pierre Houle – trésorier, Air Canada
5. Candice Li – vice-présidente, trésorière, WestJet Airlines, Ltd.
6. Charles Symons – responsable de la fiscalité et de la trésorerie, IKEA
7. Michael Shirley – vice-président aux finances et contrôleur, Best Buy Canada Ltd.
8. Paul Jewer – dirigeant principal des services financiers, Sobeys Inc.

[93] Douglas Swansson, responsable des services de paiement de Coles Supermarkets Pty Ltd., un des plus grands commerçants de l'Australie, a aussi témoigné. Le Tribunal a également entendu le témoignage de Marion van Impe, directrice, trésorerie et services financiers aux étudiants de l'Université de la Saskatchewan.

(2) Les défenderesses

[94] Visa a appelé à témoigner William Sheedy, président du groupe Amériques chez Visa Inc., Elizabeth Buse, présidente du groupe Asie-Pacifique, Europe centrale, Moyen-Orient et Afrique chez Visa Inc., et Brian Weiner, chef de l'interchange et des stratégies de Visa Canada.

[95] Kevin Stanton, président de MasterCard Advisors, et Betty K. De Vita, présidente de MasterCard Canada Inc. ont témoigné au nom de MasterCard. La défenderesse a aussi appelé à témoigner Jordan Cohen, président de Global Payments Canada, entreprise canadienne de traitement des paiements et acquéreur.

(3) Les intervenantes

[96] La Banque TD a présenté le témoignage de Jeff van Duynhoven, président des services aux commerçants TD, et Chris Hewitt, vice-président associé, marketing direct de la Banque TD.

[97] Karen Leggett, première vice-présidente à la direction, Marketing, Banque nationale du Canada, et Robert Livingston, président de la Banque Capital One, ont témoigné au nom de l'Association des banquiers.

B. Les témoins experts

(1) La commissaire de la concurrence

[98] Dennis Carlton a été présenté, et accepté par les défenderesses, comme un expert dans les domaines de l'organisation industrielle et de l'économie antitrust relative aux systèmes de paiement.

[99] Ralph Winter a été reconnu comme un expert pouvant donner un témoignage d'opinion sur l'économie et la politique en matière de concurrence du Canada.

[100] Alan Frankel a témoigné en tant qu'expert pouvant donner son opinion sur l'économie antitrust et l'économie des systèmes de paiement.

[101] Mike McCormack, directeur général de Palma Advisors, un cabinet d'experts-conseils spécialisé dans l'industrie des paiements établi en Floride, a été reconnu comme expert pour donner un témoignage sur l'industrie des paiements par carte et sur l'industrie des services d'acquisition.

[102] Michael Kemp a offert un témoignage d'expert sur la preuve par sondage, y compris les méthodes de sondage et les principes régissant l'élaboration et la gestion d'un sondage.

(2) Les défenderesses

[103] Kenneth Elzinga a été reconnu comme expert pouvant donner un témoignage sur l'organisation industrielle et l'économie antitrust en général, et plus particulièrement, celle relative aux systèmes de paiement.

[104] Jeffrey Church a témoigné à titre d'expert sur les politiques et l'économie en matière de concurrence.

[105] Michael S. Mulvey a témoigné à titre d'expert en recherche sur la consommation et sur le comportement des consommateurs. Benoît Gauthier a témoigné à titre d'expert sur les sondages et l'élaboration des sondages.

[106] Peter Dunn a témoigné à titre d'expert sur l'industrie des paiements et les systèmes de paiement.

(3) Les intervenantes

[107] Balaji Jairam a présenté un témoignage d'expert sur les systèmes de paiement et l'industrie des paiements au Canada.

VI. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[108] L'article 76 est ainsi libellé :

76. (1) Sur demande du commissaire ou de toute personne à qui il a accordé la permission de présenter une demande en vertu de l'article 103.1, le Tribunal peut rendre l'ordonnance visée au paragraphe (2) s'il conclut, à la fois :

a) que la personne visée au paragraphe (3), directement ou indirectement :

(i) soit, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix auquel son client ou toute personne qui le reçoit pour le revendre fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada

(ii) soit a refusé de fournir un produit à une personne ou catégorie de personnes exploitant une entreprise au Canada, ou a pris quelque autre mesure discriminatoire à son endroit, en raison de son régime de bas prix;

b) que le comportement a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

(2) Le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à la personne visée au paragraphe (3) de continuer de se livrer au comportement visé à l'alinéa (1)a) ou exiger qu'elle accepte une autre personne comme client dans un délai déterminé aux conditions de commerce

76. (1) On application by the Commissioner or a person granted leave under section 103.1, the Tribunal may make an order under subsection (2) if the Tribunal finds that

(a) a person referred to in subsection (3) directly or indirectly

(i) by agreement, threat, promise or any like means, has influenced upward, or has discouraged the reduction of, the price at which the person's customer or any other person to whom the product comes for resale supplies or offers to supply or advertises a product within Canada, or

(ii) has refused to supply a product to or has otherwise discriminated against any person or class of persons engaged in business in Canada because of the low pricing policy of that other person or class of persons; and

(b) the conduct has had, is having or is likely to have an adverse effect on competition in a market.

(2) The Tribunal may make an order prohibiting the person referred to in subsection (3) from continuing to engage in the conduct referred to in paragraph (1)(a) or requiring them to accept another person as a customer within a specified time on usual trade terms

normales.

(3) Peut être visée par l'ordonnance prévue au paragraphe (2) la personne qui, selon le cas :	(3) An order may be made under subsection (2) against a person who
a) exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit;	(a) is engaged in the business of producing or supplying a product;
b) offre du crédit au moyen de cartes de crédit ou, d'une façon générale, exploite une entreprise dans le domaine des cartes de crédit;	(b) extends credit by way of credit cards or is otherwise engaged in a business that relates to credit cards; or
c) détient les droits et privilèges exclusifs que confèrent un brevet, une marque de commerce, un droit d'auteur, un dessin industriel enregistré ou une topographie de circuit intégré enregistrée.	(c) has the exclusive rights and privileges conferred by a patent, trade-mark, copyright, registered industrial design or registered integrated circuit topography.

[109] Les parties ne s'entendent pas sur l'interprétation à donner à l'article 76. Les défenderesses prétendent que, pour que l'article 76 s'applique, la demanderesse doit prouver la revente d'un produit. La commissaire n'est pas d'accord.

A. L'interprétation et l'application de l'article 76

(1) L'exigence de la revente

[110] Il est bien établi que, selon les principes d'interprétation de la loi, il faut interpréter les termes de la loi [TRADUCTION] « dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (voir E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

[111] De plus, il est présumé que le législateur ne parle pas pour rien dire et que chaque mot employé dans une loi a un sens et une fonction (voir Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham : LexisNexis Canada, 2008) p. 210).

[112] Il faut faire une distinction entre les rubriques et les notes marginales. Les rubriques peuvent servir intrinsèquement à interpréter les lois, mais l'influence qu'aura une rubrique dépendra de plusieurs facteurs, dont la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité (voir *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167), contrairement à ce que prétend la commissaire. Les notes marginales ne font pas partie du texte de loi; elles n'y figurent qu'à titre de repère ou d'information (voir l'art. 14 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21).

[113] L'avocat de la commissaire prétend que le législateur voulait établir deux interdictions distinctes au sous-alinéa 76(1)a)(i) et que, bien que chacune d'elles nécessite un lien hiérarchique, une seule exige qu'il y ait revente. La première interdiction concerne le client de la personne visée et n'exige pas de revente, alors que la deuxième interdiction exige une telle revente puisqu'elle vise la personne qui reçoit le produit pour le revendre :

[TRADUCTION]

Premièrement, l'alinéa 76(1)a) interdit de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise « le prix auquel son client [...] fournit ou offre de fournir **un produit** [...] au Canada » [caractères gras ajoutés]. Deuxièmement, il est interdit de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise « le prix auquel [...] toute autre personne qui **le** reçoit pour le revendre fournit ou offre de fournir **un produit** [...] au Canada ».

[...]

La première moitié du sous-alinéa 76(1)a)(i) n'exige pas la revente du produit, mais la personne dont le prix du produit a monté ou que l'on empêche de réduire le prix de son produit doit être un « client ». La simple lecture de l'article 76 montre que la disposition s'applique aux ententes qui font monter le prix auquel le client d'une personne vend **un** produit [...]. Ce qui est interdit, c'est que le fournisseur fasse monter ou empêche qu'on réduise le prix auquel un client fournit ou offre de fournir *un* produit au Canada.

[...]

En ce qui concerne la deuxième moitié de la disposition (après le « ou »), il n'est de toute évidence pas nécessaire que le revendeur vende exactement le même produit ou les mêmes services qu'il reçoit de son fournisseur pour que l'article 76 s'applique. La deuxième moitié du sous-alinéa 76(1)a)(i) renvoie explicitement au comportement qui a pour effet de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel « toute personne qui le reçoit pour le revendre fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada » [notre soulignement], et non « le produit », « ce produit » ou « ledit produit » fourni par le fournisseur. Si le législateur avait voulu que le revendeur soit tenu de revendre exactement le même produit ou les mêmes services – ni plus ni moins – qu'il reçoit du fournisseur pour que l'article 76 s'applique, il l'aurait dit en utilisant des termes restrictifs explicites.

[Argumentation finale de la commissaire de la concurrence, p. 142 à 144]

[114] L'avocat de la commissaire prétend que l'interprétation qui précède est étayée par l'intitulé de la rubrique « Maintien des prix » (plutôt que « Maintien des prix de revente ») et par l'historique législatif pertinent. Il soutient également que, si l'on devait accepter l'interprétation des défenderesses, l'alinéa 76(3)b), qui prévoit qu'une ordonnance peut être prononcée contre une personne qui exploite une entreprise dans le domaine des cartes de crédit, serait vide de sens, ce qui aurait des conséquences absurdes.

[115] Le Tribunal a soigneusement examiné l'argumentation de la commissaire, mais arrive à la conclusion qu'une revente est exigée en vertu de l'article 76 de la *Loi sur la concurrence*. La revente d'un produit ne nécessite pas que le produit soit identique. Cependant, le Tribunal conclut, comme en témoigne la jurisprudence citée par les parties, que dans plusieurs cas, le produit est identique ou essentiellement le même en ce qui a trait à ses caractéristiques importantes.

[116] Le sens ordinaire du sous-alinéa 76 (1)a)(i) amène le Tribunal à conclure que le mot « revendre » s'applique au « client » et à « toute personne », compte tenu de l'emploi de l'adjectif « toute » [« any other person »]. Le passage « ou toute personne qui le reçoit pour le revendre » [« or any other person to whom the product comes for resale »] laisse entendre que le client de la personne reçoit aussi le produit pour le revendre. L'expression « qui le reçoit pour le revendre » s'attache à la fois au « client » et à « toute personne », plutôt que d'établir deux catégories de personnes visées par la disposition – le client qui obtient le produit pour son propre usage et les autres personnes qui ont l'intention de revendre le produit.

[117] Nous constatons que le mot « other » (« autre personne ») n'est pas utilisé dans la version française de la disposition. Aucune des parties n'a attiré l'attention du Tribunal sur ce point. Cependant, notre interprétation de la version anglaise, qui restreint l'application de la disposition, peut être étayée par une lecture de la version française ainsi que par l'historique législatif de la disposition relative au maintien des prix.

[118] De 1951 à 1976, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* prévoyait une interdiction criminelle du maintien des prix de revente. Le Canada était l'un des premiers pays à adopter une telle interdiction en 1951 et celle-ci faisait suite au rapport du comité MacQuarrie, qui avait conclu que l'établissement et l'application de prix de revente minimums devaient être considérés comme [TRADUCTION] « des manifestations d'une pratique restrictive ou monopolistique qui n'a pas pour objectif de promouvoir le bien-être général » (voir : Comité chargé d'étudier la législation relative aux enquêtes, *Interim Report on Resale Price Maintenance*, (Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1951), et R.D. Anderson et S.D. Khosla, « *Recent Developments in the Competition Policy Treatment of Resale Price Maintenance* », *Canadian Competition Policy Record*, vol. 6, n° 4, décembre 1985, p. 1 à 6.).

[119] En 1976, la disposition a été élargie de manière à inclure le maintien des prix sur l'axe horizontal. Le mot « revente » a été supprimé de l'article relatif au maintien des prix et une disposition a été ajoutée pour préciser que l'article s'appliquait aux personnes exploitant une entreprise dans le domaine des cartes de crédit. L'article 38 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* était libellé comme suit :

38 (1) Quiconque exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit, offre du crédit, au moyen de cartes de crédit ou, d'une façon générale, exploite une entreprise dans le domaine des cartes de crédit, ou détient les droits et privilèges exclusifs que confère un brevet, une marque de commerce, un droit d'auteur ou un dessin industriel enregistré ne

38. (1) No person who is engaged in the business of producing or supplying a product, or who extends credit by way of credit cards or is otherwise engaged in a business that relates to credit cards, or who has the exclusive rights and privileges conferred by a patent, trade mark, copyright or registered industrial design shall, directly or indirectly,

doit pas, directement, ou indirectement,

a) par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, tenter de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel une autre personne exploitant une entreprise au Canada fournit ou offre de fournir un produit ou fait de publicité au sujet d'un produit au Canada; ni

b) refuser de fournir un produit à une autre personne exploitant une entreprise au Canada, ou établir quelque autre distinction à l'encontre de celle-ci, en raison du régime de bas prix de celle-ci.

[nos soulignements]

(a) by agreement, threat, promise or any like means, attempt to influence upward, or to discourage the reduction of, the price at which any other person engaged in business in Canada supplies or offers to supply a product within Canada; or

(b) refuse to supply a product to or otherwise discriminate against any other person engaged in business in Canada because of the low pricing policy of that other person.

[...]

[emphasis added]

[120] Le Bureau de la politique de la concurrence du ministère de la Consommation et des Corporations du Canada de l'époque a décrit les modifications de la façon suivante :

Les modifications ont également élargi le champ d'application des dispositions en supprimant la définition de « vendeur » et en étendant l'application des interdictions prévues par cet article non seulement à une personne qui s'occupe de la production ou de la vente d'un produit (définie auparavant comme un « vendeur »), mais aussi à une personne qui est dans le commerce des cartes de crédit ainsi qu'aux détenteurs de droits de propriété industrielle. Comme la loi ne parle plus d'un vendeur imposant la revente à un prix prescrit, l'interdiction s'applique à toutes personnes tentant de faire monter le prix de vente d'un produit, peu importe qu'elle soit le fournisseur du produit en question; par exemple, elle serait applicable, si le fournisseur d'un produit tente, par le biais d'un accord, de faire monter le prix auquel un concurrent vend le même produit ou un article semblable. On s'attend également à ce que cette modification limite efficacement les mesures qu'emploie une entreprise fournissant des services de cartes de crédit à des détaillants, pour empêcher un commerçant d'accorder un rabais sur les produits payés comptant. Ces dispositions vont donc profiter à la fois aux détaillants et aux consommateurs.

[nos soulignements]

(Canada, ministère de la Consommation et des Corporations (Bureau de la politique de la concurrence), *Précis d'information étape 1^o - politique de concurrence* (Ottawa : Consommation et Corporations, 1976) p. 55.)

[121] L'interdiction criminelle ne visait donc pas seulement le maintien des prix de revente, mais aussi le maintien des prix sur l'axe horizontal. En 1986, la disposition en cause est devenue l'article 61 de la *Loi sur la concurrence*.

[122] Du début des années 1980 jusqu'en 2008, diverses études ont été commandées. Les auteurs se demandaient souvent si le maintien des prix de revente devait être criminalisé (voir p. ex. *Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1985) p. 224). En 1999, le commissaire de la concurrence a retenu les services des professeurs VanDuzer et Paquet afin qu'ils mènent une étude indépendante sur les dispositions de la *Loi sur la concurrence* visant les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix et leur application par le Bureau de la concurrence. Ceux-ci ont conclu que le maintien des prix sur l'axe vertical devrait faire l'objet d'un examen au civil et ne devrait pas être considéré comme une infraction criminelle. Ils ont ajouté que l'interdiction en soi du maintien des prix de revente sur l'axe vertical n'était pas conforme à l'analyse économique.

[123] Le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie a fait des recommandations semblables dans son rapport de 2002 intitulé « Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien » :

Que le gouvernement du Canada abroge la disposition sur le maintien des prix (article 61) de la *Loi sur la concurrence*. Pour établir une distinction entre les pratiques qui sont anticoncurrentielles et celles qui sont sans importance à cet égard ou pro-concurrentielles, que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* : 1) en insérant dans la disposition sur le complot (article 45) les pratiques de maintien des prix entre concurrents (sur l'axe horizontal), qu'il s'agisse de fabricants ou de distributeurs; et 2) en prévoyant que les ententes de maintien des prix entre fabricants et distributeurs (sur l'axe vertical) fassent l'objet d'un examen aux termes de la disposition sur l'abus de position dominante (article 79).

(voir : Chambre des communes, Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, *Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien*, avril 2002)

[124] Le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, dans son rapport final « Foncer pour gagner », publié en juin 2008, a aussi recommandé que la disposition sur le maintien des prix soit décriminalisée :

En gros, les dispositions quant au maintien des prix de revente de la *Loi sur la concurrence* traitent des questions de prix qui peuvent survenir entre des fournisseurs et des revendeurs, mais en tant qu'infraction criminelle en vertu de la législation. Il s'agit là d'un élément du droit canadien de la concurrence qui est plus restrictif que son équivalent américain. D'autres dispositions de la *Loi sur la concurrence*, dont celles portant sur le refus de vente et la vente exclusive, considèrent que les questions de concurrence entre fournisseurs et revendeurs relèvent du droit civil. Le Groupe d'étude croit que le maintien des prix de revente doit également être traité au civil.

[...]

Recommandations du Groupe d'étude :

14. Le ministre de l'Industrie devrait modifier la *Loi sur la concurrence* de la façon suivante :

[...]

e. Les dispositions actuelles sur le maintien des prix de revente devraient être abrogées et remplacées par une nouvelle disposition au civil pour intervenir quand cette pratique a des effets anticoncurrentiels. Cette nouvelle disposition devrait être sujette aux droits d'accès par le privé au Tribunal de la concurrence.

(voir : Canada, Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, *Foncer pour gagner* (Ottawa : Industrie Canada, 2008))

[125] L'équivalent américain mentionné dans le rapport cité ci-dessus renvoie au fait qu'en 2007, la Cour suprême des États-Unis avait rejeté l'illégalité *per se* du maintien des prix de revente dans l'affaire *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct.

[126] Moins d'un an après la publication du rapport du Groupe d'étude, la *Loi d'exécution du budget*, L.C. 2009, ch. 2, a reçu la sanction royale et a apporté des modifications importantes à la *Loi sur la concurrence*. La Loi a abrogé la disposition criminelle sur le maintien des prix et a ajouté une nouvelle disposition relative au maintien des prix, l'article 76, à la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* (« Affaires que le Tribunal peut examiner »). La disposition abrogée et la nouvelle disposition sont reproduites ci-dessous, et les changements ont été soulignés :

61. (1) Quiconque exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit [...] ne peut, directement ou indirectement :

a) par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, tenter de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel une autre personne exploitant une entreprise au Canada fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada

76. (1) Sur demande du commissaire ou de toute personne à qui il a accordé la permission de présenter une demande en vertu de l'article 103.1, le Tribunal peut rendre l'ordonnance visée au paragraphe (2) s'il conclut, à la fois :

a) que la personne visée au paragraphe (3), directement ou indirectement :

(i) soit, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix auquel son client ou toute personne qui le reçoit pour le revendre fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada,

	<p>[...]</p> <p><u>b) que le comportement a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.</u></p>
<p>s. 61. No person who is engaged in the business of producing or supplying a product, [...] shall, directly or indirectly,</p> <p>(a) by agreement, threat, promise or any like means, attempt to influence upward, or to discourage the reduction of, the price at which any other person engaged in business in Canada supplies or offers to supply a product within Canada; or</p>	<p>76. (1) <u>On application by the Commissioner or a person granted leave under section 103.1, the Tribunal may make an order under subsection (2) if the Tribunal finds that</u></p> <p><u>(a) a person referred to in subsection (3) directly or indirectly</u></p> <p>(i) by agreement, threat, promise or any like means, <u>has influenced</u> upward, or <u>has discouraged</u> the reduction of, the price at which <u>the person's customer or any other person to whom the product comes for resale</u> supplies or offers to supply <u>or advertises</u> a product within Canada, or</p> <p>[...]</p> <p><u>(b) the conduct has had, is having or is likely to have an adverse effect on competition in a market.</u></p>

[127] Le Tribunal estime que l'intention du législateur était de revenir au maintien des prix de revente. Cette interprétation est étayée par certains documents publiés à cette époque.

[128] À l'époque, le Bureau de la concurrence a affirmé que l'article 76 « donn[ait] aux revendeurs de produits la liberté de déterminer leurs propres prix et aux fournisseurs le loisir de livrer concurrence au moyen de bas prix ». (voir : *Guide sur les modifications à la Loi sur la concurrence*, Bureau de la concurrence (22 avril 2009))

[129] L'interprétation de l'interdiction à deux volets présentée par la commissaire n'est étayée par aucun document ni aucune étude publiée à l'époque où les modifications ont été apportées à la *Loi sur la concurrence*, ou avant. Bien au contraire, les documents présentés à l'audience révèlent que le législateur avait l'intention de revenir à la façon dont le maintien des prix de revente était traditionnellement traité.

[130] Le législateur voulait ainsi mettre fin aux effets négatifs sur le prix des produits destinés à la revente et non contrôler les effets négatifs sur le prix en soi. Si cela avait été son intention, les mots « pour le revendre » auraient été redondants.

[131] L'avocat de la commissaire a souligné que la rubrique de la disposition indique « Maintien des prix ». Or, comme nous l'avons dit, l'influence des rubriques d'une loi dépendra de plusieurs facteurs.

[132] L'argument de la commissaire voulant que le rejet de son interprétation entraîne des conséquences absurdes, puisque cela signifierait que la disposition en l'espèce ne s'appliquerait pas aux entreprises oeuvrant dans le domaine des cartes de crédit, devrait aussi être rejeté. Ces entreprises sont assujetties à l'article 76, comme il est indiqué à l'alinéa 76(3)b). Cependant, cela ne veut pas dire que dans tous les cas une ordonnance doit être prononcée – cela dépendra des faits de l'affaire.

[133] En outre, la commissaire n'a pas expliqué pourquoi le législateur voulait soumettre les clients et les personnes autres que les clients à des critères différents.

[134] Le Tribunal est donc d'avis que l'article 76 exige la revente d'un produit. La revente d'un produit ne veut pas dire que le produit doit être identique. Cependant, dans plusieurs cas, le produit devrait être identique ou essentiellement le même en ce qui a trait à ses caractéristiques importantes. Selon M. Church, le produit revendu devrait se trouver dans le même marché que le produit reçu, ce à quoi les défenderesses ont souscrit. Il n'est pas nécessaire de tirer une conclusion sur ce point pour trancher l'affaire dont nous sommes saisis.

[135] L'interprétation de la commissaire mène à un résultat qui, bien qu'il ne soit pas absurde comme elle le laisse entendre à l'égard d'autres interprétations, est beaucoup plus attentatoire ce que qui est considéré comme raisonnable. Selon son interprétation, le Canada aurait adopté une forme de contrôle des prix où toute augmentation de prix – une augmentation du prix des intrants – serait assujettie à un examen fondé sur l'article 76.

[136] Si le législateur avait voulu étendre le champ d'application de l'article 76 de manière à ce qu'il déborde le domaine traditionnel de la politique et du droit en matière de concurrence, il aurait dû l'exprimer en termes clairs.

[137] La préoccupation de la commissaire semble davantage concerner l'abus de position dominante par les deux entreprises de cartes de crédit. C'est d'ailleurs ce qu'a reconnu M. Carlton en répondant aux questions du Tribunal :

JUGE PHELAN : À ce propos, vous avez parlé des franchises et donné un exemple où le franchiseur impose des restrictions au franchisé, et cela peut, dans les faits, engendrer plus de coûts. Le problème dont nous parlons, est-ce réellement un problème relatif à la position dominante de Visa et de MasterCard sur le marché?

MONSIEUR CARLTON: Je crois que c'est le cas, car si Visa et MasterCard n'étaient pas en position dominante, elles ne pourraient pas imposer ce type de

conditions. C'est là la raison, vous savez, vous demandez : Y a-t-il beaucoup d'autres choix, de sorte que, vous savez, quelqu'un pourrait simplement dire « je ne suis pas intéressé par les services de Visa »?

[...]

JUGE PHELAN : Sans tomber dans les définitions juridiques, d'un point de vue économique, est-ce que vous décririez ce qui se passe en l'espèce comme un abus de position dominante de la part de Visa et MasterCard?

MONSIEUR CARLTON : Oui, vous pourriez certainement dire cela.

[138] Cette préoccupation est peut-être liée à l'interprétation voulant que, pour qu'il y ait abus de position dominante, il faille une pratique d'agissements anti-concurrentiels, conformément à l'alinéa 79(1)b), et le but de cette pratique doit être l'effet négatif intentionnel sur un *concurrent*, et cet effet doit être abusif, viser une exclusion ou une mise au pas, comme l'a conclu la Cour d'appel fédérale dans *Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, autorisation d'appel à la CSC refusée, 31637 (10 mai 2007).

[139] Cependant, une lacune dans les dispositions régissant l'abus de position dominante ne saurait justifier une interprétation excessive de l'article 76.

VII. L'ANALYSE : LES ÉLÉMENTS DE L'ARTICLE 76 ET LES QUESTIONS EN LITIGE

A. L'alinéa 76(1)a)

[140] La question centrale en l'espèce est donc la suivante : « La commissaire a-t-elle établi que chacune des défenderesses, directement ou indirectement, soit par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix auquel le client ou toute personne qui le reçoit pour le revendre fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada? »

(1) L'exigence de la revente

[141] La commissaire prétend que Visa et MasterCard fournissent des « services de réseau de cartes de crédit » destinés à être revendus aux commerçants par les acquéreurs, et que ces services sont les suivants :

[TRADUCTION] Visa et MasterCard donnent aux acquéreurs un accès direct à leur réseau respectif de manière à leur permettre de fournir aux commerçants les services nécessaires pour qu'ils puissent accepter les paiements par carte de crédit, y compris les services d'« autorisation », de « compensation » et de « règlement » (collectivement appelés par la commissaire les « services de réseau de cartes de crédit »).

En général, l'« autorisation », la « compensation » et le « règlement » renvoient à différentes étapes d'une opération par carte de crédit dans le cadre de laquelle il faut autoriser l'opération, percevoir la valeur de l'opération auprès de la banque

du titulaire de carte et rembourser le commerçant pour l'opération faite avec une carte de crédit Visa ou MasterCard.

[142] La commissaire soutient que les services constituent les [TRADUCTION] « services principaux et essentiels fournis aux acquéreurs ». À cet égard, elle s'appuie sur la preuve soumise au Tribunal relativement au faible pourcentage de valeur ajoutée par les acquéreurs, comme l'indiquent les frais d'acceptation des cartes habituellement chargés pour les services offerts par les acquéreurs. Selon elle, les acquéreurs achètent ce qu'elle définit comme étant les services de réseau de cartes de crédit des défenderesses dans le but de les revendre aux commerçants.

[143] Les défenderesses prétendent que les acquéreurs vendent aux commerçants la capacité d'accepter les cartes Visa et MasterCard et les autres cartes de paiements et qu'ils ne leur revendent pas les services d'autorisation, de compensation et de règlement. À cet égard, elles s'appuient sur la preuve présentée par l'intervenante, la Banque TD.

[144] À l'audience, le Tribunal a entendu le témoignage de Jeff van Duynhoven, président des services aux commerçants TD, qui sont les services d'acquisition de la banque. Le Tribunal a aussi entendu le témoignage de Jordan Cohen, président de Global Payments Canada, un autre acquéreur canadien.

[145] La commissaire a aussi appelé à témoigner Mike McCormack, des États-Unis, qui était qualifié pour donner son opinion d'expert sur l'industrie des opérations par cartes de paiement et sur l'industrie des acquéreurs.

[146] Ces témoins ont donné des descriptions légèrement différentes de l'industrie et de la nature des services fournis par les divers participants. En cas de divergence, le Tribunal privilégie la preuve qui étaye la position des défenderesses. Plus particulièrement, le Tribunal a estimé que M. van Duynhoven de la Banque TD avait une expérience et une connaissance actuelle et directe de la situation au Canada. Il a aussi conclu que, sur ce point, les témoins des défenderesses avaient mieux répondu en contre-interrogatoire et qu'ils étaient plus convaincants et cohérents.

[147] Le Tribunal a soigneusement examiné la preuve présentée en ce qui concerne les produits vendus par Visa et MasterCard et ceux vendus par les acquéreurs. Il décrit les produits vendus aux acquéreurs par les défenderesses comme étant des « services de réseau de cartes de crédit », et ceux vendus aux commerçants par les acquéreurs comme étant des « services d'acceptation de cartes de crédit ». Ces services sont différents et les acquéreurs ne revendent pas les services de réseau de cartes de crédit fournis par Visa ou MasterCard.

[148] Visa et MasterCard exploitent leur réseau respectif par lequel les opérations effectuées par carte Visa ou MasterCard sont autorisées et payées. Elles fournissent les services d'autorisation, de compensation et de règlement aux acquéreurs sur leur réseau respectif (« services de réseau de cartes de crédit »). En revanche, les acquéreurs fournissent aux commerçants les services qui leur permettent d'accepter les cartes de crédit (« services d'acceptation des cartes de crédit »), lesquels diffèrent de ceux fournis par Visa et MasterCard.

[149] Monsieur van Duynhoven a clairement expliqué le rôle de l'acquéreur :

[TRADUCTION] Au contraire, comme il a été question dans la présente déclaration, les acquéreurs canadiens fournissent un ensemble de services, notamment la location et la vente d'équipement utilisé dans les points de vente, comme les terminaux de comptoir, les terminaux sans fil et la technologie Internet; la fourniture de services de paiement garanti et de crédit, y compris l'acceptation du risque de fraude et de rétrofacturation; la formation continue, le service et le soutien technique pour les vendeurs, y compris l'entretien des centres d'appels et le personnel technique; et l'élaboration de programmes de fidélisation et de spécialité pour les commerçants clients.

[150] Le Tribunal a conclu que M. van Duynhoven, qui a travaillé dans l'industrie canadienne des paiements pendant près de 20 ans, était un témoin bien informé et que son témoignage était convaincant. Il a expliqué que les acquéreurs créent et exploitent leurs propres réseaux et implantent les technologies de point de vente chez les commerçants pour qu'ils puissent faire les opérations :

JUGE PHELAN : Alors, vous avez dit que vous aviez votre propre réseau --

M. VAN DUYNHOVEN : C'est exact.

JUGE PHELAN : -- Pour ce genre de choses, dans le sens qu'il se connecte au réseau de Visa ou de MasterCard?

M. VAN DUYNHOVEN : C'est exact. Ainsi qu'à plusieurs autres réseaux.

JUGE PHELAN : À plusieurs autres. C'est essentiellement la même chose pour vos concurrents. Ils ont leurs propres réseaux qui se connectent de façon similaire?

M. VAN DUYNHOVEN : Oui. Une des principales fonctions d'un acquéreur est d'essayer de simplifier le processus pour le commerçant. Alors, au lieu de fournir au commerçant un terminal de point de vente Visa, un terminal MasterCard, un terminal American Express, un terminal Interac, etc., nous lui fournissons ces fonctions et le connectons à différents réseaux. Le commerçant n'a pas à s'inquiéter de la façon dont cela fonctionne, d'un point de vue technologique.

[151] Ces réseaux facilitent les connexions entre les commerçants, les réseaux de cartes de paiement comme Visa et MasterCard et les émetteurs de partout dans le monde qui, au bout du compte, autorisent chacune des opérations. Les commerçants ne sont pas connectés aux réseaux Visa et MasterCard et n'interagissent pas sur ces réseaux. La compensation et le règlement entre émetteurs et acquéreurs, et entre acquéreurs et commerçants, sont des activités distinctes. Les acquéreurs communiquent avec les émetteurs sur les réseaux des défenderesses. Les commerçants communiquent seulement avec leurs acquéreurs respectifs.

[152] Monsieur van Duynhoven a aussi expliqué qu'en tant qu'acquéreur, la Banque TD demeure financièrement responsable des opérations, ce qui signifie que la Banque TD demeure responsable des frais rétrofacturés par l'émetteur et qu'elle assume le « risque associé aux comptes clients », en ce sens qu'elle a « laissé flotter » tous les frais d'interchange mensuels du commerçant et qu'elle les percevra qu'à la fin du mois, une fois la facturation terminée.

[153] Le témoignage de M. van Duynhoven a été contredit par celui de M. McCormack, qui a affirmé que les acquéreurs revendent les services fournis par les défenderesses et qu'ils fournissent simplement des services accessoires, comme la location de terminaux de PDV (point de vente) et les services de rapports.

[154] Cependant, rappelons-le, le Tribunal a retenu le témoignage de M. van Duynhoven, un témoin averti ayant une connaissance profonde de l'industrie des acquéreurs au Canada. De son côté, M. McCormack n'avait fait état d'aucune expérience canadienne dans son *curriculum vitae* et ne connaissait pas l'industrie canadienne des paiements aussi bien que M. van Duynhoven; il a donc fait plusieurs erreurs en ce qui concerne le rôle des acquéreurs canadiens.

[155] La commissaire a aussi laissé entendre que le fait qu'une très faible part des frais d'acceptation des cartes revienne à l'acquéreur montre que celui-ci ne reçoit de Visa et MasterCard que les services principaux et essentiels et qu'il ne fournit qu'une faible proportion de services à valeur ajoutée.

[156] Le Tribunal est d'accord avec la Banque TD sur le fait que les marges de profit des acquéreurs ne permettent pas de déterminer s'il y a « revente ». De plus, la plupart des frais d'acceptation des cartes reviennent aux émetteurs sous la forme de frais d'interchange; selon les normes de la commissaire, cela voudrait dire que les émetteurs sont beaucoup plus importants que les réseaux des acquéreurs. Enfin, si l'on utilisait les parts de revenus pour mesurer la valeur ajoutée relative attribuable aux réseaux de cartes de crédit et aux acquéreurs, il faudrait comparer le pourcentage des frais d'acceptation des cartes qui revient aux acquéreurs et le pourcentage des frais qui revient aux réseaux de cartes de crédit, les deux étant plutôt modestes par rapport aux frais d'interchange.

[157] Le Tribunal est donc d'avis que l'exigence selon laquelle le produit doit être revendu à un client n'a pas été établie. Cette conclusion porte un coup fatal à la demande de la commissaire. C'est pourquoi la demande de la commissaire sera rejetée.

(2) Le sens de « faire monter » le prix et de l'effet de nuire

[158] Cependant, dans l'éventualité où nous aurions tort de tirer ces conclusions relativement à l'interprétation juridique de l'alinéa 76(1)a)(i), ou de conclure que la condition n'a pas été remplie, nous allons poursuivre l'analyse, et ce, compte tenu du fait que les parties ont présenté une preuve et déposé des observations relativement aux autres exigences.

(a) Aperçu des observations des parties

[159] La commissaire soutient que, en obligeant les acquéreurs à appliquer les règles à l'intention des commerçants, Visa et MasterCard ont directement fait monter le prix des services de réseau de cartes de crédit. Elle prétend que sans ces règles, les commerçants pourraient limiter les frais d'acceptation des cartes en imposant des frais supplémentaires à l'égard de certaines cartes de crédit, ou en menaçant de le faire, ou en refusant d'accepter les cartes de crédit qui entraînent des coûts plus élevés. À cet égard, la commissaire cite les témoignages d'experts entendus à l'audience et la preuve provenant des autres pays (Australie, Royaume-Uni) en ce qui

concerne le « monde hypothétique », soit celui qui existerait sans les règles à l'intention des commerçants.

[160] Selon la commissaire, les règles à l'intention des commerçants suppriment ou réduisent l'avantage qu'auraient Visa et MasterCard à faire concurrence en imposant des frais moins élevés aux commerçants. Elle affirme également que les règles permettent aux défenderesses de maintenir des prix plus élevés pour leurs services, sans être exposées à une pression importante de la part des commerçants, comme c'est normalement le cas quand une entreprise demande des prix plus élevés dans un marché concurrentiel. Selon la commissaire, les frais d'acceptation des cartes montent aussi, car les commerçants transmettent habituellement à leurs clients une partie ou la totalité de la hausse des frais provenant des frais élevés d'acceptation des cartes, peu importe la forme de paiement utilisée, en augmentant le prix des produits et des services. Cela signifie que les défenderesses ont tout avantage à augmenter leurs frais.

[161] Les défenderesses nient avoir adopté un comportement ayant pour effet de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel les acquéreurs fournissent ou offrent de fournir un produit ou font de la publicité au sujet d'un produit au Canada, et elles prétendent que la condition de l'alinéa 76(1)a) n'a pas été remplie. Elles contestent la définition du marché de produit et la thèse de la commissaire au sujet de la façon dont la règle de non-imposition de frais supplémentaires diminue la concurrence entre elles. Elles soutiennent que le Tribunal ne peut pas tirer une telle conclusion si la preuve ne permet d'établir qu'elles ont tenté d'empêcher les acquéreurs ou les commerçants d'offrir de vendre leurs produits au prix qu'ils jugent approprié. Elles affirment également que l'interprétation de la commissaire fait de l'article 76 en une disposition de restriction verticale non limitative, puisque la plupart des comportements anti-concurrentiels ont pour effet de faire monter les prix. Selon elles, l'expression « a fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix » ne peut pas renvoyer aux effets anti-concurrentiels d'une restriction verticale.

(b) Analyse

[162] Nous sommes d'accord avec les défenderesses pour dire que la condition relative à la « montée des prix » doit s'entendre d'autre chose que des conséquences qui découlent de l'exercice par une entreprise d'un pouvoir de marché qui a pour effet de nuire à la concurrence du fait qu'il y a une augmentation des prix sur le marché en aval. Sinon, l'article 76 deviendrait une disposition non limitative. L'historique législatif, la jurisprudence et la doctrine n'étaient pas cette interprétation.

[163] S'agissant de la pluralité des conditions prévues par une disposition, la Cour d'appel fédérale a dit ceci, dans l'arrêt *Tuyauteries Canada* : « [à] chaque condition prévue par la loi applicable doit correspondre un critère juridique distinct, faute de quoi l'interprétation risque de priver de sens ou de rendre superflue une partie de cette loi ». Selon l'interprétation faite par la commissaire à l'égard de différentes situations factuelles, le simple fait d'établir que le comportement a eu pour effet de nuire à la concurrence, et donné lieu à une augmentation des prix, suffirait pour remplir les conditions énoncées au sous-alinéa 76(1)a)(i). Cette interprétation rendrait l'exigence selon laquelle le comportement doit avoir pour effet de nuire, qui figure à l'alinéa b), vide de sens dans plusieurs cas. Elle inciterait aussi le Tribunal à interpréter l'alinéa a) comme voulant que l'entente, la menace ou la promesse en question ait eu pour

« effet » de faire monter un prix. Les mots « effet » ou « effets » sont utilisés dans plusieurs dispositions de la Loi (voir p. ex. : 74.1, 75, 77(2)c), 79, 82, 83(1), 86(1)a), 90.1(4), 93, 96, 100, 106.1) et même à l'alinéa 76(1)b), mais pas au sous-alinéa a)(i).

[164] Le professeur Côté a dit ce qui suit à propos de la présomption voulant qu'en matière d'interprétation, on ne puisse ajouter ou supprimer des termes :

Si la loi est bien rédigée, il faut tenir pour suspecte une interprétation qui conduirait soit à ajouter des termes ou des dispositions, soit à priver d'utilité ou de sens des termes ou des dispositions.

[...]

La fonction du juge étant d'interpréter la loi et non de la faire, le principe général veut que le juge doive écarter une interprétation qui l'amènerait à ajouter des termes à la loi : celle-ci est censée être bien rédigée et exprimer complètement ce que le législateur entendait dire : « [TRADUCTION] C'est une chose grave d'introduire dans une loi des mots qui n'y sont pas et sauf nécessité évidente, c'est une chose à éviter ».

[...]

En lisant un texte de loi, on doit en outre présumer que chaque terme, chaque phrase, chaque alinéa, chaque paragraphe ont été rédigés délibérément en vue de produire quelque effet. Le législateur est économe de ses paroles : il ne « parle pas pour rien dire ».

(voir : Côté, Pierre-André, en collaboration avec Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 2011, p. 316 à 318))

[165] Il convient également de noter que des parties privées peuvent demander la permission de présenter une demande fondée sur l'article 76 en vertu de l'article 103.1 de la *Loi sur la concurrence*. Selon l'interprétation de la commissaire, une société pourrait demander la permission de présenter une telle demande relativement à divers types de comportement autres que le comportement associé au maintien typique des prix de revente (par exemple, en l'espèce, les commerçants canadiens pourraient avoir demandé la permission directement au Tribunal). Bien que par le passé, le public se soit montré enclin à ce que la disposition sur l'abus de position dominante puisse donner lieu à des poursuites par des parties privées, le législateur n'a encore rien fait en ce sens. Il est peu probable que le législateur ait, sans l'exprimer plus clairement, prévu une disposition extrêmement large ouvrant la voie à des poursuites par des parties privées en matière de maintien des prix.

[166] Par conséquent, nous ne pouvons souscrire à l'interprétation que préconise la commissaire. Nous soulignons également que nous sommes d'avis que « le comportement » dont il est question à l'alinéa 76(1)b) renvoie au comportement décrit aux sous-alinéas a)(i) et a)(ii).

[167] Dans la mesure où la demande de la commissaire est fondée sur cette interprétation, elle doit aussi être rejetée. Cependant, comme nous l'avons déjà expliqué, les parties ont présenté une preuve et des observations relativement aux exigences et ont soulevé de nouvelles questions. Par conséquent, nous poursuivons notre analyse.

[168] Comme l'analyse de la commissaire commence par une évaluation des marchés géographique et de produits pertinents ainsi que du pouvoir de marché, pour ensuite déterminer s'il y a eu un effet à la hausse sur les prix, nous procéderons de la même façon.

(3) Marché géographique pertinent

[169] Les parties conviennent que le marché géographique pertinent est le Canada et le Tribunal accepte cet argument.

(4) Marché de produits pertinent

(a) Aperçu des observations des parties

[170] Dans le cadre de l'évaluation des effets concurrentiels des règles à l'intention des commerçants, la commissaire prétend que le marché pertinent est celui des services de réseau de cartes de crédit d'utilisation courante. À l'appui de cet argument, elle fait remarquer que les cartes de crédit ont des caractéristiques qui les distinguent des autres modes de paiement, que les commerçants ont continué d'accepter les cartes de crédit des défenderesses malgré la hausse des frais d'acceptation des cartes et que la définition de marché proposée par les défenderesses a systématiquement été rejetée dans d'autres pays. Elle se fonde aussi sur l'application du critère du monopoleur hypothétique.

[171] Les défenderesses prétendent que la commissaire a donné une définition trop étroite au marché de produits. À cet égard, Visa affirme qu'elle livre une concurrence pour l'obtention du volume des opérations, que les paiements soient faits en espèces, par carte de débit, par chèque, par carte crédit (cartes autres que Visa) ou au moyen de nouveaux modes de paiement comme PayPal. Dans sa plaidoirie finale, MasterCard soutient que le marché des services de paiement est le marché de produits pertinent.

[172] Les défenderesses soutiennent également que la définition de marché de la commissaire est inexacte parce qu'elle ne tient pas compte du fait qu'elles exploitent des plateformes bifaces. Selon elles, les économistes experts de la commissaire font une application erronée du critère du monopoleur hypothétique.

(b) Analyse

[173] Le Tribunal applique généralement le critère du monopoleur hypothétique quand il doit définir les marchés pertinents (voir *La commissaire de la concurrence c. CCS Corporation et autres*, 2012 Trib. conc. 14, par. 58, conf. 2013 CAF 28). Suivant cette approche, comme il est expliqué dans le document intitulé « Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi », un marché de produits pertinent correspond au groupe le plus restreint de produits pour lequel un vendeur unique cherchant à maximiser ses bénéfices (un « monopoleur hypothétique ») peut imposer et maintenir une augmentation de prix modeste mais significative et non transitoire (la « SSNIP ») par rapport au prix concurrentiel (voir Bureau de la concurrence, « Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi », 6 octobre 2011). Souvent, des points de référence objectifs, comme une hausse de prix de 5 % maintenue pendant un an, sont utilisés aux fins de la détermination de la SSNIP (voir *CCS Corporation et autres*, par. 60). Pour déterminer si la

SSNIP serait rentable, le critère du monopoleur hypothétique fait intervenir des éléments de l'élasticité et de l'élasticité croisée de la demande ainsi que d'autres éléments connus sous le nom d'indices pratiques.

[174] En l'espèce, l'application du critère du monopoleur hypothétique amène le Tribunal à examiner les trois questions suivantes :

- (i) l'application du critère aux structures bifaces;
 - (ii) l'étape de la chaîne verticale à laquelle le critère devrait être appliqué;
 - (iii) le prix approprié à utiliser.
- (i) L'application du critère aux structures bifaces

[175] Les économistes experts de la commissaire et des défenderesses s'entendent pour dire que les réseaux de cartes de crédit sont des exemples de plateformes bifaces. Ils conviennent que l'attrait qu'exercent ces plateformes auprès des éventuels utilisateurs qui se trouvent d'un côté de la plateforme dépend du nombre d'utilisateurs qui se trouvent de l'autre côté de la plateforme. Prenons un journal, que les experts reconnaissent comme un exemple raisonnablement représentatif d'une plateforme biface. Plus il y a de lecteurs, plus le journal est intéressant pour les annonceurs, et plus il y a d'annonceurs, plus le journal a de chances d'intéresser les lecteurs. Pour cette raison, la réaction à une modification du prix imposé aux utilisateurs d'un côté de la plateforme risque d'affecter la demande de l'autre côté de la plateforme. Au regard de la maximisation de l'utilisation d'une plateforme donnée, il pourrait découler de cette interdépendance ou de cet effet de rétroaction que les utilisateurs qui se trouvent d'un côté de la plateforme assument une part disproportionnée des coûts de cette plateforme.

[176] La commissaire et les défenderesses conviennent que les titulaires de carte se trouvent d'un côté de la plateforme du réseau de cartes de crédit et les commerçants, de l'autre côté. Elles sont aussi d'accord pour dire que l'intérêt que présente une carte pour son titulaire augmente au fur et à mesure qu'augmente le nombre de commerçants qui l'acceptent, et qu'il est de plus en plus avantageux pour un commerçant d'accepter une carte donnée au fur et à mesure qu'augmente le nombre de titulaires de cette carte. Les commerçants et les titulaires paient des prix différents pour pouvoir utiliser la plateforme. Les titulaires paient des frais annuels et des intérêts et peuvent aussi recevoir des récompenses selon l'utilisation qu'ils font de leur carte. Les commerçants paient des frais d'acceptation des cartes, qui comprennent des frais d'interchange, lesquels sont remis aux émetteurs. Les émetteurs peuvent utiliser une partie des revenus que représentent pour eux les frais d'interchange pour financer les récompenses ou autres avantages accordés aux titulaires de carte. Les frais d'interchange sont un exemple de paiement compensateur par lequel les utilisateurs qui se trouvent d'un côté de la plateforme peuvent financer l'utilisation qui est faite de l'autre côté de la plateforme.

[177] Selon la commissaire, il est approprié d'appliquer le critère du monopoleur hypothétique à un côté de la plateforme, soit celui des services de réseau de cartes de crédit que fournissent les défenderesses aux acquéreurs. Rappelons-le, les défenderesses font valoir que l'application du critère aux plateformes bifaces est une opération complexe. Les experts de la commissaire le reconnaissent en partie. Par exemple, M. Carlton souligne qu'étant donné que les fluctuations d'un prix dans un marché biface peut influencer sur le prix de l'autre côté du marché, il risque d'être

plus difficile de définir le marché dans de tels cas, et cela peut avoir des conséquences différentes que dans le cas typique.

[178] Les défenderesses prétendent qu'en l'espèce, le critère du monopoleur hypothétique ne peut être appliqué seulement à l'un des deux côtés de la plateforme du réseau des cartes de crédit. Elles soutiennent qu'il est erroné de s'en tenir seulement au côté de la plateforme qui est lié à l'acceptation des cartes et au prix imposé aux commerçants ou aux acquéreurs plutôt qu'à la somme des prix exigés aux deux côtés, soit celui des acquéreurs et celui des émetteurs. Elles affirment également qu'une substitution au profit d'autres modes de paiement par suite d'une hausse de prix d'un côté de la plateforme peut entraîner la même réaction de l'autre côté de la plateforme et une diminution des profits des deux côtés. Cela peut également déclencher une série d'effets de rétroaction, lesquels pourraient être amplifiés par des effets de réseau. Si l'interdépendance de la demande des deux côtés de la plateforme et les effets de rétroaction ne sont pas pris en considération, la définition du marché risque d'être trop étroite.

[179] M. Carlton a reconnu que le critère du monopoleur hypothétique devrait prendre en considération l'interdépendance de la demande des deux côtés de la plateforme et les effets de rétroaction découlant de l'application d'une SSNIP à un seul côté de la plateforme. M. Carlton a expressément affirmé en avoir tenu compte :

[TRADUCTION]

M. KENT : Voilà où j'en arrive. Il faut le prendre en considération, n'est-ce pas? Il faut prendre en considération les effets négatifs qu'aurait la hausse du prix du premier côté de la plateforme sur l'autre côté de la plateforme?

M. CARLTON : Oui. En un sens, si vous dirigiez un journal, vous devriez prendre en considération toutes vos sources de revenus. Alors, lorsque j'ai donné mon exemple lors de mon témoignage direct et que j'ai dit que j'avais fait passer le prix de 20 à 21 cents, qu'arrive-t-il au volume total d'achats par carte de crédit? Vous pensez qu'il va chuter?

J'ai pris en considération qu'un commerçant pourrait effectivement dire « non ». Cela entraînerait une baisse du nombre de clients qui ne veulent pas de carte de crédit, ce qui susciterait une réaction de la part des commerçants qui disent « non ».

Alors, en considérant tous les effets de rétroaction, comme vous le dites, est-ce que je m'attends à une baisse si importante que la hausse du prix ne serait pas rentable? Ce que je dis, au regard de la preuve, il est assez clair que la réponse est « non », car j'ai déjà vu de telles hausses de prix partout – au Canada.

[180] Les économistes experts des défenderesses, M. Church et M. Elzinga, se sont également penchés sur l'application du critère du monopoleur hypothétique aux plateformes bifaces. M. Church a affirmé que, vu que le réseau de carte de crédit monopoleur hypothétique fournit les services de cartes de crédit à la fois aux émetteurs et aux acquéreurs, il convient d'appliquer le critère aux deux côtés de la plateforme pour définir le marché de produits. Cela signifie que la SSNIP devrait être appliquée à la somme des frais de réseau de l'acquéreur et des frais de réseau de l'émetteur, soit le montant total payé par les émetteurs et les acquéreurs pour l'utilisation de la

plateforme du réseau de cartes de crédit, et le critère devrait déterminer l'effet de la SSNIP sur la rentabilité combinée des deux côtés de la plateforme.

[181] M. Church n'a cependant pas appliqué le critère ni indiqué quel pourrait être le marché de produits pertinent par suite de l'application de ce critère. Il s'est contenté de dire que le marché de produits pertinent ne peut pas être aussi étroit que celui défini par M. Winter. Cependant, lors du contre-interrogatoire, M. Church a semblé admettre que le critère du monopoleur hypothétique pourrait être appliqué à un seul côté de la plateforme dans la mesure où l'interdépendance de la demande entre les deux plateformes et les effets de rétroaction sont pris en considération. Quand on lui a demandé son opinion sur l'application du critère aux deux côtés de la plateforme des cartes de paiement par le département de la Justice des États-Unis, il a répondu qu'il y avait [TRADUCTION] « plus d'une façon de faire les choses » :

[TRADUCTION]

M. FANAKI : Vous n'avez aucune raison de ne pas convenir que le département de la Justice a adopté cette approche dans ce cas?

M. CHURCH : Bien, il serait intéressant de savoir si, quand ils ont appliqué le critère du monopoleur hypothétique d'un côté plutôt que de l'autre, ils ont pris en considération les effets de rétroaction entre un côté et l'autre côté et la marge perdue de ces effets de rétroaction quand ils ont appliqué le critère à un côté.

M. FANAKI : Revenons aux effets de rétroaction dans une minute puisque je vous ai promis que j'y reviendrais. Vous n'avez aucune raison de ne pas convenir que le département de la Justice a adopté cette approche pour définir le marché pertinent dans ce cas précis?

M. CHURCH : À mon avis, ce qui est intéressant à ce sujet est que, comme dans la plupart des cas, il y a plus d'une façon de faire les choses, et même dans une analyse de marché monoface, si vous appliquez les bonnes marges et les bonnes mesures d'élasticité, vous pourriez arriver à la même réponse que pour un marché biface.

[182] Eu égard à la question connexe de savoir si la SSNIP devrait être appliquée au prix imposé aux consommateurs d'un côté de la plateforme ou à la somme des prix imposés aux consommateurs des deux côtés de la plateforme au moment d'appliquer le critère du monopoleur hypothétique, M. Church a également affirmé :

[TRADUCTION]

M. CHURCH : [...] Dans notre analyse de marché biface, le prix total de l'ensemble du réseau est divisé entre les deux côtés. Si l'on augmente le prix de l'ensemble du réseau de 5 %, on se retrouve encore à devoir le diviser entre les deux côtés. Et la littérature – la littérature économique et non l'*Antitrust Law Journal*, dont les auteurs sont des avocats – explique comment s'y prendre : on augmente le prix de 5 %, ensuite on le répartit entre les deux côtés en fonction de leur élasticité relative, selon les hausses de prix imposées.

Il ne faut pas penser, selon moi, qu'il y a en fait deux prix en vigueur. Le prix marginal est le prix pertinent pour... il s'agit simplement des frais d'accès au réseau, et de dire quels sont les effets en termes de maximisation des bénéfices.

La modification du prix demandé aux émetteurs et aux acquéreurs est la modification de leur prix respectif, comme ce paragraphe le donne à penser. Alors cette distinction que vous tentez d'établir entre les approches monoface et biface, il est peu probable qu'elle existe à mon avis. Si l'approche du marché monoface est prise correctement, elle donnera presque la même réponse, voire la même réponse, que l'approche du marché biface.

[Notre soulignement.]

[183] M. Elzinga était d'avis que les réseaux de cartes de crédit livrent concurrence à d'autres plateformes de paiement, comme les cartes de débit, les chèques et les espèces, sur le marché des services de paiement. Selon lui, il est incorrect d'appliquer le critère du monopoleur hypothétique à un seul côté d'une plateforme biface. D'après M. Elzinga, le prix d'une opération par carte de crédit s'entend de la somme des prix demandés aux titulaires de carte et aux commerçants, c'est-à-dire les frais d'acceptation des cartes plus les frais des titulaires de carte moins les récompenses des titulaires de carte. Selon lui, c'est la somme des prix demandés de chaque côté du marché qui est pertinente en matière d'antitrust. Le Tribunal en vient ainsi à comprendre que M. Elzinga appliquerait une SSNIP à la somme des prix demandés aux commerçants et aux titulaires de carte, dont la réaction serait telle que procéder ainsi ne serait pas rentable, ce qui impliquerait l'existence d'un marché de produits élargi.

[184] M. Elzinga ne s'est pas penché sur les conséquences qu'aurait l'application d'une SSNIP à la somme des prix demandés aux commerçants et aux titulaires de carte. Il a plutôt laissé entendre qu'appliquer le critère du monopoleur hypothétique selon l'approche monoface, sous la forme de frais supplémentaires imposés aux titulaires de carte et aux commerçants, montrerait que le nombre de titulaires de carte privilégiant un autre mode de paiement serait assez élevé pour donner à penser que la commissaire a défini trop étroitement le marché :

[TRADUCTION]

Pour voir s'il est possible d'appliquer le « critère de monopoleur hypothétique selon l'approche monoface » au marché des cartes de crédit proposé par la commissaire, il faudrait examiner dans quelle mesure les consommateurs s'accrocheraient à leur carte de crédit s'ils devaient payer, au point de vente, 5 % ou 10 % de plus qu'avec un autre mode de paiement.

[185] M. Elzinga a conclu que le nombre de consommateurs qui opteraient pour un autre mode de paiement s'ils se voyaient imposer des frais supplémentaires de 2 % (sans parler de 5 % ou de 10 %) sur les opérations par carte de crédit serait suffisant pour qu'il ne soit pas rentable pour un monopoleur hypothétique d'imposer une telle hausse de prix. Cela implique, de l'avis de M. Elzinga, que le marché pertinent doit être élargi pour inclure certains des autres modes de paiement vers lesquels les consommateurs se tourneraient.

[186] Comme le souligne M. Frankel dans sa réplique, toutefois, M. Elzinga suppose des frais supplémentaires de 2 % sur la valeur des biens et services achetés par carte de crédit, ce qui ne revient pas à augmenter de 2 % les frais nets payés par les titulaires de carte ou le prix d'une opération par carte de crédit, telle qu'elle est définie par M. Elzinga. Le Tribunal est d'avis que la critique formulée par M. Frankel est convaincante.

[187] En bref, pour ce qui est de la question de savoir si le produit fourni aux clients d'un côté d'une plateforme biface peut constituer un marché de produits pertinent potentiel, le Tribunal comprend ce qui suit de la preuve présentée par les trois témoins experts en économie de la commissaire : selon ces derniers, un côté d'une plateforme biface peut être un marché de produits pertinent et la SSNIP peut être appliquée au prix imposé aux consommateurs d'un côté de la plateforme. Les trois spécialistes appliquent le critère du monopoleur hypothétique au côté de la plateforme du réseau de cartes de crédit qui est lié à l'acceptation des cartes ou aux services d'acquisition. Un des experts de la commissaire, M. Carlton, a reconnu expressément qu'il fallait prendre en considération l'interdépendance de la demande et les effets de rétroaction entre les deux côtés de la plateforme lorsqu'on applique le critère du monopoleur hypothétique à un côté d'une plateforme biface.

[188] Les deux experts en économie des défenderesses sont d'avis que le plus petit marché de produits pertinent potentiel comprend les deux côtés de la plateforme d'un réseau de cartes de crédit et que le critère du monopoleur hypothétique doit évaluer pour l'ensemble de la plateforme la rentabilité d'une hausse de la somme des prix payés par les utilisateurs des deux côtés de la plateforme. Ni l'un ni l'autre n'a appliqué un critère de cette nature. En outre, un des experts des défenderesses, M. Church, semble concéder qu'à condition que les effets de rétroaction entre les deux côtés de la plateforme soient correctement pris en considération, appliquer le critère du monopoleur hypothétique à un seul côté d'une plateforme biface peut mener à la même conclusion à l'égard de la définition du marché que l'appliquer à l'ensemble de la plateforme. M. Elzinga a quant à lui appliqué le critère du monopoleur hypothétique, mais à un côté seulement, soit celui des frais des titulaires de carte. La méthode utilisée pour l'application de ce critère semble elle aussi comporter des lacunes.

[189] Compte tenu de la preuve présentée, nous estimons qu'un seul côté de la plateforme peut être un marché de produits pertinent potentiel aux fins de l'application du critère du monopoleur hypothétique, et que la SSNIP peut être appliquée au prix imposé aux consommateurs de ce côté de la plateforme, à condition que soient pris en considération tant l'interdépendance de la demande que les effets de rétroaction entre les deux côtés de la plateforme et, en définitive, la fluctuation des profits des deux côtés de la plateforme.

[190] Nous nous penchons maintenant sur les deux dernières questions concernant l'application du critère du monopoleur hypothétique :

- (ii) l'étape de la chaîne verticale à laquelle le critère devrait être appliqué;
- (iii) le prix approprié à utiliser.

[191] La commissaire soutient que le critère du monopoleur hypothétique devrait être appliqué aux services de réseau de cartes de crédit fournis par les défenderesses aux acquéreurs. Elle prétend en outre qu'en appliquant le critère de la SSNIP, on doit utiliser le prix payé par les acquéreurs aux défenderesses, lequel est constitué des frais d'interchange et des frais de réseau de l'acquéreur. Elle réfute l'argument suivant lequel, en l'espèce, les frais de réseau de l'acquéreur sont le prix approprié aux fins de l'application du critère de la SSNIP et fait remarquer que [TRADUCTION] « le prix pertinent est le prix total imposé aux acquéreurs ou aux

commerçants, peu importe si ce prix [...] sera divisé au bout du compte en frais d'interchange ou en frais de réseau. »

[192] Elle allègue en outre que les acquéreurs transmettraient à leurs commerçants clients la hausse applicable en augmentant les frais d'acceptation des cartes, et souligne que les services de réseau de cartes de crédit sont un exemple de demande dérivée, car la demande de ces services par les acquéreurs est en définitive dérivée de la demande par les commerçants de services d'acceptation de cartes de crédit. Elle conclut ainsi que la question pertinente à poser à propos de ce critère est celle de savoir si le nombre de commerçants qui refuseraient d'accepter des cartes de crédit par suite d'une hausse des frais d'acceptation des cartes serait tel que cette hausse ne serait pas rentable.

[193] M. Winter, quant à lui, applique le critère du monopoleur hypothétique au marché en amont où les réseaux de cartes de crédit sont les vendeurs et où les acquéreurs sont les acheteurs, mais il ajoute que ses conclusions seraient les mêmes s'il appliquait le critère au marché en aval où les acquéreurs vendent des services aux commerçants. Le prix utilisé par M. Winter est le prix moyen payé actuellement par les acquéreurs aux défenderesses, les « frais de l'acquéreur », soit la somme des frais d'interchange et des frais de réseau de l'acquéreur.

[194] Tant M. Frankel que M. Carlton appliquent le critère du monopoleur hypothétique au marché en aval où les acquéreurs fournissent des services aux commerçants. Ils supposent donc qu'un acquéreur monopoleur hypothétique a recours à une SSNIP pour augmenter les frais d'acceptation des cartes qu'il impose aux commerçants.

[195] Les défenderesses soutiennent que le critère du monopoleur hypothétique, servant à l'analyse de la définition du marché, devrait être appliqué au marché où les défenderesses sont présentes et non au marché en aval, où elles ne le sont pas.

[196] Nous convenons avec les défenderesses que le marché pertinent auquel il faut appliquer le critère du monopoleur hypothétique est celui où elles se livrent concurrence. Les défenderesses livrent concurrence sur un côté de leur plateforme respective pour fournir des services de réseau de cartes de crédit aux acquéreurs, ce qui mène le Tribunal à conclure que le marché de produits pertinent potentiel aux fins de l'application du critère du monopoleur hypothétique est celui de la fourniture de services de réseau de cartes de crédit aux acquéreurs. Le Tribunal reconnaît toutefois que la réaction des acquéreurs à une modification du prix des services de réseau de cartes de crédit est essentiellement déterminée par celle de leurs clients, les commerçants, à la modification de prix qui leur est transmise.

[197] Il faut aussi trancher sur le choix du prix auquel serait appliquée la SSNIP. Le prix que les clients (les acquéreurs) paient pour obtenir les services du réseau de cartes de crédit monopoleur hypothétique est la somme des frais de réseau de l'acquéreur et des frais d'interchange. Les frais de réseau de l'acquéreur sont le prix que le réseau de cartes de crédit demande aux acquéreurs. Les frais d'interchange sont remis aux émetteurs. M. Winter a appliqué la SSNIP à la somme des frais de réseau de l'acquéreur et des frais d'interchange. M. Church a affirmé que dans le contexte de l'application monoface du critère du monopoleur hypothétique, le prix pertinent est celui demandé par le monopoleur hypothétique, soit les frais de réseau de

l'acquéreur. Selon lui, les frais d'interchange n'influent en rien sur les profits du réseau de cartes de crédit monopoleur hypothétique.

[198] Le Tribunal est d'avis que l'application du critère du monopoleur hypothétique vise à déterminer la mesure dans laquelle les clients du marché potentiel se tourneront vers d'autres produits par suite d'une SSNIP. La définition du marché repose sur le degré de substituabilité et est axée sur la fluctuation de la demande par suite de modifications de prix (voir *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi* du Bureau de la concurrence, octobre 2011). La SSNIP doit donc être appliquée au prix payé par les acheteurs du produit potentiel. Les acquéreurs sont les acheteurs des services du réseau de cartes de crédit et les frais de l'acquéreur (somme des frais d'interchange et des frais de réseau de l'acquéreur) sont le prix qu'ils paient pour ces services.

[199] Il est vrai aussi toutefois que le critère du monopoleur hypothétique consiste à déterminer si une SSNIP serait rentable, ce qui nécessite que le monopoleur hypothétique reçoive tout le produit de la SSNIP. Les défenderesses et leurs experts ont souligné à juste titre que le réseau de cartes de crédit monopoleur hypothétique ne reçoit pas le produit d'une hausse des frais d'interchange. Dans la mesure où la SSNIP est le résultat d'une hausse des frais d'interchange dans les frais de l'acquéreur, la marge de profit du réseau monopoleur hypothétique n'augmente pas. Une façon de confirmer l'hypothèse sous-tendant le critère de monopoleur hypothétique est de présumer, comme le laisse entendre M. Winter, que la somme des frais d'interchange et des frais de réseau de l'acquéreur fait l'objet d'une SSNIP entièrement attribuable à une hausse des frais de réseau de l'acquéreur². Comme nous le verrons ci-après plus en détail, il faut dans ce cas une très forte hausse en pourcentage des frais de réseau de l'acquéreur.

[200] M. Church s'est fait demander en contre-interrogatoire de s'exprimer sur l'extrait d'un article traitant de la définition des marchés de produits pertinents dans des affaires portant sur les réseaux de paiement électronique aux États-Unis et où il est indirectement question du point traité ci-dessus. L'extrait de l'article porte sur la question de savoir quel devrait être le prix pertinent :

[TRADUCTION]

M. FANAKI : Donc, si nous pouvions revenir au document 530, qui... c'est la dernière pièce que nous avons indiquée, M. LaRose. À la page 728, tout en bas, là où nous nous sommes arrêtés la dernière fois. À cet endroit, la division analyse la question. On lit : « La division s'est aussi penchée sur la question... ».

[...]

M. FANAKI : « La division s'est aussi penchée sur la question de savoir quels frais devraient être utilisés au moment d'appliquer le critère du monopoleur hypothétique – les frais de commutation, les frais d'interchange, ou les deux. Comme le réseau ne garde que les frais de commutation, et non les frais d'interchange, on pourrait faire valoir que les frais de commutation sont la mesure pertinente du pouvoir de marché du réseau et qu'une analyse de la SSNIP devrait donc porter uniquement sur les frais de commutation. Il est toutefois incorrect d'adopter une telle approche. Bien que l'industrie se soit développée de telle sorte que la plupart des réseaux placent les frais d'interchange et les frais de commutation dans deux catégories distinctes, lorsque les réseaux établissent leurs

frais et lorsque les commerçants et les émetteurs décident des réseaux auxquels ils souscriront, ils fondent leurs décisions sur la somme des deux types de frais. Les commerçants prennent en considération le prix total, soit la somme des frais d'interchange et des frais de commutation. Étant donné que les frais d'interchange sont transférés sous la forme de paiement aux émetteurs, ces derniers prennent en considération les frais d'interchange moins les frais de commutation. Un réseau peut exercer un pouvoir de marché sur un commerçant en haussant les frais de commutation ou les frais d'interchange et sur un émetteur en haussant les frais de commutation ou en abaissant les frais d'interchange. Par conséquent, sur le plan pratique, cela n'a pas beaucoup de sens, au moment de définir les marchés de produits dans l'industrie, d'examiner soit les frais de commutation soit les frais d'interchange pris isolément (même si le réseau, au bout du compte, ne garde pas les frais d'interchange). »

Vous voyez tout ça?

M. CHURCH : Oui.

M. FANAKI : Et, par ailleurs, vous n'avez aucune raison de ne pas convenir que lorsque le département de la Justice des États-Unis s'est penché sur la définition du marché pertinent, il a jugé que le prix pertinent était la somme des frais de réseau et des frais d'interchange et non uniquement les frais de réseau?

M. CHURCH : C'est ce que le département dit avoir fait. Je souhaiterais simplement ajouter un commentaire à cet égard.

Je crois que la distinction à faire ici est que lorsqu'on pense à la marge de profit, on devrait utiliser la somme qui revient au fournisseur, qui ne comprend pas les frais d'interchange.

Mais lorsqu'on pense à l'élasticité de la demande et l'ampleur de l'évolution de la demande par suite de la hausse du prix, la hausse de prix, comme le donne à penser ce paragraphe, devrait être celle imposée au consommateur de ce côté.

Dans notre analyse de marché biface, le prix total de l'ensemble du réseau est divisé entre les deux côtés. Si l'on augmente le prix de l'ensemble du réseau de 5 %, on se retrouve encore à devoir le diviser entre les deux côtés. Et la littérature – la littérature économique et non l'*Antitrust Law Journal*, dont les auteurs sont des avocats – explique comment s'y prendre : on augmente le prix de 5 %, ensuite on le répartit entre les deux côtés en fonction de leur élasticité relative, selon les hausses de prix imposées.

Il ne faut pas penser, selon moi, qu'il y a en fait deux prix en vigueur. Le prix marginal est le prix pertinent pour... il s'agit simplement des frais d'accès au réseau, et de dire quels sont les effets en termes de maximisation des bénéfices.

La modification du prix demandé aux émetteurs et aux acquéreurs est la modification de leur prix respectif, comme ce paragraphe le donne à penser.

Alors cette distinction que vous tentez d'établir entre les approches monoface et biface, il est peu probable qu'elle existe à mon avis. Si l'approche du marché

monoface est prise correctement, elle donnera presque la même réponse, voire la même réponse, que l'approche du marché biface.

[Notre soulignement.]

[201] M. Church laisse entendre qu'une autre façon d'appliquer le critère du monopoleur hypothétique à un seul côté de la plateforme serait d'appliquer la SSNIP aux frais de réseau de l'acquéreur. Cette façon de faire a le mérite de tenir compte du prix qui est bel et bien demandé aux acquéreurs par le réseau de cartes de crédit monopoleur hypothétique. L'ennui, comme nous le verrons ci-après plus en détail, c'est que l'application d'une SSNIP aux frais de réseau de l'acquéreur se traduit par une hausse minuscule en pourcentage des frais de l'acquéreur.

[202] Les différences entre MM. Church et Winter peuvent être dégagées des frais de l'acquéreur et des frais de réseau de l'acquéreur que supposent à titre d'exemple tant M. Winter dans ses rapports que M. Church dans le sien. Ce sont des frais de l'acquéreur de 200 points de base, soit des frais de réseau de l'acquéreur de 5 points de base et des frais d'interchange de 195 points de base. Selon la méthode de M. Winter, une SSNIP de 5 % des frais de l'acquéreur équivaudrait à 10 points de base, ce qui nécessiterait une hausse de 200 % des frais de réseau de l'acquéreur. Selon la méthode de M. Church, une SSNIP de 5 % des frais de réseau de l'acquéreur équivaudrait à $\frac{1}{4}$ de point de base ou à une hausse de un huitième de 1 % des frais de l'acquéreur. La commissaire soutient qu'un tel pourcentage de hausse de prix ne se ferait, pour ainsi dire, aucunement sentir, ce qui ne ferait donc pas fluctuer la demande. Le Tribunal en convient.

[203] M. Church laisse aussi entendre que dans le cas où une SSNIP est appliquée aux frais de l'acquéreur, il serait plus approprié de supposer que le réseau ne reçoit qu'une part proportionnelle ($\frac{5}{200}$) de cette hausse, le reste allant aux émetteurs. Le Tribunal n'est pas convaincu qu'il soit préférable de supposer qu'un réseau monopoleur hypothétique qui hausserait les frais de l'acquéreur de 10 points de base ne garderait que 0,25 point de base pour lui-même plutôt que de tout garder.

[204] Étant donné que l'application de la SSNIP aux frais de réseau de l'acquéreur donnerait selon toute vraisemblance la même définition du marché de produits pertinent que celle proposée par la commissaire, et vu que M. Church semble avoir accepté l'approche de M. Winter selon laquelle la SSNIP, dans les frais de l'acquéreur, est attribuable à une hausse des frais de réseau de l'acquéreur, le Tribunal accepte aussi la méthode de M. Winter.

Application du critère du monopoleur hypothétique

[205] Aux fins de l'application du critère, les constatations du Tribunal sont que 1) le critère peut être appliqué au côté de la plateforme qui, dans le réseau de cartes de crédit, est lié à l'acceptation des cartes, à condition que soient pris en considération l'interdépendance de la demande et les effets de rétroaction entre les deux côtés de la plateforme, 2) le marché de produits potentiel devrait être un marché où les défenderesses livrent concurrence, soit celui de la fourniture de services de réseau de cartes de crédit aux acquéreurs, et 3) la SSNIP devrait être appliquée aux frais de l'acquéreur, mais elle est supposée être entièrement attribuable à une hausse des frais de réseau de l'acquéreur.

[206] Le critère du monopoleur hypothétique pourrait définir trop largement le marché pertinent en présence de ce qu'on appelle le sophisme de la cellophane. Ce sophisme peut mener à une définition trop large du marché si le prix auquel la SSNIP est appliquée est déjà supérieur au prix concurrentiel. Dans le cas qui nous intéresse, le monopoleur hypothétique pourrait trouver qu'une hausse supplémentaire n'est pas rentable, ce qui pourrait mener à la conclusion erronée que le marché pertinent est plus large. Selon la commissaire, les frais de l'acquéreur en vigueur sont déjà supérieurs au prix concurrentiel, si bien qu'un réseau de cartes de crédit monopoleur hypothétique qui trouve rentable d'appliquer une SSNIP aux frais de l'acquéreur en vigueur trouverait aussi rentable de hausser les frais de l'acquéreur au-delà du prix concurrentiel de plus d'une SSNIP. La commissaire considère que son critère de monopoleur hypothétique est prudent en ce sens qu'il penche en faveur de la définition élargie du marché défendue par les défenderesses. Le Tribunal accepte que, dans la mesure où les frais de l'acquéreur en vigueur sont supérieurs au prix concurrentiel, la conclusion de la commissaire selon laquelle la fourniture de services de réseau de cartes de crédit aux acquéreurs est un marché de produits pertinent est corroborée.

[207] Aux fins de l'application du critère de monopoleur hypothétique, nous continuerons d'utiliser le « prix » du produit potentiel utilisé à titre d'exemple tant par M. Winter dans ses rapports que par M. Church dans le sien. Ce sont des frais de l'acquéreur de 200 points de base, soit des frais de réseau de l'acquéreur de 5 points de base et des frais d'interchange de 195 points de base. Les experts des défenderesses, aux fins de leur réponse, semblent avoir accepté ce chiffre.

[208] Une SSNIP de 5 % du prix du produit potentiel équivaldrait à 10 points de base ($200 \times 0,05$), et on pourrait réaliser cette hausse de prix en augmentant les frais de réseau de l'acquéreur de 10 points de base (200 %) tout en maintenant constants les frais d'interchange. Ainsi, les exigences d'un critère adéquat du monopoleur hypothétique seraient satisfaites en ce sens que le produit de la SSNIP revient entièrement au réseau de cartes de crédit monopoleur hypothétique. Le prix du produit potentiel serait augmenté de 5 %, et les revenus supplémentaires provenant de cette hausse de prix reviendraient entièrement au réseau de cartes de crédit monopoleur hypothétique. Nous devons déterminer ce que feraient les acquéreurs face à une hausse de 10 points de base des frais de l'acquéreur.

[209] La preuve établit que les acquéreurs, selon toute vraisemblance, transmettraient la hausse de 10 points de base des frais de l'acquéreur en imposant des frais d'acceptation des cartes plus élevés. Selon la façon dont les acquéreurs déterminent leurs prix, cette hausse pourrait se traduire par une augmentation de 5 %, ou moins, des frais d'acceptation des cartes. Selon le Tribunal, toute différence ne serait pas suffisante pour modifier le résultat de l'application du critère.

[210] Le critère du monopoleur hypothétique permet de vérifier si la substitution du produit potentiel par un autre produit par suite d'une SSNIP serait telle que la SSNIP ne serait pas rentable, ou si une hausse plus modeste serait plus rentable. Tentant de donner une idée générale de la perte de volume des opérations, en pourcentage, qu'un monopoleur hypothétique devrait subir avant qu'une SSNIP devienne non rentable, M. Winter a estimé ce qu'on appelle la perte de ventes critique selon le critère de la rentabilité (PVCCR). La PVCCR est la perte de ventes découlant d'une SSNIP et rendant celle-ci non rentable. Selon les calculs de M. Winter, une

hausse de 5 % des frais de l'acquéreur serait non rentable uniquement si le volume des opérations par carte de crédit, en dollars, chutait de plus de 50 %. Il est d'avis que pour les motifs énoncés ci-après, une hausse de 5 % des frais de l'acquéreur (transmis par les acquéreurs aux commerçants) ne se traduirait pas par une baisse aussi importante de l'acceptation des cartes de crédit. Par conséquent, une SSNIP serait rentable, et le marché de produits pertinent n'est pas plus grand que celui des services de réseau de cartes de crédit offerts aux acquéreurs.

[211] Les défenderesses, MarterCard en particulier, réfutent l'utilisation du critère de la PVCCR par M. Winter. Elles invoquent le témoignage de M. Church pour étayer leur argument. Elles divergent d'opinion sur trois points principaux. Tout d'abord, M. Winter ne tient pas compte du côté de la plateforme des titulaires de carte lorsqu'il applique le critère. Ensuite, il n'estime pas correctement la PVCCR. Enfin, le critère de la PVCCR n'est pas celui qu'il convient d'utiliser.

[212] Pour ce qui est de l'application du critère du monopoleur hypothétique à un seul côté d'une plateforme biface, le Tribunal a déjà déterminé qu'il est possible le faire à condition que soient pris en compte l'interdépendance de la demande et les effets de rétroaction entre les deux côtés de la plateforme.

[213] Dans son estimation de la PVCCR, M. Winter recourt à des valeurs approximatives des frais de l'acquéreur, des frais de réseau de l'acquéreur et de l'émetteur et de la marge sur coûts variables du réseau pour montrer les différences entre M. Church et lui-même. Le Tribunal estime que l'utilisation d'approximations n'a pas d'incidence véritable. M. Winter suppose que les frais de l'acquéreur en vigueur sont de 200 points de base. La SSNIP appliquée aux frais de l'acquéreur est donc de 10 points de base. Comme le prévoit le critère, M. Winter suppose que cette hausse de 10 points de base des frais de l'acquéreur revient entièrement au réseau monopoleur hypothétique. Il suppose que la marge sur coûts variables du réseau est inférieure à 10 points de base. Compte tenu d'une marge brute initiale inférieure à 10 points de base et d'une hausse de 10 points de base des frais de l'acquéreur (laquelle est gardée entièrement par le réseau de cartes de crédit), la marge brute du réseau augmente de plus du double. Cette hausse des frais serait alors non rentable uniquement si le volume des opérations par carte de crédit, en dollars, chutait de plus de 50 %.

[214] M. Winter arrive aussi à la même conclusion en utilisant la formule de la PVCCR qui figure dans un manuel dont M. Church est coauteur³. M. Winter suppose que la somme des frais de réseau de l'acquéreur et des frais de réseau de l'émetteur est de 12 points de base, et que la marge sur coûts variables du réseau sur les frais d'accès au réseau combinés est de [CONFIDENTIEL] ou [CONFIDENTIEL] points de base [CONFIDENTIEL], ce qu'il exprime ensuite comme une marge sur les frais de l'acquéreur. Cette dernière équivaut à [CONFIDENTIEL], que M. Winter arrondit à [CONFIDENTIEL]. L'introduction de cette marge sur coûts variables estimée dans la formule de la PVCCR donne une perte critique de [CONFIDENTIEL] selon le critère de la rentabilité ($PVCCR = (SSNIP)/(SSNIP + MARGE) = [CONFIDENTIEL]$).

[215] Le Tribunal accepte le raisonnement de M. Winter pour ce qui est d'exprimer la marge sur coûts variables du réseau comme une fraction des frais de l'acquéreur aux fins de ce calcul.

[216] MasterCard souligne que la marge de [CONFIDENTIEL] utilisée par M. Winter est une marge sur coûts variables et non une marge de profit. Le Tribunal accepte qu'il s'agit d'une marge sur coûts directs qui montre la fraction des revenus du réseau qui permet de couvrir les coûts fixes et de réaliser un profit. Il n'est pas nécessaire qu'elle implique quoi que ce soit au sujet de la rentabilité du réseau, par exemple, si cette dernière est supérieure à la normale ou non. Toutefois, le Tribunal est aussi d'avis que cette marge est appropriée aux fins du calcul de la PVCCR effectué par M. Winter. Elle montre ce à quoi le monopoleur hypothétique pourrait devoir renoncer au chapitre de la couverture des coûts indirects et de la réalisation d'un bénéfice s'il décide de hausser son prix. Le Tribunal reconnaît aussi que les conclusions de M. Winter seraient renforcées s'il supposait une plus faible marge dans son calcul de la PVCCR.

[217] M. Church laisse entendre qu'il serait plus approprié de supposer que le réseau ne reçoit qu'une part en pourcentage (5/200) de la hausse des frais de l'acquéreur, le reste allant aux émetteurs, ce qui donne une PVCCR de 2,51 %. M. Church affirme qu'il ne va pas de soi que l'acceptation des cartes de crédit par les commerçants ne chuterait pas dans cette proportion par suite d'une hausse de 5 % des frais de l'acquéreur. Comme il a été mentionné précédemment, le Tribunal n'est pas convaincu qu'il est préférable de supposer qu'un réseau monopoleur hypothétique ne hausserait les frais de l'acquéreur de 10 points de base et ne garderait que 0,25 point de base pour lui-même plutôt que de tout garder.

[218] La méthode privilégiée par M. Church consiste à appliquer la SSNIP à la somme des frais de réseau de l'acquéreur et des frais de réseau de l'émetteur, soit les prix qu'impose réellement le réseau monopoleur hypothétique aux acquéreurs et aux émetteurs pour ses services. En supposant une SSNIP de 5 % et une marge sur coûts variables de [CONFIDENTIEL], la formule donne une PVCCR de [CONFIDENTIEL] ($PVCCR = (SSNIP)/(SSNIP + MARGE) = [CONFIDENTIEL]$). Une SSNIP serait non rentable si elle se traduisait par une baisse du volume des opérations par carte de crédit, en dollars, de plus de [CONFIDENTIEL], ce qui est de toute évidence bien plus bas que la PVCCR estimée par M. Winter.

[219] La commissaire soutient que la méthode de M. Church « ne tient tout simplement pas la route » et devrait être rejetée d'emblée. Le Tribunal n'irait pas jusque-là. La commissaire et M. Winter font aussi remarquer, toutefois, qu'une SSNIP appliquée à la somme des frais de réseau de l'acquéreur et des frais de réseau de l'émetteur se traduirait par une hausse minuscule, en pourcentage, des frais de l'acquéreur. En supposant que la somme des frais de réseau de l'acquéreur et des frais de réseau de l'émetteur est d'environ 12 points de base, une hausse de 5 % de cette somme équivaldrait à moins de un point de base (précisément 0,6 point de base).

[220] M. Church laisse entendre que selon la théorie économique des marchés bifaces, le monopoleur hypothétique trouverait alors la façon la plus rentable de répartir cette hausse de 0,6 point de base entre les frais de réseau de l'acquéreur et les frais de réseau de l'émetteur. Même si la hausse est appliquée entièrement aux frais de réseau de l'acquéreur, ce qui les ferait passer de 5 points de base à 5,6 points de base, les frais de l'acquéreur passeraient de 200 points de base à 200,6 points de base seulement (hausse de 0,3 %). On peut difficilement imaginer que les commerçants sourcilent à ce sujet, encore moins que cela se traduirait par une baisse de 5,8 % du volume des opérations par carte de crédit qu'ils acceptent.

[221] Pour ce qui est de savoir si la PVCCR est la façon appropriée d'interpréter le critère du monopoleur hypothétique, le Tribunal convient avec M. Church que la question est en fait de savoir si un monopoleur hypothétique opterait pour une SSNIP dans le but de maximiser ses bénéfices et non si une SSNIP lui ferait tout juste atteindre le seuil de rentabilité. La perte de ventes à laquelle une SSNIP maximiserait les bénéfices du monopoleur hypothétique est moindre que celle à laquelle une SSNIP deviendrait non rentable. On appelle perte critique la perte de ventes à laquelle une SSNIP maximiserait les bénéfices du monopoleur hypothétique. Bien que ni M. Winter ni M. Church ne le fassent, il est possible de calculer la perte critique à l'aide d'une formule figurant dans le manuel dont M. Church est le coauteur⁴.

[222] L'utilisation de cette formule nous fait remarquer que la perte critique selon la méthode de M. Winter est de 33 % et que la perte critique selon la méthode de M. Church est de 5,5 %⁵. Ainsi, suivant la méthode de M. Winter, la hausse des frais de l'acquéreur qui maximiserait les bénéfices du réseau monopoleur hypothétique excéderait 5 % pour des pertes de ventes de moins de 33 %; selon la méthode de M. Church, la hausse des frais de l'acquéreur qui maximiserait les bénéfices du réseau monopoleur hypothétique excéderait 5 % pour des pertes de ventes inférieures à 5,5 %.

[223] M. Winter accepte que la perte critique (c'est-à-dire ce que le monopoleur hypothétique ferait) soit l'approche appropriée pour appliquer le critère du monopoleur hypothétique, mais il affirme que ses conclusions auraient été les mêmes s'il avait utilisé cette approche. Il est d'avis que, compte tenu des pertes vraisemblablement minimales en jeu, la hausse de prix maximisant les bénéfices du réseau de cartes de crédit monopoleur hypothétique ne serait pas inférieure à 5 %, et M. Church n'a rien présenté qui contredise cette affirmation.

[224] Le Tribunal convient qu'il est approprié de se concentrer sur ce que *ferait* le monopoleur hypothétique. Quant à savoir si cela mènerait à des conclusions autres que celles auxquelles est arrivé M. Winter au sujet de la définition du marché de produits pertinent, cela dépend de la réaction probable des commerçants à une hausse de 10 points de base des frais de l'acquéreur, laquelle leur serait transmise sous la forme d'une hausse des frais d'acceptation des cartes.

[225] Nous convenons que l'acceptation des cartes de crédit par les commerçants devrait chuter de façon importante pour qu'une hausse de 10 points de base des frais de l'acquéreur soit non rentable pour un réseau de cartes de crédit monopoleur hypothétique, ou pour qu'une hausse de moins de 10 points de base des frais de l'acquéreur soit plus rentable qu'une hausse de 10 points de base.

[226] Nous nous penchons maintenant sur la preuve portant sur la modification probable de l'acceptation des cartes de crédit par les commerçants par suite d'une hausse de 10 points de base des frais de l'acquéreur, laquelle leur serait transmise sous la forme d'une hausse de 10 points de base des frais d'acceptation des cartes. Les éléments de preuve que nous examinons concernent 1) les caractéristiques distinctes des cartes de crédit comme mode de paiement; 2) les témoignages des commerçants témoins sur la question de savoir s'ils refuseraient d'accepter des cartes de crédit par suite d'une hausse des frais d'acceptation des cartes et 3) la réaction antérieure à des hausses des frais d'acceptation des cartes. Notre évaluation de cette preuve nous mène à conclure qu'en raison des règles à l'intention des commerçants, très peu de commerçants

cesseraient d'accepter des cartes de crédit par suite d'une hausse de 10 points de base des frais d'acceptation des cartes.

[227] Nous convenons avec la commissaire que les cartes de crédit possèdent des caractéristiques distinctes aux yeux des clients des commerçants. Contrairement aux modes de paiement comme les cartes de débit ou les espèces, les cartes de crédit permettent aux titulaires de faire des achats sans puiser immédiatement dans leurs liquidités, et d'étaler le paiement de leurs soldes au fil du temps. Les cartes peuvent servir à faire des achats à distance et offrent aussi une protection contre les opérations frauduleuses. Les titulaires de certaines cartes de crédit reçoivent des points de récompense ou ont d'autres avantages que n'offrent généralement pas les autres modes de paiement.

[228] Les représentants des défenderesses ont reconnu ces caractéristiques distinctes.

[CONFIDENTIEL]

[229] Des notes préparées en vue du témoignage de la présidente de MasterCard devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, en novembre 2010, contiennent ce qui suit :

[TRADUCTION]

Pourquoi les frais d'interchange des cartes de crédit sont-ils si supérieurs à ceux des cartes de débit?

- Parce qu'il s'agit d'opérations complètement différentes.
- Un achat par carte de crédit est un prêt non garanti.
- De plus, une opération par carte de crédit a des caractéristiques que n'a tout simplement pas une opération par carte de débit, comme la surveillance de la fraude, la protection contre la rétrofacturation, la responsabilité zéro, et ainsi de suite.

[230] Par ailleurs, nous avons été saisis d'éléments de preuve concernant la réaction des commerçants canadiens. Lors de leur comparution au nom des commerçants, divers témoins ordinaires ont affirmé qu'il était pratiquement impossible de cesser d'accepter des cartes de crédit, parce que celles-ci sont omniprésentes. M^{me} Li, trésorière de WestJet, a dit que [TRADUCTION] « malgré les coûts, WestJet n'est pas en mesure, sur le plan pratique, de cesser d'accepter les cartes de crédit ».

[231] Le dirigeant principal des services financiers de Sobeys, M. Paul Jewer, a expliqué qu'il est pour ainsi dire impossible pour les détaillants en alimentation de cesser d'accepter les cartes de crédit :

[TRADUCTION]

Malgré les coûts élevés associés aux cartes de crédit, Sobeys et les autres détaillants en alimentation ne peuvent, sur le plan pratique, cesser d'accepter les cartes de crédit Visa ou MasterCard, même si les frais d'acceptation des cartes sont supérieurs aux marges de profit. Les clients s'attendent désormais à ce que leur carte de crédit soit acceptée dans les épiceries.

[232] Les témoignages des représentants d'autres commerçants, comme IKEA, Best Buy et Shoppers Drug Mart, allaient en ce sens. Ces représentants ont aussi affirmé qu'en dépit de la hausse des frais d'acceptation des cartes, ils ont continué d'accepter les cartes de crédit. M^{me} Li a dit que les frais moyens d'acceptation des cartes assumés par WestJet pour les opérations par carte Visa sont passés de [CONFIDENTIEL] en 2007 à [CONFIDENTIEL] en 2011. Pour diminuer les coûts liés à l'acceptation des cartes de crédit, certains commerçants ont conclu des accords d'offre de cartes de crédit comarquées, qui leur permettent souvent de payer des frais d'acceptation moindres.

[233] M. Tim Broughton, copropriétaire d'un restaurant à Toronto, a affirmé que le taux de base pour les opérations par carte de crédit était passé de [CONFIDENTIEL] en avril 2009 à [CONFIDENTIEL] pour une opération par carte Visa, et à [CONFIDENTIEL] pour une opération par carte MasterCard. Il a ajouté que, si l'on tient compte de tous les frais payés à l'acquéreur, le véritable coût de l'acceptation des cartes de crédit pour son restaurant était passé de [CONFIDENTIEL] pour chaque opération par carte de crédit en décembre 2008, à [CONFIDENTIEL] en décembre 2011. Le restaurant a tout de même continué d'accepter les cartes de crédit malgré cette hausse de 25 % sur trois ans.

[234] Le Tribunal use de prudence quant aux conclusions qui peuvent être tirées, aux fins du critère du monopoleur hypothétique, des témoignages des commerçants sur le fait que, par le passé, ils ont continué d'accepter les cartes de crédit malgré des hausses de plus de 10 points de base des frais d'acceptation des cartes. La pertinence de ces observations est restreinte étant donné que ces hausses étaient souvent le fruit d'augmentations des frais d'interchange, qui reviennent aux émetteurs et qui pourraient avoir servi à accroître les avantages des titulaires ou à encourager l'utilisation de cartes de crédit comme mode de paiement. Dans ce cas, nous serions en présence de l'effet combiné d'une SSNIP et d'une hausse de l'attrait pour les cartes de crédit plutôt que de « l'effet seul d'une SSNIP ».

[235] Toutefois, des éléments de preuve ont été présentés eu égard à une « expérience naturelle » où il semble que les caractéristiques des cartes soient maintenues constantes. Certains portefeuilles de cartes de crédit avaient été convertis et désignés « privilèges » par MasterCard, et étaient assortis de frais d'interchange plus élevés. Lorsque ces portefeuilles ont été convertis, cependant, certains titulaires ne se sont pas vu remettre de nouvelles cartes de crédit, et les avantages de certains autres titulaires n'ont pas été modifiés. Dans un courriel d'un employé de MasterCard concernant la possibilité d'une telle conversion, on peut lire ce qui suit :

[TRADUCTION]

« Pour ce qui est des programmes privilèges destinés aux grands consommateurs, il n'y a aucune différence entre les privilèges accordés aux titulaires selon que leur carte est assortie des frais d'interchange des programmes privilèges destinés aux grands consommateurs ou des frais d'interchange de base. La décision d'inscrire les comptes des titulaires à l'ALM et d'assujettir leurs opérations aux frais d'interchange des programmes privilèges destinés aux grands consommateurs repose uniquement sur l'atteinte des seuils de dépenses ou de revenus que nous avons fixés. Aucune autre information n'est communiquée aux titulaires de carte de crédit. [CONFIDENTIEL] »

[236] Dans d'autres courriels échangés en février 2011 entre le directeur des communications de MasterCard et d'autres employés, on peut déduire que la conversion a bel et bien eu lieu :

[TRADUCTION]

Exp. : McLaughlin, Richard

Envoyé : Mercredi 23 février 2011, 16 h 47

Dest. : Sasha Krstic; Krstic, Sasha; Maraschiello, Tony

C.c. : Lapstra, Scott; richard.mclaughlin@mastercard.com

Objet : Rép. : Message à livrer au gouvernement concernant les cartes de crédit privilèges

[...] Il est assez difficile de justifier notre pratique telle qu'elle est décrite. [...]

Exp. : Maraschiello, Tony

Envoyé : Mercredi 23 février 2011, 15 h 54

Dest. : McLaughlin, Richard; Sasha Krstic; Lapstra, Scott

Objet : Rép. : Message à livrer au gouvernement concernant les cartes de crédit privilèges

Merci Richard. Le ministère des Finances voulait initialement recevoir quelque chose au plus tard aujourd'hui, mais j'ai demandé à Betty du groupe de travail si nous pouvions reporter ce délai à lundi.

Je crois que nous convenons tous que notre pratique actuelle pourrait faire l'objet de critiques. Comme ce problème est là pour rester, d'après moi, si nous jouions aussi franc-jeu que possible à ce niveau (ministère des Finances), nous pourrions avoir une meilleure idée des points que le ministère juge épineux et apporter toute modification nécessaire (si possible) avant que le ministre Flaherty nous donne un ultimatum.

[...]

Exp. : Krstic, Sasha

Envoyé : Jeudi 24 février 2011, 9 h 38

Dest. : McTague, Tom

Objet : Rép. : Message à livrer au gouvernement concernant les cartes de crédit privilèges

Bonjour Tom,

Dernières nouvelles... Tony pourrait te demander d'assister à une réunion avec Betty et les autres vendredi pour discuter de notre réponse à une question du gouvernement sur les cartes de crédit privilèges sur le marché. Nous essayons de penser à la façon d'aborder la question des programmes privilèges destinés aux grands consommateurs.

[CONFIDENTIEL].

De nombreux émetteurs le font, **[CONFIDENTIEL]** j'ai cru qu'il serait utile de connaître ton point de vue à la réunion.

[...]

[Notre soulignement.]

[237] Nous soulignons par ailleurs que la présidente de MasterCard n'a pas nié explicitement que la pratique avait eu cours :

[TRADUCTION]

M. THOMSON : [...] D'après tout cela, M^{me} De Vita, je me vois contraint d'aborder ce point avec vous, alors c'est ce que je vais faire, c'est-à-dire que ce qui s'est passé, c'est qu'après 2008, MasterCard a mis en place un programme qui permet d'imposer des frais d'interchange sensiblement plus élevés, payables aux émetteurs, pour les cartes de crédit privilégiées destinées aux grands consommateurs, sans que cela soit mentionné sur la carte, sans qu'une nouvelle carte soit émise, sans que l'émetteur soit tenu de fournir d'autres avantages associés à ces taux supérieurs. Le coût que cela représente finit par être transmis aux commerçants, qui sont pris avec le problème.

Est-ce que vous en convenez? Convenez-vous que c'est ce qui inquiétait les commerçants sur le marché en 2008, 2009, 2010 et 2011, et que c'est qui a entraîné le risque d'une intervention réglementaire, n'est-ce pas?

M^{ME} DE VITA : Eh bien, vous savez... franchement, je pense que ce n'est qu'un côté de la médaille. Je ne crois pas que cela touche la question de la conformité au code de conduite, eu égard au fait que ces titulaires ont dépensé plus que le niveau associé à une carte ordinaire. Donc, soit ces personnes dépensaient [CONFIDENTIEL] par année, soit leur revenu était supérieur au seuil.

C'est ce qui se faisait à l'époque – en conformité avec le code de conduite.

Au début de mon mandat comme présidente, nous avons examiné la pratique. Nous avons apporté des changements, et les problèmes liés à la transparence et à l'attribution de signes distinctifs seront réglés.

[238] Malgré ces changements, le nombre de commerçants qui acceptent les cartes de crédit MasterCard a continué de croître. Cette situation montre que les commerçants, dans un monde où les avantages offerts aux titulaires de carte restent les mêmes, ont continué d'accepter les cartes de crédit malgré une hausse des frais d'acceptation des cartes de crédit par suite d'une hausse des frais d'interchange. Les commerçants qui ont témoigné ont aussi souligné qu'ils n'avaient d'autre choix que de continuer d'accepter les cartes de crédit.

[239] M. Frankel fait aussi état des résultats de ce qu'il désigne comme une expérience naturelle qui a eu lieu lorsque les cartes de débit Interac ont été lancées en 1994. Il soutient que si ces cartes avaient été des substituts proches des cartes de crédit, on aurait pu s'attendre à ce Visa et MasterCard réduisent leurs frais d'interchange pour concurrencer ceux d'Interac, de beaucoup inférieurs, sauf qu'elles ont plutôt continué de les augmenter. Un des problèmes que pose ce type de preuve est que nous ne connaissons pas la situation hypothétique contraire, à savoir si les frais d'interchange de Visa et de MasterCard auraient pu croître encore plus rapidement en l'absence de concurrence de la part d'Interac. Un autre problème est que Visa et MasterCard pourraient aussi avoir réagi à l'arrivée d'Interac en réduisant les frais des titulaires des cartes de crédit ou en

augmentant leurs récompenses, ou les deux. Par conséquent, nous n'accordons aucun poids à cette expérience.

[240] Compte tenu de ce qui précède, nous convenons avec la commissaire qu'initialement, peu de commerçants, voire aucun, réagiraient à la SSNIP envisagée en refusant d'accepter les cartes de crédit du monopoleur hypothétique. Nous devons maintenant nous pencher sur la question de savoir si cette preuve tient correctement compte de l'interdépendance de la demande entre les deux côtés de la plateforme et des effets de rétroaction qui s'ensuivent.

[241] Dans la mesure où la SSNIP réduit le nombre de commerçants qui acceptent la ou les cartes de crédit du monopoleur hypothétique, les cartes de crédit deviennent moins intéressantes pour les consommateurs comme mode de paiement. Dans la mesure où les titulaires actuels ou éventuels de carte de crédit adoptent d'autres modes de paiement (carte de débit, espèces, chèques), la demande des acquéreurs à l'égard des services de réseau de cartes de crédit du monopoleur hypothétique diminue. C'est ce qu'on appelle un effet de rétroaction entre les deux côtés de la plateforme.

[242] Une série d'effets de rétroaction peut se produire. Tout d'abord, certains consommateurs réagissent au nombre inférieur initial de commerçants qui acceptent les cartes de crédit du monopoleur hypothétique en adoptant d'autres modes de paiement. Cette réaction influe sur le côté de plateforme liée aux commerçants, où d'autres commerçants réagissent au nombre décroissant de consommateurs titulaires de carte de crédit du monopoleur hypothétique en cessant d'accepter ces cartes, ce qui incitera ensuite d'autres consommateurs à ne plus être titulaires de ces cartes étant donné le moins grand nombre de commerçants qui les acceptent.

[243] Les effets de rétroaction peuvent se perpétuer, diminuant sans cesse en importance jusqu'à ce qu'ils deviennent infinitésimaux. Il en résultera un nouvel équilibre de la demande des services de réseau de cartes de crédit du monopoleur hypothétique. Cette demande est inférieure à ce qu'elle serait si seule la réaction initiale des commerçants était prise en considération. Ainsi, bien qu'une SSNIP puisse être rentable si seule la réaction initiale des commerçants est prise en considération, elle pourrait ne pas l'être après inclusion des effets de rétroaction. En effet, si les effets de rétroaction successifs ne deviennent pas de plus en plus petits, il s'ensuivra un « cercle infernal » dans lequel la SSNIP réduirait à néant le chiffre d'affaires du réseau de cartes de crédit monopoleur hypothétique.

[244] M. Carlton a reconnu que, sur le plan conceptuel, il faut prendre en considération les effets de rétroaction entre les deux côtés de la plateforme, ce qu'il a fait selon ses dires, quoique comme les défenderesses le font remarquer, il n'en fait pas mention dans son rapport. Toutefois, la commissaire fait valoir que, comme les commerçants [TRADUCTION] « n'auraient d'autre choix que de continuer à accepter les cartes de crédit si une SSNIP leur était transmise sous la forme de frais d'acceptation des cartes de crédit plus élevés, [TRADUCTION] « peu de commerçants, voire aucun », réagiraient en refusant d'accepter les cartes de crédit. Vu la réaction minimale initiale des commerçants à la SSNIP, tout effet de rétroaction entre les deux côtés de la plateforme serait aussi très faible, c'est-à-dire que si peu de commerçants, voire aucun, réagissaient à la SSNIP en cessant d'accepter les cartes de crédit, ces dernières ne deviendraient pas moins intéressantes pour les consommateurs comme mode de paiement. L'effet sur la demande entre les deux côtés de la plateforme serait donc minime et il n'y aurait plus d'effet de rétroaction. Par conséquent,

sur le plan pratique, l'interdépendance de la demande entre les deux côtés de la plateforme peut être ignorée.

[245] Nous concluons que les effets entre les deux côtés de la plateforme seront minimes, de sorte que l'effet ultime de la SSNIP envisagée sur le volume des opérations par carte de crédit devrait être très faible. Cette situation implique que la SSNIP envisagée serait rentable et qu'une hausse plus importante, en pourcentage, des frais de l'acquéreur pourrait même être plus rentable encore. Cette situation implique en outre que le marché de produits pertinent n'est pas plus grand que celui du produit potentiel, soit celui de la fourniture de services de réseau de cartes de crédit aux acquéreurs, et le Tribunal en convient.

[246] Nous nous penchons maintenant sur la question de savoir si chacune des défenderesses exerce un pouvoir de marché unilatéral sur le marché des services de réseau de cartes de crédit vendus aux acquéreurs.

(5) Évaluation du pouvoir de marché

(a) Aperçu des observations des parties

[247] La commissaire soutient que Visa et MasterCard exercent chacune un pouvoir dominant sur le marché pertinent, et elle se fonde à cet égard sur les indicateurs suivants :

- Visa et MasterCard ont toutes deux été en mesure de hausser les prix à un niveau supérieur au prix concurrentiel et de maintenir ces hausses de prix sans subir de baisse importante du volume des opérations.
- Les prix établis par Visa et MasterCard ne sont pas liés aux coûts et visent à tirer profit le plus possible de la « volonté de payer » du commerçant.
- Visa et MasterCard ont toutes deux pratiqué une forte discrimination par les prix en établissant des frais qui varient sensiblement en fonction de la catégorie de commerçants ainsi que selon l'importance et le type d'opération.
- La principale contrainte frappant les prix pratiqués par Visa et MasterCard n'est pas la concurrence sur le marché pertinent, mais le risque d'imposition d'une mesure réglementaire qui limiterait les frais d'interchange.
- Visa et MasterCard accaparent toutes deux une part importante du marché, très concentré, de la fourniture de services de réseau de cartes de crédit.
- Les marges de profit de Visa et de MasterCard sont très élevées.
- Les entraves à l'accès au marché pertinent pour la fourniture de services de réseau de cartes de crédit sont très importantes, comme en témoigne le fait qu'aucun nouveau fournisseur n'est entré sur ce marché au Canada depuis au moins 25 ans.

[248] La défenderesse Visa prétend que l'analyse que fait la commissaire du pouvoir de marché est lacunaire, et elle soulève en particulier les points suivants :

- Les hausses des frais d'acceptation imposées aux commerçants et auxquelles la commissaire fait référence ne constituent pas une preuve du pouvoir de marché – en

- particulier, vu le caractère distinct de l'industrie (plateforme biface), ces hausses ne peuvent être examinées isolément.
- Les frais d'interchange ne génèrent pas de revenus directs pour Visa et MasterCard, c'est pourquoi il serait erroné, d'un point de vue économique, de se fonder sur les hausses des frais d'interchange comme preuve du pouvoir de marché; Visa et MasterCard n'ont aucun intérêt à ce que ces frais soient supérieurs ou inférieurs, pourvu qu'ils maximisent le volume des opérations sur le réseau.
 - Aucun élément de preuve n'établit que les marges de Visa ont augmenté sans interruption au fil du temps; aucune analyse ne permet non plus de déterminer si ces marges ont servi à financer des investissements dans l'infrastructure, la recherche-développement ou l'innovation.
 - Les parts de marché de Visa et de MasterCard devraient être examinées séparément.
 - Visa et MasterCard se livrent une concurrence vive et elles doivent faire face à d'importants obstacles concurrentiels posés par d'autres entreprises comme American Express et Interac. Elles subissent de formidables pressions pour demeurer concurrentielles compte tenu des progrès technologiques réalisés par de nouveaux venus ou des exploitants potentiels (p. ex. PayPal, Microsoft, entreprises de téléphonie cellulaire, etc.).

[249] La défenderesse MasterCard fait siennes les observations de Visa et souligne que, comme chaque défenderesse doit être examinée séparément pour que soit déterminé si chacune exerce un pouvoir de marché, la part de 30 % du volume des opérations sur le marché des services de réseau de cartes de crédit attribuée par la commissaire à MasterCard n'est pas suffisante pour indiquer un pouvoir de marché unilatéral, surtout en l'absence de preuve d'entraves à l'accès pour de nouveaux venus ou d'obstacles à l'expansion.

[250] En ce qui concerne les entraves à l'accès, MasterCard soutient que Discover et Interac sont deux nouveaux venus potentiels dans l'industrie des cartes de crédit et que des éléments de preuve témoignent du rythme accéléré de la concurrence provenant des nouvelles technologies, principalement la technologie de paiement par téléphone cellulaire. Elle souligne que l'entrée récente de PayPal sur le marché canadien est une autre preuve de la dynamique du marché.

(b) Analyse

[251] Une entreprise qui exerce un « pouvoir de marché » est une entreprise qui a la « capacité de maintenir les prix de façon rentable au-dessus du niveau concurrentiel ou de diminuer les niveaux de concurrence hors prix (le service, la qualité ou l'innovation, par exemple) sur une période significative au plan économique » (CCS, par. 371).

[252] Dans la décision *Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, 40 C.P.R. (3d) 289, le Tribunal a fait les observations suivantes sur le pouvoir de marché (p. 325) :

Afin de déterminer si une entreprise exerce un contrôle sensible ou complet dans un marché, il faut se demander si l'entreprise justifie, au plan économique, d'une puissance commerciale. Dans une perspective économique, puissance commerciale s'entend de la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux

concurrentiels sans toutefois que cela ne se répercute sur ses ventes et ainsi rende la pratique d'un tel prix non rentable pour l'entreprise. Il s'agit de la *capacité* de réaliser des superprofits en réduisant la production et en exigeant un prix plus élevé que le prix concurrentiel pour un produit. Tel qu'indiqué par le Tribunal dans la décision qu'il a rendue dans l'affaire *NutraSweet* :

[...] « puissance commerciale » [...] [est interprétée] généralement comme signifiant la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels pendant une longue période. [Notre soulignement]

Il est également mentionné ce qui suit dans la décision rendue dans l'affaire *NutraSweet* :

Cette approche théorique [la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels] est valable, mais elle n'est pas facilement applicable; il faut habituellement tenir compte des indicateurs de la puissance commerciale, comme la part du marché et les obstacles posés à l'accès au marché. Les facteurs particuliers qui devront être pris en compte pour évaluer le contrôle ou la puissance commerciale varieront dans chaque cas.

Il s'avère possible de conclure *prima facie* qu'une entreprise justifie fort probablement d'une puissance commerciale en se fondant sur la part du marché pertinent qu'elle détient. Si la part du marché détenue par l'entreprise est très grande, il y a fort à parier qu'elle justifie d'une puissance commerciale. Cependant, il faut également tenir compte d'autres facteurs, par exemple, du nombre de concurrents dans le marché et de leur part du marché respective, de la capacité excédentaire des entreprises oeuvrant dans le marché, et de la facilité avec laquelle une nouvelle entreprise peut s'établir à titre de concurrent dans un marché.

[...]

La part du marché détenue par une entreprise ne constitue qu'une indication *prima facie* de la puissance commerciale d'une entreprise. Tel que mentionné précédemment, il faut tenir compte également d'autres facteurs, dont les obstacles à l'entrée dans le marché : dans quelle mesure une entreprise peut-elle facilement se lancer en affaires dans l'un des marchés en cause et s'y tailler une place à titre de concurrent viable? Le terme « entrée », pour les économistes, dans le contexte de l'expression « obstacles à l'entrée dans le marché », est un terme consacré qui revêt également une connotation de pérennité. Par conséquent, dans les présentes, c'est dans cette perspective que l'on utilisera le terme « entrée ». Par ailleurs, les expressions connexes, par exemple, « faire son entrée dans le marché » ou « nouvelle entreprise faisant son entrée dans le marché » auront le sens qu'on leur attribue dans le langage courant, c'est-à-dire « commencer » ou « se lancer ».

[253] S'agissant de la part du marché, le Tribunal a dit dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. Hillstown Holdings (Canada) Ltd.*, 41 C.P.R. (3d) 289, que « la part du marché n'est pas nécessairement un indicateur fiable de la puissance

commerciale d'une firme » et qu'en tant qu'indice de cette puissance, elle peut en effet la surévaluer ou la sous-évaluer (p. 318).

[254] En l'espèce, les parties conviennent que la question à trancher est celle de savoir si Visa et MasterCard exercent chacune un pouvoir de marché de façon unilatérale. Il n'est pas allégué que les défenderesses ont exercé conjointement un pouvoir de marché.

[255] Visa et MasterCard exercent chacune un pouvoir de marché en ce sens que leur comportement diffère de celui de l'entreprise parfaitement concurrentielle décrite dans les ouvrages de référence. Leurs produits se distinguent. Elles ont toutes deux le pouvoir d'établir les prix à leur discrétion (frais de réseau et frais d'interchange par défaut) plutôt que de devoir composer avec les prix du marché. [CONFIDENTIEL]. Comme le souligne la commissaire, elles imposent des marges bénéficiaires différentes aux différentes catégories de clients en fonction de la volonté de payer de ces derniers, ce qui constitue une forme de discrimination par les prix.

[256] Monsieur Elzinga fait remarquer que, dans les marchés où les produits sont différenciés, plusieurs entreprises ont le pouvoir d'établir les prix. M. Winter reconnaît que de nombreux marchés sont définis comme étant concurrentiels par les économistes, ce qui suppose que les prix dépassent considérablement les frais d'exploitation. La commissaire et les experts qui ont témoigné pour son compte soutiennent que les choses ne sont pas aussi simples.

[257] La commissaire présente des éléments de preuve indiquant que Visa et MasterCard ont des marges d'exploitation et des marges sur coûts variables qui, respectivement, lorsqu'elles sont exprimées sous la forme d'un pourcentage des recettes, excèdent largement la marge des bénéficiaires comptables que le Tribunal a considérée dans la décision *Canada Loi sur la concurrence : Directeur des enquêtes et recherches c. Télé-Direct*, 73 C.P.R. (3d) 1, comme étant « extrêmement forte ». Les faits dans l'affaire *Télé-Direct* semblent être différents de ceux de l'espèce. À cet égard, MasterCard souligne le fait que sa marge sur coûts variables est ce qui lui permet de couvrir les coûts fixes et réaliser un profit.

[258] Le Tribunal reconnaît que, si une marge brute ou une marge sur coûts variables élevée est un indicateur de la capacité d'établir et de maintenir des prix supérieurs au coût marginal, cela ne signifie pas nécessairement que les prix imposés par l'un ou l'autre des réseaux dépassent le coût moyen, augmenté d'une marge bénéficiaire normale, enregistré par chacun d'eux. La présence de profits supérieurs à la normale (appelés les « profits économiques ») sur une période prolongée peut être un indicateur du pouvoir de marché, mais le Tribunal ne semble disposer d'aucun élément de preuve lui permettant de savoir si Visa ou MasterCard profite de façon régulière d'un taux de rendement sur l'investissement supérieur à la normale.

[259] Du point de vue de la structure du marché, les défenderesses sont les deux seuls fournisseurs dans le marché en amont qui fournissent des services de réseau de cartes de crédit aux acquéreurs. Contrairement aux défenderesses, American Express joue le rôle de l'acquéreur auprès des commerçants. American Express conclut avec les acquéreurs des contrats d'acheminement qui leur permettent d'offrir la fonctionnalité American Express sur leurs terminaux. Les acquéreurs ne jouent cependant aucun rôle dans l'autorisation de la carte du titulaire, le règlement final ou l'établissement par les commerçants des factures relatives aux

opérations par carte American Express. Compte tenu de cette intégration verticale, American Express ne saurait être considérée comme un participant dans le marché des services de réseau de cartes de crédit fournis aux acquéreurs. Bien sûr, American Express fait concurrence aux acquéreurs de Visa et de MasterCard dans le marché en aval pour les services d'acceptation des cartes de crédit vendus aux commerçants.

[260] Le marché de produits pertinent défini par la commissaire est un duopole de produit différencié où l'un des duopoleurs, Visa, détient les deux tiers du marché, et l'autre, MasterCard, détient le reste. De toute évidence, il s'agit d'un marché très concentré.

[261] La différenciation de produit (stratégie de marque) signifie que les réseaux de Visa et de MasterCard ne sont pas des substituts parfaits, en ce sens que les défenderesses pourraient échapper dans une certaine mesure à la lutte des prix qu'elles se livrent entre elles, et ce, même en l'absence des règles à l'intention des commerçants. Visa et MasterCard pourraient jouir d'une plus grande liberté d'établir les prix si les titulaires de carte n'utilisaient la carte que d'une seule d'entre elles. Dans un tel cas, chaque réseau contrôlerait l'accès aux données de ses titulaires de carte et, compte tenu des règles actuelles à l'intention des commerçants, il pourrait offrir ces données à chaque commerçant selon le principe du tout ou rien.

[262] L'épisode de « l'écart des frais d'interchange » est un exemple du pouvoir discrétionnaire d'établir les prix dont jouit MasterCard, alors que celle-ci a pu augmenter ses frais d'interchange et du même coup ses frais de l'acquéreur, contrairement à Visa, le tout apparemment sans perdre de part du marché.

[263] Bien qu'un certain nombre de facteurs contribuent à atténuer la pression de la concurrence exercée sur les défenderesses pour que chacune d'elles impose des frais à l'acquéreur moins élevés que l'autre, M. Carlton souligne que la concurrence des prix permet toujours de maintenir les frais de l'acquéreur sous le niveau que fixerait un monopoleur, ce qui oblige les défenderesses à « laisser de l'argent sur la table ».

[264] Dans le secteur des services de réseau de cartes de crédit, les entraves à l'accès au marché doivent être considérées comme importantes. Il faut beaucoup de capital, le seuil de viabilité est élevé compte tenu de la taille du marché, et le problème de « l'œuf ou la poule » (c.à-d. convaincre les commerçants d'accepter une carte détenue par peu de consommateurs et convaincre les consommateurs de se procurer une carte que peu de commerçants acceptent) signifie que le seuil de rentabilité pourrait être long à atteindre. En gros, cela veut dire d'importants coûts d'entrée fixes irrécupérables et un investissement non recouvrable si l'entrée sur le marché n'est pas réussie. S'agissant du seuil de viabilité, M. Frankel cite un document dans lequel MasterCard mentionne que sa carte ne serait pas viable dans un marché national où elle détiendrait une part de marché inférieure à 35 pour cent :

[TRADUCTION] En 1998, alors que la dualité n'existait pas au Canada (c.-à-d. que les banques pouvaient délivrer des cartes MasterCard ou Visa, mais pas les deux), MasterCard craignait que par suite de la fusion proposée de la Banque Royale et de la Banque de Montréal (« BMO »), le plus important émetteur de cartes MasterCard (soit BMO) ne devienne un émetteur de cartes Visa. MasterCard a expliqué que cette fusion entraînerait une diminution du marché au Canada et

qu'au sein de ce marché, « [elle] prévoit que, sur une courte période, il y aura une érosion de sa position, jusqu'à ce qu'elle détienne environ 7 % du marché et Visa, 93 %. À ce niveau de participation dans le marché MasterCard ne serait plus un concurrent viable ». En fait, MasterCard a alors révélé que son « conseil d'administration [avait] déterminé qu'à long terme, la carte ne serait pas viable dans un marché avec une part inférieure à 35 % ».

[265] S'agissant de la concurrence que pourraient entraîner les nouvelles technologies de paiement, le Tribunal reconnaît que les instruments de paiement électroniques ont évolué et que la concurrence pousse les défenderesses à investir dans la modernisation technologique. La preuve produite par ces dernières ne permet cependant pas de conclure que les nouvelles technologies de paiement présentent pour elles une menace sur le plan de la concurrence.

[266] Compte tenu des considérations comportementales et structurales qui précèdent, le Tribunal estime qu'avec environ les deux tiers du marché pertinent, Visa a un pouvoir de marché unilatéral.

[267] Compte tenu de la part (un tiers) du marché pertinent qu'elle détient et du fait qu'elle semble s'inquiéter de ce qu'une telle part soit suffisante pour assurer sa viabilité à long terme, on pourrait penser que MasterCard est dans une situation différente. Il est vrai que le document intitulé « Fusions –Lignes directrices pour l'application de la loi » précise qu'une part de marché inférieure à 35 % ne soulève habituellement pas de préoccupations en lien avec l'exercice unilatéral du pouvoir de marché, mais cela ne signifie pas que ce n'est jamais le cas. Considérant le pouvoir d'établissement des prix dont jouit MasterCard, les marges bénéficiaires qu'elle dégage et l'importance des obstacles à l'entrée, le Tribunal conclut que MasterCard exerce aussi un pouvoir de marché dans le marché pertinent.

[268] Nous examinerons maintenant si Visa et MasterCard ont, directement ou indirectement, soit par entente ou quelque autre moyen semblable, fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix auquel un acquéreur ou toute personne qui le reçoit pour le revendre fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada. Nous supposons que les acquéreurs revendent les services de réseau de cartes de crédit aux commerçants.

(6) Preuve relative à l'exigence selon laquelle chaque défenderesse doit avoir fait monter le prix

[269] Dans une affaire type de maintien des prix, l'analyse de la question de savoir si une personne a fait monter les prix est plutôt simple. Par exemple, un fabricant fixe un prix minimum auquel les détaillants doivent vendre le produit. Ce prix est supérieur à celui auquel les détaillants vendraient le produit, ce qui signifie que le fabricant a directement fait monter le prix de revente. Cela empêche nécessairement les revendeurs du produit de se faire concurrence en établissant un prix inférieur au prix minimum énoncé. Bien que le maintien des prix de revente ait pour effet de réduire la concurrence intra-marque en aval, il peut inciter les revendeurs à se livrer à des pratiques de concurrence inter-marques sur des aspects autres que les prix et ainsi faire augmenter la demande. Dans un tel cas, il y aurait une incidence à la hausse sur les prix, mais aucun effet négatif sur la concurrence. Cependant, dans certaines circonstances, le maintien des prix de revente peut avoir pour effet de réduire la concurrence intra-marque et inter-marques et du coup de faire diminuer la demande. Il y aurait donc une incidence à la hausse sur les prix et un effet négatif sur la concurrence.

[270] En l'espèce, cependant, la commissaire prétend que les règles à l'intention des commerçants ont pour effet de faire monter le prix auquel les acquéreurs revendent les services de réseau de cartes de crédit. Selon elle, sans ces règles, le prix auquel les défenderesses vendraient leurs services de réseau de cartes de crédit aux acquéreurs (les frais de l'acquéreur) et le prix auquel les services seraient ensuite revendus aux commerçants par les acquéreurs (les frais d'acceptation des cartes) seraient plus bas.

[271] Compte tenu de la thèse défendue par la commissaire, le Tribunal est appelé, en application de l'alinéa 76(1)a), à déterminer si les règles à l'intention des commerçants ont eu pour effet de faire monter les frais de l'acquéreur et les frais d'acceptation des cartes. Passons d'abord à la question de savoir si la règle de non-imposition de frais supplémentaires a fait monter ces frais.

(a) La règle de non-imposition de frais supplémentaires

[272] La commissaire soutient que l'imposition de frais supplémentaires incite à recourir à des modes de paiement à moindre coût et que la capacité des commerçants à imposer de tels frais ou à menacer de le faire limite le niveau des frais d'acceptation des cartes. À cet égard, elle se fonde sur la preuve provenant des autres pays et sur les témoignages des experts. Elle prétend que si la règle de non-imposition de frais supplémentaires n'existait pas, les commerçants pourraient limiter les frais d'acceptation des cartes en imposant des frais supplémentaires à l'utilisation certaines cartes ou en menaçant de le faire. Selon elle, en obligeant les acquéreurs à faire respecter la règle, les défenderesses ont fait monter le prix des services de réseau de cartes de crédit.

[273] Monsieur Winter présente deux mécanismes par lesquels les règles à l'intention des commerçants (la règle de non-imposition de frais supplémentaires et la règle obligeant à honorer

toutes les cartes) font monter le prix auquel les services de réseau de cartes de crédit sont revendus :

- (i) la suppression de la concurrence par les prix entre les sociétés de cartes de crédit sous l'effet des règles à l'intention des commerçants;
- (ii) l'externalisation des coûts.

[274] Le premier mécanisme par lequel les règles à l'intention des commerçants permettraient aux défenderesses de faire monter le prix auquel les acquéreurs revendent les services de réseau de cartes de crédit (les frais d'acceptation des cartes) agit en supprimant la concurrence par les prix que se livrent les défenderesses sur le marché en amont des services de réseau de cartes de crédit vendus aux acquéreurs. Comme il n'y a aucune concurrence entre Visa et MasterCard, le prix des services de réseau de cartes de crédit vendus aux acquéreurs et le prix auquel ces services sont revendus sont plus élevés qu'ils ne le seraient si les règles à l'intention des commerçants n'existaient pas.

[275] Selon la commissaire, la règle de non-imposition de frais supplémentaires supprime la concurrence par les prix que se livrent Visa et MasterCard sur le marché des services de réseau de cartes de crédit vendus aux acquéreurs en empêchant les commerçants de mettre en concurrence les réseaux par l'imposition de frais supplémentaires à un réseau, mais pas à l'autre, ou en menaçant de le faire. Les règles à l'intention des commerçants font également en sorte que Visa et MasterCard sont moins enclines à se faire concurrence en offrant de réduire les frais de l'acquéreur, rabais que les acquéreurs transmettraient au commerçant sous la forme d'une réduction des frais d'acceptation des cartes pour le remercier de ne pas imposer de frais supplémentaires ou de réduire les frais déjà exigés.

[276] Le deuxième mécanisme par lequel les règles à l'intention des commerçants feraient monter les frais d'acceptation des cartes est celui de l'externalisation des coûts ou de l'interfinancement. Comme l'explique M. Winter, ce mécanisme est enclenché par la règle de non-imposition de frais supplémentaires. Quand un réseau de cartes de crédit augmente les frais de l'acquéreur malgré la règle de non-imposition de frais supplémentaires, les commerçants doivent transmettre une partie des coûts attribuables à la hausse des frais d'acceptation des cartes qui s'ensuit aux clients qui règlent leurs achats en espèces ou par carte de débit. Par conséquent, les titulaires de carte ne supportent qu'une partie de la hausse des frais d'acceptation, ce qui réduit la sensibilité de l'utilisation de leur carte aux fluctuations des frais. M. Winter convient que cette externalisation des coûts réduit la résistance des titulaires et des commerçants aux augmentations des frais d'acceptation des cartes de crédit et que, par conséquent, les frais de l'acquéreur sont plus élevés qu'ils ne le seraient autrement.

[277] La distinction entre le mécanisme de suppression de la concurrence avancé par la commissaire et celui de l'extériorisation des coûts est que le premier empêche chacune des défenderesses de concurrencer l'autre par les prix (concurrence par les prix sur le marché pertinent) alors que le deuxième met les deux défenderesses à l'abri de la concurrence par les prix venant d'autres modes de paiement. Le premier moyen s'attache à la capacité des commerçants d'imposer des frais supplémentaires pour inciter leurs clients à choisir les marques de cartes de crédit qui engendrent les coûts les moins élevés. Le deuxième moyen s'attache à

l'imposition par les commerçants de frais supplémentaires pour inciter leurs clients à recourir à des modes de paiement à moindre coût comme le paiement en espèces et par carte de débit.

[278] Selon la commissaire, l'externalisation des coûts sert à accroître le pouvoir de marché unilatéral de chacune des défenderesses en assouplissant la discipline en matière d'établissement des prix qui leur est imposée par les autres modes de paiement. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un effet sur la discipline en matière d'établissement des prix que les défenderesses s'imposent, c'est-à-dire, sur la concurrence par les prix sur le marché pertinent. Pour cette raison, le Tribunal estime que le mécanisme de l'externalisation des coûts avancé par la commissaire est pertinent pour la question de savoir si la règle de non-imposition de frais supplémentaires fait monter le prix de revente des services de réseau de cartes de crédit, conformément à l'alinéa 76(1)a). M. Carlton est explicite à ce sujet :

[TRADUCTION] Alors, il y a une autre chose que l'imposition de frais supplémentaires fait. Oublions la concurrence entre Visa et MasterCard. Le commerçant pourrait ne pas vouloir accepter les cartes de crédit et, pour dissuader ses clients de les utiliser, il pourrait imposer des frais supplémentaires sur leur utilisation. Selon la règle de non-imposition de frais supplémentaires, il ne peut pas. C'est donc dire qu'il ne peut pas non plus inciter ses clients à payer en espèces plutôt que par carte de crédit. C'est donc dire aussi que le recours dont il dispose dans le cas, par exemple, d'augmentation des frais d'acceptation des cartes de crédit qui lui sont imposés, n'est pas aussi puissant que s'il avait pu inciter les clients à ne pas utiliser les cartes de crédit assorties de frais élevés.

Alors, selon moi, il est très clair que la règle de non-imposition de frais supplémentaires a pour effet de réduire la concurrence entre Visa et MasterCard, et de limiter les recours dont dispose le commerçant devant les frais importants que les cartes de crédit leur occasionnent de façon générale.

[279] Dans son rapport, M. Winter indique que l'externalisation des coûts a un effet négatif sur la concurrence entre les commerçants. Cependant, la commissaire n'a pas établi que les « commerçants » sont un marché pertinent aux fins de l'analyse des effets anticoncurrentiels.

[280] La commissaire invoque le mécanisme de la suppression de la concurrence pour démontrer d'une part que, en vertu de l'alinéa 76(1)a), l'on a fait monter les prix, et que d'autre part, en vertu de l'alinéa b), cette hausse a eu pour effet de nuire à la concurrence. Selon elle, les règles à l'intention des commerçants auraient pour effet de nuire à la concurrence par les prix dans le marché pertinent (alinéa 76(1)b), soit, entre Visa et MasterCard), ce qui fait monter les prix dans le marché pertinent (alinéa 76(1)a)).

[281] Le Tribunal est d'accord avec les défenderesses pour dire que l'argument de la commissaire fondé sur la suppression de la concurrence ne permet pas de satisfaire à l'exigence de l'alinéa 76(1)a) quant à une hausse des prix, ni à l'exigence de l'alinéa 76(1)b) quant à l'effet nuisible.

[282] Le Tribunal estime cependant que, dans la mesure où la commissaire s'acquitte du fardeau de preuve qui lui incombe, l'argument fondé sur l'externalisation des coûts pourrait

satisfaire à l'exigence de l'alinéa 76(1)a), et l'argument fondé sur la suppression de la concurrence pourrait répondre à l'exigence de l'alinéa 76(1)b).

[283] Le Tribunal examinera d'abord si chaque défenderesse, par l'effet de la règle de non-imposition de frais supplémentaires, a fait monter le prix auquel les acquéreurs revendent les services de réseau de cartes de crédit aux commerçants, par la voie du mécanisme de l'externalisation des coûts.

[284] Rappelons que, selon la commissaire, l'un des moyens par lesquels la règle de non-imposition de frais supplémentaire permet aux défenderesses de faire monter le prix auquel les acquéreurs revendent les services de réseau de cartes de crédit est ce que M. Winter appelle l'« externalisation des coûts ». La commissaire parle aussi d'« interfinancement ». Le Tribunal convient avec les défenderesses que la question n'en est pas une d'interfinancement en soi, mais plutôt que les titulaires de carte de crédit risquent de ne pas être sensibles aux fluctuations des frais d'acceptation des cartes parce qu'ils ne paient qu'une partie alors que le reste est payé par les clients qui utilisent d'autres modes de paiement.

[285] « Externalisation des coûts » signifie simplement que les commerçants doivent, conformément à la règle de non-imposition de frais supplémentaires, transmettre à l'ensemble des clients toute hausse des frais d'acceptation des cartes en majorant leurs prix, quel que soit le mode de paiement utilisé. Par exemple, des frais d'acceptation des cartes de 2 % sur un volume d'opérations par carte de crédit représentant 25 % des ventes du commerçant entraîneraient une hausse de prix de 0,5 % pour tous les clients. Comme les titulaires de carte de crédit ne paient qu'une petite partie des frais associés au mode de paiement qu'ils utilisent, et encore là, ça n'est pas clair pour eux, ils sont moins réfractaires aux augmentations des frais d'acceptation des cartes que si l'imposition de frais supplémentaires était autorisée. Par conséquent, le réseau qui envisagerait de hausser les frais de l'acquéreur (hausse qui se répercuterait sur les frais d'acceptation des cartes) pourrait le faire en tenant pour acquis que cela aurait peu ou pas d'effets sur la décision des titulaires de carte de se servir de celles-ci, et du coup, sur la nécessité – dictée par la concurrence – pour les commerçants de les accepter.

[286] Essentiellement, l'externalisation des coûts réduit le degré de substituabilité entre les cartes des défenderesses et les autres modes de paiement, ce qui a pour effet de faire augmenter le prix des services de réseau de cartes de crédit auquel il y a maximisation des bénéfices et du même coup les frais d'acceptation des cartes, et de créer un certain niveau de concurrence entre Visa et MasterCard.

[287] Monsieur Winter expose les fondements conceptuels de l'externalisation des coûts de façon plus détaillée :

[TRADUCTION] Comme principe économique général, si les coûts afférents à une hausse des prix imposée par fournisseur sont assumés en aval, non seulement par les clients de la propre chaîne d'approvisionnement dudit fournisseur, mais aussi par les autres consommateurs, moins de clients pénaliseront le fournisseur (en refusant d'acheter le produit) lorsque ce dernier augmentera son prix. Par conséquent, quand une hausse des prix est en partie assumée par des clients autres que ceux de sa chaîne d'approvisionnement, le fournisseur sera plus enclin à fixer

des prix plus élevés. Par exemple, si les effets d'une hausse du prix des grains de café sont partagés avec les buveurs de thé (en raison d'une restriction verticale selon laquelle le prix du café filtre ne peut excéder celui du thé), le fournisseur monopoleur des grains de café peut alors fixer un prix plus élevé.

Supposons, par exemple, que les clients d'un fournisseur assument seulement 50 % des coûts associés à une hausse de prix parce que le fournisseur impose une restriction selon laquelle le prix de son produit (acquis par la moitié des acheteurs en aval) ne peut pas excéder le prix d'un autre produit vendu en aval. La baisse de la demande que subira alors le fournisseur sera plus faible que si ses propres clients en aval assumaient la totalité des coûts associés à la hausse du prix. Le fournisseur sera donc plus enclin à fixer un prix plus élevé.

[...]

Lorsqu'une société de cartes de crédit augmente ses prix, ce ne sont pas seulement les utilisateurs de cartes en aval qui en assument les coûts, ce sont aussi les clients qui paient autrement que par cartes de crédit. La hausse des prix que ces derniers clients subissent n'entraîne pas de baisse de la demande pour la société de cartes de crédit. Ce moyen de dissuader les sociétés de cartes de crédit de hausser les prix est éliminé. La société de cartes de crédit qui cherche à maximiser ses bénéfices fixera nécessairement des prix plus élevés s'il y a des règles à l'intention des commerçants.

[288] Les avocats de Visa ont reconnu que les commerçants transmettaient effectivement à sa clientèle les frais d'acceptation des cartes en majorant leurs prix. Selon Visa, rien dans les règles à l'intention des commerçants ne les oblige à le faire :

[TRADUCTION] Les frais d'acceptation des cartes font partie des coûts d'exploitation, au même titre que les autres frais supportés par les commerçants. Tout comme il est raisonnable de s'attendre à ce que les acquéreurs transmettent les frais qu'ils doivent supporter à leurs clients commerçants, il est aussi raisonnable de s'attendre à ce que les commerçants transmettent à leurs clients les frais d'acceptation des cartes. Qui plus est, l'ensemble de la preuve au dossier montre que c'est précisément ce que font les commerçants. On vous dira que la présente affaire vise à faire en sorte que les titulaires de carte de crédit paient les coûts associés à l'utilisation de leur carte. Devinez quoi?

C'est déjà le cas.

Le fait que les non-utilisateurs de cartes de crédit partagent les coûts d'utilisation des cartes n'a rien à voir avec Visa. Ça n'a rien à voir avec les titulaires de carte Visa. C'est une décision prise par les commerçants afin répartir leurs coûts d'exploitation sur toutes leurs ventes.

[289] À l'audience, les commerçants qui ont témoigné ont déclaré qu'ils transféraient habituellement à leurs clients tout ou partie de la hausse des coûts associée aux frais élevés d'acceptation des cartes en majorant le prix de détail de leurs produits et services. Par exemple, M. Broughton a indiqué que [TRADUCTION] « tous les consommateurs finissent par payer plus cher à cause des coûts associés aux cartes de crédit privilégiées ». M. Daigle, directeur principal de Shoppers Drug Mart, a affirmé que [TRADUCTION] « les coûts plus élevés, comme les hausses de

frais d'acceptation des cartes, sont transmis aux consommateurs sous la forme de prix de détail plus élevés ». M. Houle a déclaré ce qui suit, au paragraphe 46 de sa déclaration :

[TRADUCTION] Dans la mesure du possible, les hausses des frais de service des commerçants sont transmises à tous les clients d'Air Canada, qui majore le prix des billets, autrement ces frais sont absorbés par Air Canada et cela réduit sa marge de profit. Les clients qui paient par carte de débit Interac et autres modes de paiement peu coûteux financent donc les clients qui paient par carte de crédit, plus particulièrement ceux qui utilisent des cartes de crédit dont les coûts sont plus élevés.

[290] Le Tribunal reconnaît que les commerçants doivent couvrir leurs frais pour pouvoir demeurer en affaire. Il appert de la preuve qui lui a été présentée que les commerçants transmettent habituellement la totalité ou une partie des frais d'acceptation des cartes à leur clientèle, y compris les clients qui paient par carte de débit ou en espèces, en majorant leurs prix. La preuve démontre que les clients qui paient en espèces ou par carte de débit subventionnent ceux qui paient par carte de crédit. Il reste à savoir s'il s'agit là d'une conséquence de la règle de non-imposition de frais supplémentaires.

[291] Les défenderesses estiment que la thèse de l'interfinancement avancée par la commissaire est absurde. Premièrement, elles font valoir que les commerçants choisissent généralement de ne pas demander à leurs clients des prix distincts pour chaque service qu'ils leur fournissent. Deuxièmement, l'importance d'un interfinancement des titulaires de carte par les clients qui ont recours à d'autres modes de paiement est incertaine. Chaque mode de paiement présente des coûts et des avantages pour le commerçant. Par exemple, l'interfinancement des titulaires de carte par les clients qui paient en espèces serait la différence entre les coûts nets, pour le commerçant, qui sont liés à l'acceptation des cartes de crédit et ceux qui sont liés à l'acceptation des paiements en espèces. Pour faire un choix éclairé entre les différents modes de paiement, le consommateur devrait idéalement connaître les coûts nets pour le commerçant (ou coûts nets relatifs) que représente chacun des modes de paiement, ce que la simple imposition de frais supplémentaires pour l'utilisation de cartes de crédit ne permet pas de faire. Troisièmement, menacer d'imposer des frais supplémentaires n'éliminerait pas l'interfinancement, parce que les titulaires de carte ne seraient toujours pas informés des frais d'acceptation des cartes imposés aux commerçants.

[292] Le Tribunal convient qu'il n'est pas rare que les entreprises établissent un prix forfaitaire pour un ensemble de services et que de ce fait, un type de client peut en financer un autre. C'est un choix que font certaines entreprises. Toutefois, en l'espèce, la règle de non-imposition de frais supplémentaires empêche les commerçants de choisir de facturer leurs clients en fonction du mode de paiement qu'ils utilisent.

[293] Le Tribunal convient également que chaque mode de paiement entraîne des coûts et des avantages pour les commerçants et que l'ampleur de l'interfinancement dépend de la différence entre les coûts respectifs liés à l'acceptation de chacun des modes de paiement, une fois déduits les avantages qu'en retirent les commerçants. Il est possible que les clients qui paient par carte de débit financent ceux qui paient en espèces et par carte de crédit. Il se peut aussi que, en ce qui concerne le choix d'un mode de paiement par un consommateur, l'élimination de la règle de

non-imposition de frais supplémentaires ait simplement pour effet de remplacer un ensemble d'incitatifs trompeurs par un autre. Cependant, comme nous l'expliquerons plus loin, là n'est pas la question.

[294] Dans une certaine mesure, les répercussions de l'interfinancement sont atténuées par le fait que le choix du mode de paiement appartient au consommateur. Nombreux sont les consommateurs qui possèdent à la fois une carte de débit et une carte de crédit et qui peuvent payer en espèces. Ils ont différentes raisons d'utiliser un mode de paiement plutôt qu'un autre. Pour un achat, le consommateur est interfinancé et pour un autre achat, il interfinance.

[295] Quant à l'argument des défenderesses selon lequel le simple fait de menacer d'imposer des frais supplémentaires ne saurait éliminer l'interfinancement parce que le titulaire de carte n'assume pas les frais d'utilisation de sa carte, il est fondé jusqu'à un certain point. Si ce genre de menaces avait pu limiter les hausses antérieures de frais d'acceptation des cartes, le financement des titulaires de carte par ceux qui paient en espèces ou par carte de débit aurait eu moins d'importance. Plus important encore, l'alinéa 76(1)a) n'exige pas qu'il n'y ait pas d'interfinancement ou que le choix du mode de paiement soit efficace en l'absence de la règle de non-imposition de frais supplémentaires. Il requiert seulement que, par l'application de cette règle, chacune des défenderesses ait fait monter le prix auquel les acquéreurs fournissent ou offrent de fournir les services de réseau de cartes de crédit. En l'espèce, compte tenu de l'argument de la commissaire, cela revient à dire que, sans la règle de non-imposition de frais supplémentaires, les frais d'acceptation des cartes auraient été moins élevés.

[296] Les défenderesses prétendent que les règles à l'intention des commerçants n'empêchent pas ces derniers de prendre d'autres mesures que celle consistant à imposer des frais supplémentaires afin d'éliminer l'externalisation des coûts. Elles soutiennent que les commerçants pourraient éliminer l'interfinancement de leurs clients titulaires de carte de crédit en offrant des rabais ou des récompenses équivalentes à ceux qui paient autrement que par carte de crédit. Elles prétendent aussi que les règles à l'intention des commerçants n'empêchent pas non plus les commerçants d'informer leurs clients des coûts relatifs des autres modes de paiement.

[297] Les défenderesses affirment que, mathématiquement, un rabais équivaut à des frais supplémentaires et que les commerçants sont [TRADUCTION] « depuis longtemps en mesure d'offrir des rabais à ceux qui paient en espèces, par carte de débit ou autre » en vertu des règles à l'intention des commerçants. Le Tribunal convient que le fait d'offrir des rabais à ceux qui utilisent d'autres modes de paiement pourrait, en théorie, éliminer l'externalisation des coûts. La question est de savoir s'il s'agit d'une solution réaliste.

[298] La commissaire soutient que le fait d'offrir des rabais à ceux qui choisissent d'utiliser un autre mode de paiement n'est pas réaliste pour les commerçants et que, de toute manière, cette solution ne serait pas aussi efficace que d'imposer des frais supplémentaires pour inciter les consommateurs à changer leurs habitudes. Selon elle, proposer des rabais à ceux qui choisissent des modes de paiement moins coûteux ne serait pas avantageux sur le plan de la concurrence parce qu'il faudrait alors que le commerçant « gonfle » le prix de base ou annoncé de son produit pour couvrir la perte de revenus qui s'ensuivrait. La commissaire a démontré au moyen des témoignages de commerçants, des documents produits par les défenderesses et d'une recherche

en économie comportementale, que les consommateurs sont plus sensibles aux frais supplémentaires qu'aux rabais.

[299] Les commerçants ont témoigné de leur expérience concernant les rabais et les frais supplémentaires.

[300] En ce qui concerne l'efficacité relative des rabais et des frais supplémentaires, M. Jewer de Sobeys a expliqué que, dans certains de ses magasins, Sobeys avait offert un rabais de 0,05 \$ aux clients pour chaque sac de plastique qu'ils apportaient et utilisaient. Bien que cette politique n'ait eu que très peu d'incidence sur la consommation des sacs de plastique, il a expliqué qu'à Toronto, celle-ci avait diminué de plus de 60 % après que l'on eut imposé des frais supplémentaires de 0,05 \$ par sac.

[301] Toujours en ce qui concerne l'efficacité des frais supplémentaires et des rabais, M. Symons d'IKEA a expliqué que, de 2004 à 2010, le groupe IKEA a appliqué au Royaume-Uni des frais supplémentaires de 70 pence (environ 1,10 \$) à toutes les opérations réglées par carte de crédit dans ses magasins de détail. Ainsi, en 2005, le volume des opérations par carte de crédit dans ces magasins a diminué de 37 % et le nombre d'opérations par carte de débit a augmenté de 16 %. Il a ajouté que le groupe IKEA avait déjà recouru aux rabais par le passé, mais qu'il avait trouvé cet outil inefficace ou à tout le moins pas aussi efficace que les frais supplémentaires pour inciter les clients à utiliser des modes de paiement moins coûteux et que les rabais n'étaient pas aussi clairs pour les consommateurs.

[302] Les commerçants ont affirmé qu'il était irréaliste, sur le plan commercial, d'offrir des rabais aux clients qui utilisent les autres modes de paiement. Plus particulièrement, pour pouvoir offrir un rabais aux clients qui ne paient pas par carte de crédit, les commerçants devraient d'abord augmenter leur prix de base, pour ensuite accorder un rabais selon le mode de paiement utilisé. Par exemple, on peut lire ce qui suit aux paragraphes 39 à 41 de la déclaration de M. Shirley de Best Buy :

[TRADUCTION] Best Buy Canada a aussi envisagé d'adopter une politique de rabais pour encourager ses clients à utiliser des modes de paiement moins coûteux, comme le paiement en espèces ou par carte de débit Interac. Cependant, Best Buy Canada n'est pas convaincue que l'offre de rabais soit un moyen efficace d'y arriver.

Premièrement, Best Buy Canada devrait augmenter ses prix de base pour tous les clients dans le but d'encourager ceux qui paient par carte de crédit à utiliser un autre mode de paiement. Par exemple, pour pouvoir offrir un rabais de 5 \$ au client qui achète un produit à 95 \$ en espèces ou par carte de débit, Best Buy Canada devrait faire passer le prix de ce produit de 95 \$ à 100 \$ pour ensuite pouvoir offrir le rabais de 5 \$ à ceux qui paient en espèces ou par carte de débit. Cette avenue n'est pas viable puisque Best Buy Canada doit afficher les plus bas prix possible compte tenu des marchés très concurrentiels dans lesquels elle exerce ses activités.

De plus, il serait plus coûteux d'appliquer un rabais. Pour inciter les clients qui paient actuellement par carte de crédit à utiliser des modes de paiement moins coûteux, Best Buy Canada devrait accorder un rabais aux [CONFIDENTIEL] des clients qui paient déjà en espèces, par carte de débit Interac, par carte Best Buy ou par carte Future Shop. Les coûts associés à ce rabais seraient prohibitifs. Il en va autrement de l'imposition de frais supplémentaires ne ciblant que les clients qui utilisent des cartes de crédit plus coûteuses.

[303] Monsieur Daigle de Shoppers Drug Mart a de son côté formulé les observations suivantes, aux paragraphes 40 à 42 de sa déclaration, à propos de l'aspect pratique, sur le plan commercial, que présente l'offre de rabais pour ceux qui paient autrement que par carte de crédit :

[TRADUCTION] Premièrement, Shoppers devrait accorder un rabais sur le prix de « affiché », que ce soit un rabais fixe ou calculé selon un pourcentage. Shoppers devrait fixer ce prix en fonction d'une estimation des modes de paiement utilisés, laquelle pourrait varier de façon importante selon l'endroit et, compte tenu des campagnes de promotion de l'émetteur, selon les niveaux de récompenses des cartes habituellement utilisées et les autres facteurs. Comme les types de cartes et les frais qui s'y rapportent varient beaucoup, il serait difficile d'établir un rabais standard, d'autant plus qu'une carte de paiement peut entraîner différents frais selon son utilisation, par exemple, les opérations « avec présence de la carte » et « sans présence de la carte ».

Deuxièmement, compte tenu de la nature concurrentielle du secteur de la vente au détail dans lequel elle exerce ses activités, Shoppers doit pouvoir afficher le plus bas prix possible, et non un prix qui sera réduit plus tard selon le mode de paiement choisi par le consommateur.

Troisièmement, le rabais devrait être offert à tous les consommateurs, y compris ceux qui auraient payé en espèces, par carte de débit Interac ou par carte de crédit moins coûteuse. À cet égard, les opérations par carte de débit Interac représenteraient environ [CONFIDENTIEL] des ventes de Shoppers en 2011.

[304] Les défenderesses qualifient de « ridicules » les déclarations des commerçants selon lesquelles ils devraient augmenter leur prix de base pour pouvoir offrir un rabais, affirmant que ces derniers accordent constamment des rabais d'une manière ou d'une autre (p. ex., par des programmes de fidélisation, des coupons, des promotions) et qu'ils augmentent probablement le prix de base ou le prix affiché pour couvrir leurs coûts. Elles soutiennent également qu'il n'est pas nécessaire pour les commerçants d'afficher un seul prix de base et qu'ils ne le font pas. Elles font remarquer que certains commerçants ont toujours offert des rabais aux clients qui payaient en espèces, et que plusieurs des commerçants qui ont témoigné consentent des rabais aux clients qui choisissent de payer avec leur carte de crédit jumelée, de façon à les inciter à utiliser certaines cartes plutôt que d'autres.

[305] Les défenderesses citent le sondage mené par M. Gauthier et interprété par M. Mulvey au soutien de leur argument selon lequel les consommateurs seraient plus sensibles au rabais qu'on leur offre pour utiliser un mode de paiement moins coûteux qu'ils ne le seraient à l'imposition de frais supplémentaires pour avoir choisi un mode de paiement plus coûteux. Dans le cadre de ce sondage, on demandait aux participants comment ils réagiraient si on leur offrait un rabais pour avoir payé autrement que par carte de crédit et si on leur imposait des frais supplémentaires pour avoir payé par carte de crédit. La commissaire et ses experts sont très critiques à l'endroit de la méthode de sondage employée par M. Gauthier. Le Tribunal estime que certaines de ces critiques sont révélatrices et, par conséquent, il est porté à accorder peu d'importance aux conclusions de M. Gauthier. Plus particulièrement, le manque de contexte (les participants au sondage ne savaient pas si les commerçants qu'ils encourageaient imposaient aussi des frais supplémentaires) et l'hypothèse selon laquelle le rabais et les frais supplémentaires sont appliqués au même prix de base ont laissé le Tribunal perplexe.

[306] Le Tribunal est convaincu que, bien qu'il puisse être utile dans certains cas de consentir des rabais pour sensibiliser les consommateurs aux coûts relatifs des autres modes de paiement, il subsiste des doutes quant à l'efficacité de cette méthode et aux importants obstacles pratiques que son utilisation généralisée peut présenter. C'est pourquoi nous rejetons l'argument des défenderesses selon lequel les commerçants pourraient éliminer l'interfinancement de leurs clients titulaires de carte seulement en accordant des rabais.

[307] Les défenderesses font également valoir qu'en pratique, l'élimination de la règle de non-imposition de frais supplémentaires n'aurait pas l'effet disciplinaire sur leurs prix que la commissaire voudrait qu'elle ait. Les défenderesses contestent l'allégation de la commissaire portant que les frais d'acceptation des cartes seraient moindres en l'absence la règle de non-imposition de frais supplémentaires. Selon elles, les observations de la commissaire sont fondées sur des hypothèses factuelles qui sont entièrement de nature conjecturale. Elles font notamment valoir ce qui suit :

- La preuve ne permet pas d'établir que les commerçants imposeraient effectivement des frais supplémentaires, et encore moins que l'imposition de frais supplémentaires serait largement répandue;
- La preuve ne permet pas d'établir l'existence d'une diminution importante, réelle ou prévue, des opérations effectuées dans les réseaux des défenderesses, de sorte que ces dernières aient avantage à réduire les frais d'interchange et les frais de réseau;
- La preuve ne permet pas d'établir que les défenderesses réduiront les frais d'interchange par défaut ou les frais de réseau au vu de l'imposition de frais supplémentaires;
- La preuve ne permet pas d'établir qu'en cas de réduction des frais d'interchange ou des frais de réseau, les acquéreurs réduiront les frais d'acceptation des cartes facturés à leurs commerçants clients.

[308] Visa soutient qu'elle ne craindrait pas nécessairement une diminution du volume de ses opérations par suite de l'imposition de frais supplémentaires si les titulaires de cartes pouvaient simplement encourager les commerçants qui n'imposaient pas de frais supplémentaires. Il en serait ainsi si l'imposition de frais supplémentaires n'était pas largement répandue. Visa fait

remarquer que son volume d'affaires a continué d'augmenter en Australia malgré l'imposition de frais supplémentaires. Soulignant une fois de plus son expérience australienne, Visa fait valoir que l'imposition de frais supplémentaires n'aurait pas nécessairement pour effet une réduction de ses frais d'interchange. En effet, puisque les frais supplémentaires ont tendance à dépasser nettement les frais d'acceptation des cartes, Visa n'aurait aucune raison de croire que la réduction des frais d'acceptation des cartes entraînerait une réduction des frais supplémentaires.

[309] En ce qui a trait à la probabilité que, si les règles à leur intention le permettent, les commerçants imposent des frais supplémentaires relativement aux cartes de crédit des défenderesses ou menacent vraisemblablement de le faire pour limiter les frais d'acceptation des cartes, les témoins des commerçants ont indiqué qu'ils prendraient en compte les deux possibilités. Toutefois, certains témoins ont admis que le problème lié à « l'initiative » (être le premier à imposer des frais supplémentaires) pourrait faire obstacle à l'imposition effective de frais supplémentaires.

[310] Selon [CONFIDENTIEL], en l'absence des règles à l'intention des commerçants, il est possible que [CONFIDENTIEL] menace d'imposer des frais supplémentaires ou impose effectivement des frais supplémentaires. [CONFIDENTIEL] a indiqué que [CONFIDENTIEL] pourrait également se servir de l'absence de la règle de non-imposition de frais supplémentaires pour négocier les frais avec les défenderesses. M^{me} Li a affirmé qu'il est possible que WestJet envisage sérieusement de fixer des frais d'utilisation raisonnables pour les paiements effectués par carte de crédit. D'autres témoins ont fait des déclarations semblables.

[311] La commissaire a précisé que, selon une étude australienne récente, 30 % des commerçants ont imposé des frais supplémentaires relativement à au moins l'une des cartes de crédit qu'ils ont acceptées en décembre 2010 contre un peu plus de 8 % en juin 2007. L'imposition de frais supplémentaires relativement aux cartes de crédit est autorisée en Australie depuis 2003. M. Frankel était d'avis qu'il faudrait attendre un certain temps avant que cette pratique soit largement répandue.

[312] Quant à l'effet probable de l'imposition de frais supplémentaires sur le volume des opérations des défenderesses, le Tribunal conclut, premièrement, que l'augmentation continue du volume des opérations de Visa en Australia après l'imposition de frais supplémentaires pourrait s'expliquer par diverses raisons, par exemple l'essor des achats en ligne. Deuxièmement, la preuve suivant laquelle 30 % des commerçants australiens ont imposé des frais supplémentaires à l'égard d'au moins une carte de crédit alors que seulement 5 % des opérations ont fait l'objet d'une imposition de frais supplémentaires, est compatible avec un effet de substitution au profit d'autres formes de paiement et un virage vers les commerçants qui n'imposaient pas de frais supplémentaires. Troisièmement, à l'appui de son opinion que le marché pertinent comprend toutes les plateformes de paiement, le Tribunal estime que M. Elzinga laisse entendre qu'une augmentation de 2 % des frais supplémentaires pourrait se traduire par un détournement d'une partie importante du volume des opérations vers d'autres formes de paiement.

[313] Le Tribunal conclut que, si les règles à l'intention des commerçants permettaient d'imposer des frais supplémentaires, cette pratique finirait par être suffisamment répandue pour que la seule menace qu'une telle imposition se traduise par une réduction du volume des opérations effectuées par l'entremise du réseau de carte de crédit soit crédible.

[314] L'affirmation des défenderesses portant qu'elles ne répondront pas aux menaces relatives à l'imposition de frais supplémentaires ou à l'imposition effective de frais supplémentaires par la réduction des frais d'interchange par défaut, est contredite par les documents mêmes des défenderesses ainsi que par les témoignages des commerçants.

[315] Dans ses observations présentées à la Reserve Bank of Australia (RBA), MasterCard a admis qu'il y avait un lien entre, d'une part, les frais d'acceptation des cartes, et d'autre part, les rabais offerts ou l'imposition réelle ou potentielle de frais supplémentaires :

[TRADUCTION] MasterCard estime que la capacité des commerçants de dissuader les clients de payer par carte de crédit, au moyen par exemple d'escomptes au comptant et de frais supplémentaires, permettrait amplement d'éviter les frais d'interchange excessifs. Il est dans l'intérêt des régimes de cartes de crédit que les commerçants ne dissuadent pas ainsi leurs clients, à cause de la diminution consécutive dans l'utilisation des cartes. Il ne serait donc pas étonnant que les régimes de cartes établissent des frais d'interchange pour faire obstacle aux pratiques de dissuasion largement répandues des commerçants. Il est possible qu'un faible degré de dissuasion indique simplement que les commerçants ne sont pas insatisfaits des frais qui leur sont actuellement imposés par rapport aux avantages qu'ils tirent de l'acceptation des cartes. Telle est la nature de la négociation – son importance n'est pas liée à son exercice. La menace de dissuasion est importante pour les commerçants (elle a pour effet de limiter leurs frais) pourvu qu'elle soit crédible même si elle ne se matérialise pas.

[316] Dans un rapport d'expert, préparé pour MasterCard et présenté à la RBA, le professeur Christian von Weizsäcker exprime les mêmes préoccupations :

[TRADUCTION] La concurrence des prix relativement aux systèmes de paiement pour les commerçants est renforcée par la possibilité d'imposer des frais supplémentaires (et d'accorder des escomptes au comptant, etc.). Du point de vue du système de paiement, il faut éviter qu'un grand nombre de commerçants lui imposent des frais supplémentaires. L'attrait des cartes parmi leurs titulaires est diminué par une imposition de frais supplémentaires largement répandue ... Ainsi, le risque que des frais supplémentaires soient imposés par suite d'une augmentation des frais est l'un des incitatifs les plus puissants qui soient pour maintenir les frais des commerçants à un bas niveau. À notre avis, l'imposition effective de frais supplémentaires est plutôt rare parce que les systèmes de paiement ont tout intérêt à éviter que les commerçants imposent des frais supplémentaires à leur égard. Il reste néanmoins que le droit des commerçants d'imposer des frais supplémentaires exerce nettement une pression à la baisse sur les frais des commerçants. La même analyse s'applique aux rabais offerts pour des formes de paiement privilégiées comme le paiement en espèces.

[317] Madame Van Impe, directrice, trésorerie et services financiers aux étudiants de l'Université de la Saskatchewan, a affirmé que la menace de l'imposition de frais supplémentaires a eu un effet bénéfique sur ses négociations avec Visa. Elle décrit dans son

témoignage les négociations entre l'université, son acquéreur, Moneris, et Visa concernant les frais d'acceptation des cartes. À l'époque, l'université envisageait d'imposer des frais supplémentaires sur les opérations par carte de crédit pour compenser l'augmentation des frais d'acceptation des cartes de crédit :

[TRADUCTION] Moneris a également organisé, le 22 mars 2010, une téléconférence à laquelle Chris Renton, de Visa Canada, et moi avons participé. Au cours de cette téléconférence, M. Renton a dit que Visa ne permettrait pas à l'université d'imposer des frais supplémentaires pour l'utilisation d'une carte de crédit Visa.

La position de Visa a été révélée au public dans un article rédigé par Brian Weiner, chef de l'interchange de Visa Canada, pour le journal StarPhoenix de Saskatoon [...] Visa estimait que les frais de 1 % proposés par l'université constituaient des « frais supplémentaires ». Selon Visa, l'imposition de frais supplémentaires est une pratique par laquelle d'autres frais sont perçus des acheteurs qui payent au moyen d'une carte en particulier. Les règles de Visa à l'intention des commerçants interdisent l'imposition de frais supplémentaires. Visa était disposée à discuter d'une réduction possible des frais de services aux commerçants facturés à l'université et nous a offert une réduction importante dans le cas des paiements de frais de scolarité, qui représentent des sommes importantes, afin que nous oubliions l'idée d'imposer des frais administratifs de 1 % aux étudiants qui choisissaient de payer au moyen d'une carte de crédit.

Toutefois, puisque Visa pouvait augmenter ses frais à tout moment, l'université a décidé que la proposition que celle-ci lui avait faite ne lui assurait aucun contrôle sur ses frais de services aux commerçants ni aucune certitude à cet égard.

[318] Compte tenu de ce qui précède, nous concluons qu'en l'absence de la règle de non-imposition de frais supplémentaires, l'imposition réelle ou potentielle de tels frais aurait pour effet de privilégier d'autres formes de paiement au détriment des opérations par cartes de crédit, ce qui limiterait les augmentations ou entraînerait des réductions des frais d'interchange et, par conséquent, des frais de l'acquéreur.

[319] En ce qui concerne l'affirmation des défenderesses selon laquelle toute réduction des frais de l'acquéreur ne serait pas nécessairement transmise aux commerçants sous la forme d'une réduction des frais d'acceptation des cartes, la preuve établit que, bien que les acquéreurs ne soient pas tenus par contrat de le faire, les forces concurrentielles les obligeront à répercuter proportionnellement toute modification apportée aux frais de l'acquéreur sur les frais d'acceptation des cartes. Les parties, en fait, ont convenu que le secteur d'acquisition par cartes de crédit est très concurrentiel. M. Van Duynhoven a affirmé que les acquéreurs étaient [TRADUCTION] « farouchement concurrentiels » et « hautement concurrentiels », et dans son argumentation finale (à la p. 142), la défenderesse Visa a dit que [TRADUCTION] « les acquéreurs exercent leurs activités dans un marché hautement concurrentiel où les marges sont très minces ». Les commerçants ont également qualifié le marché des services d'acceptation de cartes de crédit d'environnement très concurrentiel pour les acquéreurs.

[320] Pour ce qui est de l'argument des défenderesses – à savoir qu'aucun fondement factuel n'appuie les hypothèses sur lesquelles repose la thèse de la commissaire voulant que la règle de non-imposition de frais supplémentaires ait fait monter les frais d'acceptation des cartes – le Tribunal conclut qu'il existe des éléments de preuve à l'appui de chacune des hypothèses nécessaires.

[321] En ce qui concerne la thèse de la commissaire sur l'externalisation des coûts, nous concluons que la règle de non-imposition de frais supplémentaires oblige de fait les commerçants à transmettre toute augmentation des frais d'acceptation des cartes à leurs clients, peu importe le mode de paiement utilisé, de sorte que l'augmentation en question n'a pas d'incidence sur le mode de paiement choisi par les clients des commerçants. En particulier, les titulaires de carte n'ont pas de raison d'utiliser moins leur carte par suite d'une augmentation des frais d'acceptation des cartes. Lorsqu'elles envisagent d'augmenter leurs frais de l'acquéreur, les défenderesses savent que l'augmentation correspondante des frais d'acceptation des cartes n'aura pas d'incidence sur la décision des titulaires de carte d'utiliser leur carte, et qu'en conséquence, les commerçants n'auront pas « d'autre choix » que de continuer d'accepter leur carte. La règle de non-imposition de frais supplémentaires assouplit donc la discipline en matière d'établissement des prix qu'imposeraient aux défenderesses la substitution ou la menace de substitution au profit d'autres modes de paiement, de sorte que les frais de l'acquéreur (et les frais d'acceptation des cartes) sont plus élevés qu'ils ne le seraient autrement.

[322] Chacune des défenderesses a donc, indirectement, par l'effet de la règle de non-imposition de frais supplémentaires, fait monter le prix auquel les acquéreurs revendent les services de réseau de cartes de crédit aux commerçants.

[323] Les experts de la commissaire n'ont pas réussi à estimer la mesure dans laquelle la règle de non-imposition de frais supplémentaires a fait monter les frais d'acceptation des cartes. Les frais d'interchange ont augmenté au fil des ans, passant d'une moyenne de [CONFIDENTIEL] au cours des années 1990, pour atteindre en 2012 une moyenne de [CONFIDENTIEL] pour Visa, et de [CONFIDENTIEL] pour MasterCard, selon M. McCormack, mais l'ampleur et les causes de cette augmentation sont contestées. Il est difficile d'attribuer cette augmentation à la règle de non-imposition de frais supplémentaires parce qu'elle existe depuis de nombreuses années et qu'il n'y a pas d'indicateur de comparaison « avant et après ». Le Tribunal estime que la règle de non-imposition de frais supplémentaires a amplifié l'effet d'autres aspects, comme la dualité de l'émission de cartes et peut-être le recours accru à un réseau unique, sur les frais d'interchange et, par conséquent, sur les frais d'acceptation des cartes. Quoi qu'il en soit, le sous-alinéa 76(1)a)(i) n'exige qu'une conclusion selon laquelle la défenderesse a influencé à la hausse le prix d'un produit et nous sommes d'avis que cette influence est loin d'être négligeable.

[324] Nous examinerons maintenant la règle obligeant à honorer toutes les cartes pour déterminer si, par son application, chacune des défenderesses a fait indirectement monter les prix.

(b) La règle obligeant à honorer toutes les cartes

[325] Selon la commissaire, la règle obligeant à honorer toutes les cartes comporte deux aspects principaux : (i) un aspect relatif à « tous les produits », qui interdit au commerçant de n'accepter que certaines cartes de crédit Visa ou MasterCard; et un aspect relatif à (ii) « tous les émetteurs », qui interdit au commerçant de n'accepter que certaines cartes de crédit, selon l'identité de l'émetteur.

[326] En ce qui concerne le premier aspect, la commissaire soutient qu'en éliminant la possibilité pour les commerçants de n'accepter, de façon sélective, que certaines cartes des défenderesses, la règle obligeant à honorer toutes les cartes permet à celles-ci de maintenir des frais d'acceptation des cartes plus élevés qu'elles ne le pourraient autrement. Sans la règle obligeant à honorer toutes les cartes, les commerçants pourraient décider, individuellement, d'accepter certains types de cartes plutôt que d'autres, et refuser, par exemple, une carte privilèges MasterCard assortie de frais d'interchange très élevés, après avoir évalué eux-mêmes les coûts et les avantages liés à l'acceptation de ces cartes en particulier.

[327] Dans son rapport, M. Winter examine la règle obligeant à honorer toutes les cartes par rapport au mécanisme d'élimination de la concurrence. Il dit qu'en l'absence de cette règle, le refus sélectif de certaines cartes appartenant à une marque précise constituerait la principale source de discipline concurrentielle :

[TRADUCTION]

83. La faible source de discipline concurrentielle qui subsiste contre les prix élevés aux termes des règles à l'intention des commerçants, soit la faculté pour les commerçants de refuser une carte de crédit, est limitée davantage par l'une des règles à l'intention des commerçants, en l'occurrence la règle obligeant à honorer toutes les cartes. L'effet anticoncurrentiel des règles à l'intention des commerçants est encore plus fort dans le cas des cartes de crédit privilège parce que celles-ci imposent aux commerçants les coûts les plus élevés. C'est précisément à l'égard de ces cartes de crédit que le choix des commerçants de refuser d'accepter certaines cartes de crédit appartenant à une marque précise constituerait la plus importante source de discipline concurrentielle. Aux termes de la règle obligeant à honorer toutes les cartes, les commerçants ne peuvent refuser, de façon sélective, d'accepter les cartes de crédit privilèges. Les commerçants qui doivent choisir d'accepter ou de refuser toutes les cartes de crédit Visa, par exemple, sont beaucoup moins susceptibles de réagir à une augmentation des frais d'interchange sur les cartes privilèges Visa que s'ils avaient le choix de ne refuser que les cartes privilèges. Les coûts que doit supporter le commerçant qui décide de refuser toutes les cartes de crédit Visa sont plus élevés que dans le cas des cartes privilèges, ce qui fait en sorte que le commerçant réagit moins aux augmentations des coûts liés à tout type de carte de crédit.

[328] En ce qui concerne le deuxième aspect, la commissaire fait valoir que l'élimination de la règle obligeant à honorer toutes les cartes permettra l'apparition d'une concurrence intra-marque

par les prix entre les émetteurs de cartes. Si les commerçants pouvaient décider séparément d'accepter ou de refuser des cartes selon l'identité de l'émetteur, les émetteurs auraient tout avantage à se faire concurrence relativement aux frais imposés aux commerçants.

[329] Les défenderesses font valoir que la règle obligeant à honorer toutes les cartes est fondée sur une raison proconcurrentielle et que la thèse de la commissaire repose sur des hypothèses factuelles entièrement fondées sur des conjectures. Elles affirment ce qui suit :

- La preuve ne permet pas d'établir si le refus des commerçants d'accepter certains types de cartes de crédit serait largement répandu ou si les défenderesses craignent qu'il ne le soit;
- La preuve ne permet pas d'établir qu'en raison de ce refus le volume des opérations effectuées dans les réseaux des défenderesses connaîtrait une forte baisse réelle ou anticipée.
- Les défenderesses réduiront en conséquence les taux d'interchange par défaut et les frais de réseau;
- Les acquéreurs réduiront à leur tour les frais d'acceptation des cartes imposés à leurs clients.

[330] Les défenderesses font également valoir que la capacité des commerçants de refuser les cartes de certains émetteurs rendrait beaucoup plus difficile l'entrée sur le marché de nouveaux émetteurs.

[331] En ce qui concerne la capacité des commerçants d'établir une distinction entre les émetteurs, la commissaire n'a pas défini le marché à l'intérieur duquel le Tribunal pouvait examiner l'état de la concurrence parmi les émetteurs de cartes. Quoi qu'il en soit, la preuve ne suffit pas pour établir que chacune des défenderesses a fait monter les prix des services de réseau de cartes de crédit au motif que la règle obligeant à honorer toutes les cartes interdit aux commerçants de n'accepter que certaines cartes de crédit, selon l'identité de l'émetteur.

[332] En ce qui a trait à la capacité des commerçants d'établir une distinction quant aux types et aux marques de cartes, nous devons déterminer le rôle que joue la règle obligeant à honorer toutes les cartes dans l'augmentation des frais d'acceptation des cartes par la suppression de la concurrence et par l'externalisation des coûts.

[333] Le Tribunal dispose de peu d'éléments de preuve sur le rôle que pourrait jouer la règle obligeant à honorer toutes les cartes dans l'externalisation des coûts.

[334] Monsieur Winter a convenu en contre-interrogatoire que la règle obligeant à honorer toutes les cartes ne joue qu'un rôle secondaire dans son analyse et que la suppression de la règle de non-imposition de frais supplémentaires permettrait de dissiper ses préoccupations.

[335] Monsieur Winter ne mentionne pas la règle obligeant à honorer toutes les cartes dans son explication de l'externalisation des coûts.

[336] Monsieur Frankel affirme dans son rapport que la règle obligeant à honorer toutes les cartes a pour effet de rendre plus rigide la demande à laquelle doit répondre chaque réseau, mais ne fournit aucune analyse ni autre élément à l'appui. Il dit également que l'élimination de la règle obligeant à honorer toutes les cartes fournirait aux commerçants un autre « outil concurrentiel » sous la forme d'un refus sélectif des cartes privilèges.

[337] Quant à la preuve au sujet de la règle obligeant à honorer toutes les cartes, les témoins des commerçants se limitaient en général à déclarer qu'ils envisageaient de refuser certains types de cartes de crédit.

[338] Il semble que l'interfinancement continuera d'exister dans la mesure où les cartes de crédit seront plus coûteuses pour les commerçants que d'autres formes de paiement. Le Tribunal doit se contenter de faire des hypothèses sur la façon dont les défenderesses pourraient rajuster le prix relatif aux avantages liés aux autres cartes compte tenu du refus sélectif d'accepter leurs cartes privilèges.

[339] Le Tribunal conclut que la preuve est insuffisante pour soutenir qu'en appliquant la règle obligeant à honorer toutes les cartes, les défenderesses ont fait monter les frais d'acceptation des cartes au moyen de l'externalisation des coûts.

[340] Reste la possibilité que la règle obligeant à honorer toutes les cartes ait pu faciliter la suppression de la concurrence sur le plan des prix entre les défenderesses, et faire ainsi monter les frais d'acceptation des cartes. Or, comme il a déjà été mentionné, le fait d'établir un effet de nuire à la concurrence sur le plan des prix ne saurait satisfaire à la fois à l'exigence énoncée à l'alinéa 76(1)a), selon laquelle le comportement doit faire monter le prix, et à l'exigence énoncée à l'alinéa 76(1)b), selon laquelle le comportement doit avoir pour effet de nuire à la concurrence. Étant donné qu'une conclusion selon laquelle la règle obligeant à honorer toutes les cartes a pour effet de nuire à la concurrence entre les défenderesses devrait jouer un double rôle, le Tribunal n'examinera pas davantage cette question.

(c) La règle de non-discrimination

[341] Comme il a été expliqué précédemment, la commissaire fait également valoir qu'en appliquant la règle de non-discrimination, MasterCard a fait monter le prix auquel les acquéreurs vendent des services de réseau de cartes de crédit aux commerçants. Les règles de Visa ne comprennent pas de règle semblable.

[342] Bien que la commissaire mentionne brièvement la règle de non-discrimination dans son argumentation finale, ses observations portaient sur la règle de non-imposition de frais supplémentaires et la règle obligeant à honorer toutes les cartes. La commissaire fait explicitement référence à la façon dont ces deux dernières règles auraient fait monter les prix, mais aucune observation similaire ne porte sur la règle de non-discrimination. Dans d'autres paragraphes, la commissaire parle des règles à l'intention des commerçants, collectivement. Dans les circonstances, il nous est difficile de nous prononcer sur cette question vu le peu d'importance accordée à cette règle et à ses effets. Le Tribunal reconnaît néanmoins qu'il est logiquement possible que la règle de non-discrimination de MasterCard ait pu influencer sur

l'importance de l'effet nuisible que l'application de la règle de non-imposition de frais supplémentaires peut avoir sur la concurrence par les prix. Nous aborderons cette question brièvement lorsque nous formulerons nos conclusions relatives à l'alinéa 76(1)b).

(d) Conclusion

[343] Nous concluons qu'il a été satisfait au critère énoncé à l'alinéa 76(1)a) en ce qui concerne la règle de non-imposition de frais supplémentaires. Nous examinerons maintenant la question de savoir si le comportement visé a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

B. Alinéa 76(1)b)

(1) Position de la commissaire

[344] Comme il a été expliqué précédemment, la commissaire affirme qu'aux fins de l'examen des effets concurrentiels des règles à l'intention des commerçants, le marché pertinent est composé des services de réseau de cartes de crédit d'utilisation courante. Elle ajoute que la preuve soumise au Tribunal démontre que Visa et MasterCard exercent toutes les deux un pouvoir de marché dans le cadre du marché pertinent.

[345] S'agissant des effets négatifs, la commissaire fait valoir que l'élimination des règles à l'intention des commerçants donnerait le feu vert aux concurrents qui, depuis des années, sont absents du marché des services de réseau de cartes de crédit dans le marché. Elle affirme que les règles à l'intention des commerçants ont pour effet de nuire à la concurrence en diminuant sensiblement ou en éliminant l'avantage qu'auraient les défenderesses à réduire les frais, en s'attaquant à la sensibilisation des clients aux prix lorsque ces derniers choisissent un mode de paiement au point de vente et en éliminant la concurrence entre Visa et MasterCard relativement à ces frais.

[346] La commissaire fait également valoir que les règles à l'intention des commerçants font obstacle à l'entrée sur le marché d'autres fournisseurs de services et réseaux de paiement existants ou nouveaux et gênent la concurrence. Elle soutient ainsi que les règles à l'intention des commerçants préservent ou renforcent l'emprise des défenderesses sur le marché.

[347] Les autres arguments avancés par la commissaire sont que les règles à l'intention des commerçants (1) ont nui aux consommateurs, y compris aux consommateurs qui payent pour des biens et des services en recourant à des formes de paiement moins coûteuses (appelée parfois la thèse d'atteinte à l'interfinancement); (2) ont nui à la transparence de l'industrie; et (3) ont nui de façon importante à la capacité des commerçants de se protéger, y compris en dirigeant le consommateur vers d'autres formes de paiement moins coûteuses.

[348] La commissaire ajoute que les moyens de défense ou les justifications des défenderesses ne sont pas pertinents quant à savoir si les règles à l'intention des commerçants contreviennent à l'article 76, et ne constituent que de simples affirmations conjecturales qui ne sont pas étayées par la preuve et qui, dans bien des cas, ne correspondent en rien aux réalités du marché.

(2) Position des défenderesses

[349] Les défenderesses soutiennent que la commissaire n'a pas réussi à établir que les règles à l'intention des commerçants ont pour effet de nuire à la concurrence dans un marché. Elles relèvent de nombreuses lacunes dans l'analyse de la commissaire relative à l'« effet de nuire », dont ce qui suit :

- l'omission de la commissaire de tenir compte de l'incidence du comportement allégué sur tous les aspects de la concurrence, par exemple le prix, la qualité, les services, les choix des consommateurs et l'innovation;
- l'omission de la commissaire de tenir compte de la nature biface du marché;
- l'omission de la commissaire de tenir compte des aspects favorables à la concurrence et à l'efficacité des règles à l'intention des commerçants. Selon les défenderesses, la preuve présentée dans la présente instance démontre que les règles sont favorables à la concurrence et à l'efficacité des pratiques commerciales fondées sur une logique économique solide. Les règles à l'intention des commerçants ont pour effet d'équilibrer le système de cartes de crédit, de protéger les intérêts des franchiseurs légitimes et de protéger les défenderesses contre l'atteinte à la réputation. Les défenderesses affirment également que l'on a présenté aucun élément de preuve tendant à démontrer que le motif sous-jacent à la règle de non-imposition de frais supplémentaires ou la règle obligeant à honorer toutes les cartes soit anti-concurrentiel.
- la thèse de la commissaire relative à l'élimination de la concurrence est tributaire de la preuve, selon la prépondérance des probabilités, que plusieurs étapes de nature conjecturale auront pour effet la réduction des frais d'acceptation des cartes. Les défenderesses affirment que chacune des étapes de la chaîne causale comporte des lacunes importantes et que la thèse de la commissaire relative à l'élimination de la concurrence est donc irrecevable.
- la thèse de l'atteinte à interfinancement invoquée par la commissaire n'a rien à voir avec l'existence d'un effet de nuire à la concurrence et elle ne permet aucunement de démontrer qu'il existe un effet de nuire. Les défenderesses ajoutent qu'aucune preuve n'établissait que les prix de détail avaient augmenté par suite de l'application des règles à l'intention des commerçants et que, de toute manière, le secteur du commerce de détail n'est pas un marché pertinent pour l'application de l'alinéa 76(1)b).

(3) Le sens de « effet de nuire à la concurrence dans un marché »

[350] Le tribunal a interprété l'expression « effet de nuire à la concurrence dans un marché » dans le contexte de l'alinéa 75(1)e) de la Loi dans *B-Filer et al. c. La Banque de Nouvelle-Écosse*, 2006 Trib. con. 42. L'alinéa 75(1)e) exige également l'existence d'un effet de nuire à la concurrence, mais limite l'examen à deux périodes. Dans *B-Filer*, le Tribunal a conclu que cette disposition exige une évaluation de la compétitivité d'un marché dans lequel une entreprise se livre à un refus de vendre et une autre dans ce marché où cette pratique est absente, et plus particulièrement, que la pratique en question doit avoir eu pour effet de préserver ou de renforcer le pouvoir de marché des autres participants ou de créer un pouvoir de marché pour l'un d'eux :

En conséquence, nous concluons que l'alinéa 75(1)e) de la Loi exige, de la même façon, une évaluation de la compétitivité réelle ou probable d'un marché dans lequel une entreprise se livre à un refus de vendre et une autre dans ce marché où cette pratique est absente. Il faut donc savoir quel est le sens du mot « compétitivité ».

...

Hormis les décisions susmentionnées, qui montrent qu'une évaluation relative de la compétitivité d'un marché est liée à une évaluation de pouvoir de marché et à la façon dont cette emprise a pu évoluer, la nature même des différents moyens que les entreprises utilisent pour se faire concurrence donne également à penser que tel est le cas.

Les effets nuisibles sur un marché se manifestent généralement sous la forme d'une hausse du prix, du maintien d'un prix qui aurait par ailleurs été plus bas, d'une diminution de la qualité des produits vendus sur le marché (notamment en ce qui a trait aux caractéristiques comme la garantie, la qualité du service et l'innovation touchant le produit) ou d'une baisse de la variété de produits mis à la disposition du consommateur. La question à trancher est de savoir si l'un ou l'autre de ces facteurs ou d'autres facteurs liés à la concurrence peuvent être touchés lorsqu'il n'y a aucun pouvoir de marché.

La variété de produits (y compris la variété sur le plan des emplacements géographiques où le produit est vendu) sur un marché caractérisé par l'existence de différents produits représente manifestement le facteur le plus susceptible d'être touché lorsqu'aucune emprise n'est exercée sur le marché. Le produit d'une entreprise peut être éliminé ou devenir moins accessible par suite d'un refus de vendre sans que les autres participants du marché n'exercent un pouvoir de marché. Cependant, dans un marché qui demeure concurrentiel après qu'une entreprise refuse d'approvisionner un client, l'effet sur le consommateur de la disparition du produit est négligeable. C'est là l'essence même des marchés concurrentiels : aucun vendeur n'exerce à lui seul une influence sur le prix ou sur un autre facteur touchant la concurrence, y compris la variété. Dans ce genre de marché, la disparition d'une entreprise qui vend un produit ne sera pas remarquée ou permettra à un autre concurrent de faire son entrée sur le marché.

Il en va de même en ce qui a trait aux répercussions d'un refus de vendre sur le prix, sur la qualité du produit et sur tout autre facteur touchant la concurrence. En conséquence, à notre avis, pour que le refus de vendre ait un effet nuisible sur un marché, ce refus doit avoir eu pour effet de préserver ou de rehausser le pouvoir de marché des autres participants ou de créer un pouvoir de marché pour l'un d'eux.

[351] Le Tribunal a aussi conclu que le seuil exigé, soit l'« effet de nuire », est inférieur à celui qui est prévu dans les autres dispositions, soit l'« effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement ».

[352] Le Tribunal a confirmé l'approche exposée ci-dessus dans *Nadeau Ferme Avicole Limitée c. Groupe Westco Inc. et al.*, 2009 Trib. con. 6, conf. par 2011 CAF 188, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 34401 (22 décembre 2011).

[353] Le Tribunal doit donc comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence du comportement visé avec celui qui existerait en l'absence de cette pratique, pour ensuite déterminer si le comportement a pour effet de nuire à la concurrence. Cette comparaison doit se faire en tenant compte des effets réels dans le passé et dans le présent, ainsi que des effets vraisemblables dans l'avenir (voir *Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 31637 (10 mai 2007)).

(4) Analyse

[354] Lorsqu'il s'agit de déterminer si le comportement visé a eu pour effet de nuire à la concurrence entre les défenderesses dans le marché des services de réseau de cartes de crédit vendus aux acquéreurs, nous convenons que tout effet de nuire à la concurrence par les prix entre les défenderesses aura une incidence à la hausse sur les frais de l'acquéreur.

[355] Selon la commissaire, la règle de non-imposition de frais supplémentaires réduit la concurrence par les prix entre Visa et MasterCard dans le marché des services de réseau de cartes de crédit vendus aux acquéreurs en empêchant les commerçants d'opposer les réseaux en imposant des frais supplémentaires à un seul des deux réseaux ou en menaçant de le faire (imposition de frais supplémentaires différentielle ou sélective). À cause des règles à l'intention des commerçants, Visa et MasterCard sont moins portées à se faire concurrence en offrant de réduire les frais de l'acquéreur, rabais que les acquéreurs transmettraient sous la forme de frais d'acceptation des cartes moins élevés pour remercier les commerçants de ne pas imposer de frais supplémentaires ou de réduire les frais déjà exigés :

[TRADUCTION]

488. Dans le « monde hypothétique » exempt des contraintes des commerçants, Visa et MasterCard seraient d'autant plus portées à veiller que les frais d'acceptation des cartes correspondent aux niveaux concurrentiels. Par exemple, en l'absence des contraintes des commerçants, Visa pourrait réduire les frais d'interchange afin d'éliminer ou de réduire la probabilité que les commerçants imposent des frais supplémentaires à l'égard de ses cartes de crédit alors qu'ils continueraient à imposer des frais supplémentaires à l'égard des cartes de crédit MasterCard. Dans un marché concurrentiel normal, le prix inférieur établi par Visa entraînerait un volume d'opérations supérieur et permettrait d'obtenir une part de marché supplémentaire. Les titulaires qui détenaient des cartes de crédit Visa même avant la réduction ou l'élimination des frais supplémentaires réagiraient en utilisant ces cartes Visa pour effectuer davantage d'opérations. D'autres consommateurs se procureraient des cartes de crédit Visa pour profiter de la réduction ou de l'élimination des frais supplémentaires.

489. Ces sources d'augmentation de la demande par suite de la réduction des frais élevés d'acceptation des cartes empêcheraient les défenderesses d'imposer ou de maintenir des frais d'acceptation des cartes supraconcurrentiels. Comme le conclut M. Winter, « [d]ans le contexte de l'imposition de frais supplémentaires, la capacité de faire une distinction entre les cartes de crédit Visa et les cartes de crédit MasterCard constituerait une source importante de discipline concurrentielle qui permettrait de maintenir les frais des services aux commerçants à des niveaux concurrentiels ».

[356] Dans son rapport d'expert, M. Winter a expliqué plus en détail comment l'élimination de la règle de non-imposition de frais supplémentaires aurait pour effet d'accroître la concurrence par les prix entre Visa et MasterCard relativement aux frais imposés aux acquéreurs :

[TRADUCTION]

72. Examinons la nature de la concurrence entre Visa et MasterCard dans un système de cartes de crédit à quatre parties où sont absentes les règles à l'intention des commerçants. Dans un marché sans règles à leur intention, les commerçants pourraient imposer des frais supplémentaires sur les opérations par carte de crédit. Visa et MasterCard se feraient concurrence dans le marché pertinent sur le plan des prix, c.-à-d. des frais imposés aux acquéreurs (ainsi que la portion du prix attribué aux émetteurs). En l'absence de règles à l'intention des commerçants, aucune des deux ne pourrait maintenir un prix supraconcurrentiel. L'imposition d'un prix supraconcurrentiel par Visa, par exemple, inciterait MasterCard à réduire les frais imposés aux acquéreurs pour faire concurrence au prix appliqué par Visa et ainsi réduire ou éliminer la probabilité que les commerçants imposent des frais supplémentaires. La diminution des frais de l'acquéreur par MasterCard serait transmise aux commerçants sous la forme d'une diminution des frais de services qui leur sont imposés, vu la forte concurrence entre les acquéreurs. Les commerçants transmettraient à leur tour tout ou partie de la diminution des frais de services aux commerçants sous la forme d'une baisse des prix moins pour les opérations par carte MasterCard, soit en n'imposant pas de frais supplémentaires à l'égard des cartes de crédit MasterCard, soit en appliquant des frais supplémentaires moins élevés à l'égard des cartes de crédit MasterCard que dans le cas des cartes Visa. La baisse des frais appliqués aux opérations par carte de crédit MasterCard ferait augmenter le volume des opérations – d'où une plus grande part de marché – provenant de trois sources : (a) les consommateurs qui détenaient des cartes de crédit MasterCard même avant la réduction ou l'élimination des frais supplémentaires réagiraient à la réduction des frais supplémentaires en utilisant ces cartes de crédit pour effectuer davantage d'opérations. Cela donnerait très probablement lieu à une augmentation de la part de marché pour MasterCard parce que le consommateur qui détient plusieurs cartes de crédit sera, au point de vente, en mesure d'acheter le même produit pour un prix moindre.

Environ la moitié des titulaires de carte de crédit au Canada détiennent des cartes de marques différentes, par exemple, une carte Visa et une carte MasterCard; (b) d'autres consommateurs se procureraient des cartes de crédit MasterCard, attirés par les frais supplémentaires inférieurs ou par l'absence des frais supplémentaires;

et (c) certains des commerçants qui n'acceptaient pas les cartes de crédit MasterCard commenceraient à le faire, en raison des frais de services aux commerçants moins élevés. Les commerçants réagiront également à la popularité accrue de MasterCard parmi les titulaires de cartes (en raison des effets décrits aux alinéas (a) et (b), ci-dessus).

73. Toutes ces sources d'augmentation de la demande par suite d'une réduction des frais de l'acquéreur empêcheraient les sociétés de carte de crédit d'imposer ou de maintenir des frais de l'acquéreur supraconcurrentiels dans un marché concurrentiel de services de réseau de cartes de crédit fournis aux acquéreurs. Dans le contexte de l'imposition de frais supplémentaires, la possibilité de faire une distinction entre les cartes de crédit Visa et les cartes de crédit MasterCard constituerait une source importante de discipline concurrentielle qui permettrait de maintenir les frais des services aux commerçants à des niveaux concurrentiels.

[357] Dans son témoignage, M. Carlton a expliqué comme suit l'effet de la règle de non-imposition de frais supplémentaires sur la concurrence entre Visa et MasterCard :

[TRADUCTION] Dans le contexte des cartes de crédit, partons de l'hypothèse que Visa souhaite promouvoir l'utilisation de ses cartes et qu'elle réduit les frais de services. Eh bien, il s'ensuivra alors une réduction des frais du commerçant si l'on utilise les cartes Visa. Cela signifie peut-être que le commerçant veut dire au client « Voilà, je voudrais que vous utilisiez votre carte Visa, et non la carte MasterCard, parce que maintenant Visa est très peu coûteuse pour moi ». Ce que le commerçant ne peut pas faire à cause de la règle de non-imposition de frais supplémentaires. Visa serait donc moins portée à réduire les frais en question. La règle de non-imposition de frais supplémentaires a donc pour effet de rendre Visa et MasterCard moins enclins à se faire concurrence à l'égard des frais de services et des frais d'interchange.

[358] Dans son rapport, M. Frankel a aussi expliqué la façon dont l'imposition sélective de frais supplémentaires pourrait inciter la concurrence inter-marques si elle était autorisée :

[TRADUCTION]

131. Étant donné que des frais plus élevés se traduisent par une imposition de frais supplémentaires (pour des montants plus élevés) – lorsque telle imposition est autorisée – et que l'imposition de frais supplémentaires se traduit par une baisse de l'utilisation des cartes visées par l'imposition, les réseaux de cartes de crédit ont tout avantage sur le plan économique à ne pas augmenter les frais lorsque les commerçants peuvent imposer des frais supplémentaires. C'est pourquoi ils ont d'autant plus avantage sur le plan économique à appliquer la règle de non-imposition de frais supplémentaires.

[...]

139. Bref, les réseaux de cartes de crédit et leurs conseillers ont reconnu à plusieurs reprises la réalité économique, à savoir que les commerçants qui imposent des frais supplémentaires font augmenter la concurrence à l'égard des frais d'interchange – l'élément le plus important des frais d'acceptation des cartes.

La logique concurrentielle est bien simple : l'augmentation des frais d'acceptation des cartes pour une marque ou une catégorie particulière de cartes appartenant à une marque incitera d'autant plus les commerçants à imposer des frais supplémentaires à l'égard de ces cartes, et ce, à des taux plus élevés pour les cartes plus coûteuses. La preuve confirme que c'est ce qui arrive effectivement. Les consommateurs qui se verront imposer des frais supplémentaires – et des frais supplémentaires différentiels – au point de vente, auront avantage sur le plan économique à moins utiliser les cartes visées par les frais supplémentaires ou les cartes faisant l'objet des frais supplémentaires les plus élevés. Là encore, la preuve confirme que c'est ce qui arrive effectivement.

140. Enfin, confrontés à une baisse de l'utilisation de leurs cartes causée par une imposition de frais supplémentaires attribuable à des frais élevés d'acceptation de leurs cartes, les réseaux de carte auront avantage sur le plan économique à réduire ces frais, ce qu'ils n'auraient pas à faire dans le cas de l'application de la règle de non-imposition de frais supplémentaires. Là encore, la preuve confirme que c'est ce qui arrive effectivement.

[non souligné dans l'original]

[359] Les défenderesses contestent la prétention de la commissaire selon laquelle les règles à l'intention des commerçants ont pour effet de nuire à la concurrence, affirmant essentiellement que celle-ci ne tient pas compte de l'un des côtés de la plateforme. Les défenderesses font également valoir que, même si la thèse de la commissaire relative à l'élimination de la concurrence s'avérait juste, les effets que les règles auraient sur le marché des services de réseau de cartes de crédit vendus aux acquéreurs seraient annulés par la concurrence qui règne sur le marché des services de réseau de cartes de crédit vendus aux émetteurs où les règles à l'intention des commerçants ne s'appliquent pas.

[360] Pour les motifs énoncés ci-dessus, le Tribunal convient avec la commissaire que le marché de produit pertinent est celui de la fourniture de services de réseau de cartes de crédit aux acquéreurs et que les défenderesses ont chacune un pouvoir sur ce marché. Il reste à déterminer si la règle de non-imposition de frais supplémentaires a eu pour effet de préserver ou de renforcer ce pouvoir sur le marché en question. À cet égard, le Tribunal estime que la possibilité que les règles à l'intention des commerçants aient pu nuire à la concurrence sur d'autres marchés non définis ne constitue pas un facteur pertinent.

[361] Acceptant la définition du marché donnée par la commissaire aux fins de l'argumentation, les défenderesses soutiennent que : (1) pour diverses raisons, la règle de non-imposition de frais supplémentaires favorise en général la concurrence par son objet et son effet; (2) les arguments de la commissaire portent sur la négociation bilatérale entre les commerçants et les réseaux de cartes plutôt que sur la concurrence; et (3) la preuve n'étaye pas les hypothèses sur lesquelles repose la prétention de la commissaire voulant qu'il y aurait eu davantage de concurrence par les prix sur le marché pertinent sans la règle de non-imposition de frais supplémentaires.

[362] Bien que nous doutions fortement de la pertinence d'examiner ces allégations sous l'angle de l'alinéa 76(1)b), plutôt que de les considérer comme des facteurs à prendre en compte dans l'exercice de notre pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il convient de rendre une ordonnance, nous tiendrons pour acquis, pour les besoins de la présente décision, qu'elles peuvent être prises en considération dans le cadre de l'analyse relative à l'effet de nuire.

Raison proconcurrentielle

[363] Les défenderesses citent les rapports d'expert de M. Elzinga et de M. Church portant que les règles à l'intention des commerçants sont fondées sur une raison proconcurrentielle visant à accroître l'efficacité. M. Elzinga qualifie ces règles de « garanties pour les titulaires de cartes ». Elles visent à empêcher les commerçants de se livrer à des pratiques de prise en otage et de resquillage :

[TRADUCTION] Les commerçants (notamment ceux qui ne s'attendent pas à une fidélisation de la clientèle) ont avantage à se livrer à des pratiques de prise en otage, c'est-à-dire d'imposer des frais supplémentaires après que le consommateur ait pris des mesures pour acquérir le produit ou le service en question. Ce type de comportement favorise particulièrement le resquillage, c.-à-d. à tirer profit des investissements faits par le réseau de cartes et les autres commerçants qui respectent les règles de Visa et n'imposent pas de frais supplémentaires : le resquillage a lieu parce que les commerçants qui se livrent à des pratiques de prise en otage tirent profit de l'augmentation de la demande du système qui découle de ce que l'on s'attend à ce que toute forme de paiement soit acceptée et que des frais supplémentaires ne soient pas imposés aux titulaires de carte. Le commerçant qui se livre au resquillage pourra augmenter ses bénéfices en demandant à ses clients de se tourner vers une forme de paiement moins coûteuse ou en imposant des frais supplémentaires.

[364] Les défenderesses font également valoir que rien dans les documents qu'elles étaient tenues de produire n'indique que les règles à l'intention des commerçants avaient pour objet d'empêcher ou de diminuer la concurrence entre elles. La défenderesse Visa fait aussi observer que les règles à l'intention des commerçants s'appliquent depuis plus de trente ans, soit bien avant qu'elle détienne un pouvoir de marché. De plus, d'autres plateformes de paiement, concurrentes, plus petites et sans aucun pouvoir de marché, appliquent actuellement des règles semblables aux règles à l'intention des commerçants.

[365] La commissaire répond que la justification des règles à l'intention des commerçants par des arguments fondés sur la protection des consommateurs n'est qu'un prétexte. Elle fait premièrement valoir que l'imposition de frais supplémentaires ne constitue pas une prise en otage si les consommateurs en sont informés à l'avance. Deuxièmement, la crainte d'être reconnus pour leur comportement opportuniste devrait dissuader les commerçants de se livrer à des pratiques de prise en otage en imposant des frais supplémentaires inattendus ou excessifs autant qu'elle empêche l'adoption de ce type de stratégie dans d'autres services, par exemple le stationnement. Troisièmement, la surprise causée au départ par l'imposition des frais supplémentaires devrait diminuer au fur et à mesure que la pratique se répand. Quatrièmement, l'effet dissuasif lié à la réputation pourrait être renforcé par une divulgation obligatoire des frais

supplémentaires, comme le font apparemment les défenderesses en Australie et en Nouvelle-Zélande. Cinquièmement, les défenderesses n'ont présenté aucun élément de preuve tendant à démontrer l'existence de pratiques d'appât et substitution ou d'autres tactiques trompeuses parmi les commerçants qui imposent des frais de commodité dans les pays où il est permis de le faire.

[366] Le Tribunal convient avec la commissaire que l'imposition de frais supplémentaires (ou le refus d'accepter un type de carte) ne constitue pas formellement une pratique de prise en otage si les titulaires de carte en sont informés à l'avance. Le Tribunal admet également que les effets sur la réputation et les exigences contractuelles relatives à la divulgation des frais supplémentaires et des politiques d'acceptation de cartes peuvent atténuer l'effet de surprise que peuvent créer des frais supplémentaires ou un refus d'accepter une carte. Nous estimons également qu'un comportement qui est proconcurrentiel dans certaines conditions du marché peut être anticoncurrentiel dans d'autres circonstances.

[367] Les défenderesses justifient la règle de non-imposition de frais supplémentaires par la volonté de protéger les consommateurs et d'empêcher les commerçants d'imposer des frais supplémentaires excessifs. Elles font état des préoccupations formulées en Australie et au Royaume-Uni à l'égard des frais supplémentaires qui semblent dépasser de loin les frais d'acceptation des cartes versés par les commerçants. La commissaire soutient que les défenderesses n'ont pas établi qu'une partie substantielle du « secteur des commerçants » possède un pouvoir de marché ni que la permission accordée aux commerçants d'imposer des frais supplémentaires confère à ceux-ci un pouvoir de marché. En fait, imposer des frais supplémentaires est plutôt la façon normale de transmettre les coûts liés à un service (mode de paiement) que le client a choisi.

[368] Le Tribunal croit comprendre que le fait d'autoriser un commerçant à imposer des frais supplémentaires ne lui confère pas un pouvoir de marché, mais qu'il crée une nouvelle marge de laquelle le commerçant qui possède un pouvoir de marché pourrait tirer des bénéfices. C'est ce qui confirme M. Church dans sa réponse à une question adressée par le Tribunal :

[TRADUCTION]

JUGE PHELAN : D'accord. Quelle est l'incidence de la règle de non-imposition de frais supplémentaires? S'ils ont déjà un pouvoir de marché, ils tirent probablement le plus de bénéfices possible. En leur imposant des frais supplémentaires, ne changez-vous pas simplement leur façon de maximiser leurs bénéfices?

PROFESSEUR CHURCH : Non, parce qu'on donne -- donc, il existe une courbe de la demande pour l'utilisation des cartes par les consommateurs, et elle permet l'imposition de frais supplémentaires. Cela permet aussi aux commerçants d'exercer leur pouvoir de marché, le cas échéant, selon cette courbe de la demande; alors, si vous interdisez l'imposition de frais supplémentaires, ils ne seront plus en mesure de le faire.

[369] Selon la commissaire, l'importance estimée du caractère excessif des frais supplémentaires imposés en Australie est peut-être exagérée. Elle affirme que l'étude effectuée par East & Partners au sujet de l'imposition de frais supplémentaires en Australie ne permet pas

une comparaison « d'égal à égal » du fait qu'on y compare les frais supplémentaires imposés par les commerçants avec les frais moyens d'acceptation des cartes. Si les commerçants qui imposent des frais supplémentaires versent des frais d'acceptation des cartes supérieurs à la moyenne, alors le caractère excessif des frais supplémentaires est surestimé. La commissaire ne présente pas d'autres éléments de preuve à cet égard. Aucune des personnes ayant participé directement à l'estimation de l'importance des frais supplémentaires en Australie n'a comparé devant le Tribunal. Tout ce que l'on peut affirmer est que l'importance du caractère excessif des frais supplémentaires en Australie est contestée.

[370] Comme nous l'avons déjà dit, les parties n'ont pas établi que les « commerçants » forment un marché à l'intérieur duquel il est possible d'évaluer le pouvoir de marché. Les déclarations des témoins des commerçants portant qu'ils font face à une concurrence féroce sont insuffisantes à cet égard. Le Tribunal ne dispose ainsi d'aucun élément lui permettant de déterminer le poids, s'il en est, à accorder aux arguments des défenderesses que la règle de non-imposition de frais supplémentaires favorise la concurrence, en ce sens qu'elle vise à protéger les titulaires de cartes contre une imposition excessive de frais supplémentaires. Ce qui est évident, et ce sur quoi le Tribunal se penchera dans son analyse concernant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, c'est que les allégations relatives à l'imposition de frais supplémentaires excessifs semblent soulever d'importantes préoccupations d'intérêt public en Australie et au Royaume-Uni.

[371] Selon les défenderesses, les règles à l'intention des commerçants ont un effet proconcurrentiel du fait qu'elles ont fait augmenter la production sur le marché pertinent. M. Elzinga fait remarquer que [TRADUCTION] « le corollaire nécessaire des frais d'acceptation des cartes qui sont trop élevés est, selon la commissaire, un volume d'opérations dans les réseaux qui est trop faible. Tout comportement anticoncurrentiel sur un marché, qu'il soit réel ou hypothétique, a toujours pour effet de restreindre la production ».

[372] Monsieur Elzinga a examiné plusieurs relevés du volume des opérations par carte de crédit. Il a déclaré que le volume des opérations en dollars pour Visa et MasterCard, exprimé en pourcentage des dépenses personnelles de consommation, a augmenté au cours de la période 2003-2010, malgré le recul enregistré pendant la période 2008-2009 pour les deux marques. Le nombre de commerçants ayant accepté les cartes Visa et MasterCard a reculé entre 2003 et 2004, a augmenté de façon constante entre 2004 et 2009 et semble avoir plafonné entre 2009 et 2010. Tout en admettant l'existence d'autres facteurs ayant pu influencer sur le volume des opérations par carte de crédit, M. Elzinga conclut que la preuve ne fait ressortir aucune restriction de la production; elle indique plutôt que [TRADUCTION] « le bilan économique montre une croissance de la production ».

[373] Le Tribunal convient que l'imposition de prix supraconcurrentiels et la limitation de la production sont complémentaires; toutefois, si la demande est inélastique, la restriction de la production peut être minime. Le Tribunal estime cependant que la croissance qui a été observée dans l'utilisation des cartes de crédit pourrait dépendre de plusieurs facteurs et qu'elle ne signifie pas en soi que les règles à l'intention des commerçants n'ont pas eu pour effet de limiter la production. L'observation suivant laquelle la demande dans un marché a augmenté au fil du temps ne veut pas nécessairement dire quelque chose sur l'existence ou la non-existence d'un pouvoir de marché, ou sur le niveau concurrentiel du prix dans le marché pertinent. L'existence

d'un pouvoir de marché signifie que le prix du marché est plus élevé et que la demande est plus faible qu'ils ne le seraient dans des conditions concurrentielles à un moment donné, non pas que la demande n'est pas croissante. La demande relative aux services de réseau de cartes de crédit aurait pu augmenter (connaître une expansion) pour nombre de raisons, par exemple l'essor des achats en ligne ou du paiement électronique dans les stationnements ou les distributeurs automatiques, ou encore un changement général de préférence quant au transport d'argent comptant (pièces de 1 \$ et de 2 \$) ou de chèques.

[374] Les règles à l'intention des commerçants peuvent aussi avoir contribué à l'augmentation qui a été observée de la demande des services de réseau de cartes de crédit. En fait, il est difficile d'imaginer que l'un ou l'autre des réseaux ait pu accepter d'établir des frais d'interchange par défaut plus élevés, à moins qu'il ait anticipé que cela se traduirait par une augmentation du volume du réseau. Dans la mesure où elles ont entraîné des frais d'interchange plus élevés que ceux qui auraient autrement existé, les règles à l'intention des commerçants ont peut-être donné aux émetteurs les moyens et les raisons de promouvoir davantage l'utilisation des cartes. Le Tribunal estime qu'il ne faut pas interpréter cela comme neutralisant les effets proconcurrentiels de la règle de non-imposition de frais supplémentaires. L'affaiblissement de la concurrence par les prix que se livrent les défenderesses correspond à une réduction de la concurrence inter-marques dans le marché pertinent. On ne saurait justifier un comportement ayant pour effet de diminuer la concurrence inter-marques par le fait qu'il incite par ailleurs à une stimulation accrue de la demande du marché.

La commissaire cherche à accroître le pouvoir de négociation des commerçants individuels plutôt que la concurrence entre Visa et MasterCard

[375] Les défenderesses font valoir que les arguments invoqués par la commissaire portent plutôt sur l'importance du pouvoir de négociation que chacun des commerçants a à l'égard de Visa et de MasterCard que sur la concurrence que se livrent ces dernières. Elles soutiennent que le rééquilibrage des positions de négociation de deux entités individuelles ne cadre pas avec l'objectif de la *Loi sur la concurrence*.

[376] Le Tribunal signale qu'on ne lui demande pas d'intervenir dans les négociations entre deux entités. L'ordonnance que la commissaire cherche à obtenir s'appliquerait à toutes les opérations effectuées dans le marché des services de réseau de cartes de crédit vendus aux acquéreurs. Le Tribunal signale également que toute augmentation de la concurrence entre les vendeurs a pour effet d'augmenter le pouvoir des acheteurs, en ce sens que ces derniers disposent de meilleures solutions de rechange et qu'ils sont en mesure d'obtenir un meilleur prix, que cela passe ou non par des négociations officielles. On peut considérer que le redressement sollicité par la commissaire permet aux commerçants de pousser les défenderesses à se livrer à une concurrence par les prix plus forte tout en incitant les défenderesses à se livrer à une concurrence par les prix plus forte.

La preuve n'étaye pas la thèse de la commissaire portant que la concurrence par les prix entre les défenderesses aurait été plus forte en l'absence de la règle de non-imposition de frais supplémentaires.

[377] Les défenderesses soutiennent que la thèse relative à l'élimination de la concurrence invoquée par M. Winter est fondée sur les hypothèses factuelles suivantes, lesquelles n'ont pas été prouvées (l'essentiel de leurs observations suit chaque hypothèse factuelle) :

- L'élimination des règles à l'intention des commerçants amènera les commerçants à « sensibiliser » les clients « aux prix (coût du paiement) » par l'imposition de frais supplémentaires.
 - Il existe d'autres formes de sensibilisation aux prix, comme les rabais, la divulgation au public de renseignements sur l'acceptation des cartes, le refus d'accepter les cartes de crédit Visa ou MasterCard.
- L'imposition de frais supplémentaires serait répandue, ou la menace que cette pratique soit répandue suffirait pour atteindre le même objectif.
 - Il n'existe aucune preuve à cet égard. Plusieurs témoins ont abordé le problème lié à « l'initiative » (à savoir, le commerçant qui prend l'initiative d'imposer des frais supplémentaires risque de perdre des ventes en faveur d'un concurrent qui n'en impose pas); les défenderesses estiment que la plupart des commerçants n'imposeraient pas de frais supplémentaires.
- L'imposition répandue de frais supplémentaires serait suffisamment précise pour permettre aux clients de faire une distinction entre les frais d'acceptation des cartes associés à Visa et à MasterCard (ainsi qu'aux autres réseaux de crédit, aux paiements en espèces ou par carte de débit), ainsi qu'entre les frais d'acceptation des cartes associés aux cartes de crédit ordinaires ou privilèges.
 - Il n'existe aucune preuve à cet égard. La preuve montre plutôt que, lorsqu'il est permis d'imposer des frais supplémentaires, les commerçants sont plus enclins à adopter des formes d'imposition globale de frais supplémentaires ou à imposer des frais supplémentaires excessifs.
- Cette imposition de frais supplémentaires, ou cette pratique discriminatoire, précise et répandue (ou encore la menace d'une telle imposition) provoquera une baisse importante de l'utilisation par les titulaires de carte de la marque concernée ainsi qu'une réduction du nombre des Canadiens qui adhéreront à cette marque, c.-à-d. à une baisse du volume des opérations.
 - Il ne ressort pas de la preuve concernant la situation en Australie que l'imposition de frais supplémentaires risque d'entraîner une baisse du volume des opérations effectuées dans un réseau où il y a imposition de frais supplémentaires; en fait, c'est plutôt le contraire. Le client qui se voit imposer des frais supplémentaires dispose de plusieurs autres solutions (p. ex., il peut choisir d'effectuer l'achat en question ou de se rendre dans un magasin où l'on n'impose pas de frais supplémentaires).
- Devant une baisse touchant l'utilisation de leurs cartes et le taux d'adhésion à celles-ci, Visa et MasterCard réduiraient chacune leur taux d'interchange par

- défaut (ou spécifique) ou leurs frais de réseau pour freiner les pertes liées au volume des opérations sur leurs réseaux, par crainte qu'elles soient importantes.
- Il est peu probable que les défenderesses réduisent les frais d'interchange ou les frais de réseau pour répondre à l'imposition de frais supplémentaires.
 - Cette réduction des taux d'interchange par défaut ou des frais de réseau serait transmise aux commerçants sous la forme d'une réduction des frais d'acceptation des cartes plutôt que d'être retenue par les acquéreurs.
 - Aucune preuve n'étaye cet argument. Les règles à l'intention des commerçants n'obligent pas les acquéreurs à transmettre les réductions aux commerçants; aucun acquéreur n'a témoigné que les économies liées aux coûts des acquéreurs seraient transmises aux commerçants.
 - Cette réduction des frais d'acceptation des cartes serait transmise aux consommateurs sous la forme d'une baisse des prix à la consommation plutôt que d'être retenue par les commerçants.
 - Aucune n'étaye cet argument.

[378] Certains aspects de l'argument soulevé par les défenderesses au sujet de l'absence de preuve à l'appui de la thèse de la commissaire ont déjà été examinés dans le cadre de l'analyse sur la thèse portant que la règle de non-imposition de frais supplémentaires a eu pour effet de faire monter les frais d'acceptation des cartes par l'externalisation des coûts. Or quelques aspects de l'argumentation des défenderesses portent expressément sur la thèse de l'élimination de la concurrence avancée par la commissaire et nous allons les examiner ci-dessous.

[379] En ce qui concerne l'argument selon lequel les règles à l'intention des commerçants permettent à ceux-ci d'accorder des rabais de manière sélective ou de menacer de le faire (plutôt que d'imposer des frais supplémentaires) pour stimuler la concurrence par les prix entre les défenderesses, le Tribunal convient qu'en théorie, les commerçants pourraient demander à Visa ou à MasterCard un rabais qu'ils pourraient transmettre aux clients qui utilisent la carte du réseau qui offre le rabais. La commissaire répond qu'il est impossible pour les commerçants d'offrir des rabais aux clients qui utilisent un type ou une marque de carte de crédit ou qui recourent à d'autres modes de paiement et que, de toute façon, une offre de rabais ne saurait aussi efficacement inciter les consommateurs à choisir un mode de paiement que l'imposition de frais supplémentaires. Le Tribunal convient qu'en pratique, la possibilité pour les commerçants d'offrir des rabais aux clients qui utilisent les types ou marques de carte de crédit les moins coûteux ne saurait atténuer l'effet de la règle de non-imposition de frais supplémentaires de nuire à la concurrence dans le marché pertinent.

[380] Quant à la question de savoir si les commerçants imposeraient des frais supplémentaires ou menaceraient vraisemblablement de le faire, le Tribunal a déjà conclu qu'avec le temps l'imposition de frais supplémentaires serait suffisamment répandue pour que la menace à cet égard devienne crédible. Encore plus importante pour ce qui est de la thèse de l'élimination de la concurrence est la question de savoir si les commerçants procéderaient à une imposition sélective de frais supplémentaires (selon la marque ou le type de la carte), mettant ainsi en concurrence les défenderesses. Les défenderesses font observer à cet égard que, selon les règles en vigueur en Australie, l'imposition de frais supplémentaires ne dépend pas du type de carte de crédit (appelé imposition globale de frais supplémentaires) ou de la marque de carte (Visa ou MasterCard).

[381] Le Tribunal convient que la thèse de la commissaire relative à l'élimination de la concurrence repose sur le fait qu'une imposition sélective des frais supplémentaires stimule la concurrence par les prix sur le marché pertinent, et sur le fait que l'absence d'une telle imposition, suivant la règle de non-imposition de frais supplémentaires, la freine. Bien qu'il reconnaisse qu'il y a apparence d'imposition de frais supplémentaires en Australie, le Tribunal note également que les cartes Amex y font l'objet d'une imposition différente de frais supplémentaires relativement aux cartes Amex en Australie ainsi que les déclarations des témoins des commerçants voulant que l'imposition sélective de frais supplémentaires constitue une stratégie commerciale plausible.

[382] Voici le témoignage de M. Symons d'IKEA à cet égard :

[TRADUCTION] Dans le même ordre d'idées, l'imposition sélective de frais supplémentaires sur les produits d'un réseau de cartes de crédit, par exemple l'imposition de frais supplémentaires sur les cartes Visa, mais non sur les cartes MasterCard, incitera grandement le réseau visé à soutenir la concurrence par des frais d'acceptation des cartes réduits et des services améliorés.

[383] [CONFIDENTIEL] ont fait des déclarations similaires.

[384] Il semblerait être dans l'intérêt des commerçants de recourir, autant que faire se peut, à l'imposition sélective de frais supplémentaires, réelle ou menacée, afin d'obtenir une réduction des frais d'acceptation des cartes.

[385] Quant à savoir si l'imposition sélective de frais supplémentaires, réelle ou menacée, relativement à l'une des marques de cartes de crédit entraînerait une diminution, réelle ou menacée, du volume des opérations effectuées dans le réseau visé, le Tribunal a déjà conclu que l'imposition de frais supplémentaires se traduirait par un déplacement du volume des opérations vers des formes de paiement qui ne font pas l'objet de frais supplémentaires, notamment vers des marques ou des types de cartes de crédit non visés par des frais supplémentaires.

[386] En ce qui a trait à la question de savoir si une diminution, réelle ou menacée, du volume des opérations limiterait les augmentations ou entraînerait des réductions des frais de l'acquéreur du réseau de cartes visé, le Tribunal a déjà conclu qu'il est vraisemblable qu'elle ait cet effet. De plus, la réduction par Amex de ses frais d'acceptation des cartes en Australie pourrait être interprétée comme faisant suite à l'imposition par les commerçants de frais supplémentaires différents aux titulaires de carte.

[387] Quant à la question de savoir si les réductions appliquées aux frais de l'acquéreur seraient transmises aux commerçants et si les réductions appliquées aux frais d'acceptation des cartes seraient transmises aux consommateurs, le Tribunal a déjà conclu que les réductions relatives aux frais de l'acquéreur seraient transmises sous la forme de frais d'acceptation des cartes moins élevés. L'article 76 n'exige pas une conclusion que les commerçants transmettraient finalement aux consommateurs les réductions relatives aux frais d'acceptation des cartes sous la forme de prix moins élevés.

[388] Par conséquent, le Tribunal n'est pas convaincu par les arguments des défenderesses selon lesquels aucun élément de preuve n'a été fourni à l'appui des hypothèses sous-jacentes à l'allégation de la commissaire que le comportement de chacune des défenderesses a eu pour effet de nuire à la concurrence dans le marché pertinent. La preuve étaye effectivement l'allégation de la commissaire selon laquelle la règle de non-imposition de frais supplémentaires a eu pour effet d'éliminer la concurrence par les prix entre les défenderesses dans le marché des services de réseau de cartes de crédit vendus aux acquéreurs.

[389] Le Tribunal a conclu que chacune des défenderesses a joui et continue de jouir d'un pouvoir dans le marché des services de réseau de cartes de crédit. Le Tribunal a également conclu que la règle de non-imposition de frais supplémentaires a fait obstacle à la concurrence par les prix dans ce marché et qu'il s'agit là d'une consolidation du pouvoir de marché. Plus particulièrement, après avoir examiné les trois périodes prévues à l'alinéa 76(1)b) et après avoir procédé à une évaluation du marché, une où le comportement en cause est présent, et une autre où il est absent, pendant ces périodes d'examen, nous concluons que ledit comportement a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans le marché des services de réseau de cartes de crédit.

[390] Avant de formuler sa conclusion générale, le Tribunal aimerait dire quelques mots sur l'interaction entre la règle de non-imposition de frais supplémentaires et la règle de non-discrimination. Comme nous l'avons expliqué précédemment, la commissaire a examiné les règles à l'intention des commerçants plutôt dans leur ensemble et n'a pas procédé à une analyse exhaustive de chacune de ces règles et de ses effets sur les autres règles. Bien qu'aucun argument explicite n'ait été formulé à cet égard, on aurait pu prétendre que, dans le monde hypothétique qui aurait existé en l'absence de la règle de non-imposition de frais supplémentaires, les commerçants auraient pu menacer d'imposer des frais supplémentaires sur les cartes Visa, mais non sur les cartes MasterCard, en raison de la règle de non-discrimination de MasterCard. Or, aucun élément de preuve n'a été présenté à cet égard. Nous estimons que, même si les commerçants avaient eu de la difficulté à menacer d'imposer de manière sélective des frais supplémentaires sur les cartes MasterCard, notre conclusion concernant l'effet de nuire sur la concurrence resterait la même.

C. Conclusion

[391] Nous avons procédé à l'analyse qui précède dans l'éventualité où nos conclusions relatives à l'interprétation juridique de l'article 76 ou à l'exigence de la revente qui n'a pas été remplie se révélaient erronées. À l'issue de cette analyse subsidiaire, nous concluons que chacune des défenderesses a, indirectement, (en appliquant, par contrat, la règle de non-imposition de frais supplémentaires) fait monter le prix auquel les acquéreurs fournissent ou offrent de fournir des services de réseau de cartes de crédit au Canada et que ce comportement a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans le marché des services de réseau de cartes de crédit.

[392] Toutefois, même à l'issue de cette analyse subsidiaire, il n'y aurait pas lieu de rendre une ordonnance fondée sur l'article 76 parce que nous estimons qu'il ne convient pas en l'espèce d'exercer notre pouvoir discrétionnaire.

VIII. EXERCICE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

[393] La réparation prévue à l'article 76 de la Loi est de nature discrétionnaire. Les défenderesses et la Banque TD font valoir que, même si les conditions énoncées au paragraphe 76(1) étaient remplies, le Tribunal ne devrait pas accorder la réparation sollicitée par la commissaire. Elles affirment à cet égard que le Tribunal devrait prendre en considération les facteurs suivants :

- L'ordonnance accordant la réparation sollicitée nécessitera une surveillance et une application continues; le Tribunal a déjà déclaré qu'une telle surveillance n'est pas souhaitable;
- Les commerçants imposeront vraisemblablement des frais supplémentaires supérieurs à leurs frais d'acceptation des cartes (imposition de frais supplémentaires excessifs), dans l'intention de tirer plus de bénéfices plutôt que d'inciter les titulaires de carte à recourir à d'autres formes de paiement. L'imposition de frais supplémentaires constituerait une nouvelle source de bénéfices pour les commerçants;
- Si l'ordonnance est accordée, les réseaux concurrents comme Amex tireront un avantage concurrentiel indu et augmenteront leur part de marché;
- Si l'imposition de frais supplémentaires est autorisée, les difficultés technologiques liées à l'imposition sélective de frais supplémentaires entraîneront l'application d'un taux global;
- Les commerçants ont actuellement le droit de diriger leurs clients vers d'autres formes de paiement que le paiement par carte de crédit, et notamment le droit d'accorder des rabais;
- L'intervention réglementaire qui, à ce jour, est le code de conduite, devrait pouvoir entrer en vigueur avant que d'autres mesures d'intervention puissent être envisagées – la demande de la commissaire est prématurée;
- Les commerçants n'ont effectivement pas l'intention d'imposer des frais supplémentaires – ils demandent en fait au Tribunal de leur accorder un pouvoir de négociation. Lorsque les bénéficiaires d'une ordonnance de nature discrétionnaire n'ont même pas l'intention d'exercer les pouvoirs qui leur seraient accordés, il n'y a pas lieu de rendre l'ordonnance en question;
- L'ordonnance sollicitée pourrait avoir pour effet une diminution du volume des opérations par carte de crédit – le Tribunal ne peut ignorer le préjudice économique concret que cela peut représenter pour l'économie canadienne.
- L'ordonnance sollicitée aura pour effet de nuire à la concurrence (p. ex., elle rendrait le système de paiement moins concurrentiel et moins efficace, et ferait diminuer la production; l'élimination de la règle obligeant à honorer toutes les cartes aurait pour effet d'ébranler les fondements des réseaux de cartes de crédit).

[394] Nous sommes tous d'avis que, même s'il avait été satisfait à l'exigence prévue à l'article 76, il ne conviendrait pas en l'espèce d'accorder une réparation de nature discrétionnaire. Compte tenu de la preuve présentée, il est évident que la meilleure réponse aux préoccupations légitimes soulevées par la commissaire de la concurrence consiste en un cadre réglementaire. Nous sommes en général peu disposés à refuser d'exercer notre pouvoir discrétionnaire pour faire place à une réglementation, puisque nous convenons qu'en règle générale l'existence d'une concurrence, même très imparfaite, est préférable à une réglementation.

[395] Toutefois, il s'agit en l'espèce d'un cas exceptionnel et nous sommes convaincus qu'il est plus logique de commencer par la voie réglementaire que d'attendre qu'il se présente à nouveau. Une ordonnance fondée sur l'article 76 est un outil radical qui s'accompagne nécessairement de problèmes d'ordre technique, de conséquences imprévues, de rajustements continus et de consultations auprès des intervenants. L'expérience d'autres pays, comme l'Australie et le Royaume-Uni, montre que les consommateurs exprimeront leurs inquiétudes devant l'imposition de frais supplémentaires et l'augmentation potentielle des prix, et qu'une intervention par voie réglementaire sera nécessaire, de préférence le plus tôt possible.

[396] Le monde « hypothétique » que la commissaire décrit ne tient pas suffisamment compte des effets préjudiciables de la concurrence ou des répercussions sur les clients. Ce monde ne tient pas compte des mauvaises expériences d'autres pays. L'ordonnance sollicitée s'appliquerait à un grand pan de l'économie canadienne que la commissaire qualifie de « secteur des commerçants » et qui, selon elle, est caractérisé par une concurrence uniforme. Dans la mesure où les marchés qui font partie du « secteur des commerçants » s'écartent de cette hypothèse, l'ordonnance que la commissaire cherche à obtenir risque de substituer un ensemble d'avantages trompeurs à un autre ensemble de même nature.

[397] Le pouvoir du Tribunal de concevoir une réparation efficace est limité. La surveillance et l'application continues sont impossibles. Puisque les « commerçants » ne sont pas parties à l'instance devant le Tribunal, il est impossible de garantir l'efficacité de la réparation ou de la protection nécessaire.

[398] Le Tribunal est conscient qu'un changement opéré dans l'un des volets du système des cartes de crédit est susceptible d'avoir des conséquences dans d'autres volets, par exemple relativement aux frais et aux avantages des titulaires de carte, alors que les réductions de prix à la consommation peuvent passer inaperçues. Le droit relatif aux conséquences non voulues est une force importante. On ignore si le « remède » présumé ne saurait être pire que le « mal ».

[399] Le secteur des cartes de crédit est encore marqué par une concurrence importante et une augmentation de l'offre – circonstance inhabituelle dans les cas d'atteinte à la concurrence.

[400] Nous notons également que l'exercice de notre pouvoir discrétionnaire est entravé par notre conclusion selon laquelle la commissaire n'a pas établi que MasterCard s'est livrée à des pratiques de maintien des prix en appliquant la règle de non-discrimination. Cela signifierait que les commerçants peuvent avoir de la difficulté à imposer des frais supplémentaires différents sur les cartes MasterCard même en absence de la règle de non-imposition de frais supplémentaires.

[401] Compte tenu du caractère incertain et insuffisant des arguments présentés par la commissaire, la réparation proposée n'est pas intéressante sans autre forme d'encadrement réglementaire. Pour des raisons stratégiques, le règlement existant ne porte pas sur les questions litigieuses en l'espèce.

IX. FRAIS

[402] Le Tribunal peut déterminer les frais relatifs à la procédure dont il est saisi conformément aux dispositions applicables en matière de dépens des *Règles des Cours fédérales*, 1998 (voir : art. 8.1 de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. 19 (2^e suppl.)). Les dépens sont réclamés par les défenderesses et la Banque TD.

[403] En vertu de l'article 400, le Tribunal a le pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens et de les répartir. Selon l'article 407, sauf ordonnance contraire du Tribunal, les dépens partie-partie sont taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B. Comme il est indiqué dans *B-Filer et al. c. The Bank of Nova Scotia*, 2007 Trib. conc. 26, le Tribunal a suivi la jurisprudence selon laquelle il doit exister des raisons valables pour déroger à l'article 407.

[404] Nous estimons qu'il existe des raisons valables pour déroger à l'article 407.

[405] En ce qui concerne les dépens, le Tribunal fait observer (dans les conclusions subsidiaires) qu'il s'agit d'une issue mitigée. La présente affaire est inédite et son fondement juridique ne correspond pas à celui sur lequel reposaient certaines affaires semblables dans d'autres pays en raison des particularités du droit canadien. Le caractère inédit d'une affaire n'est pas nécessairement mauvais.

[406] La commissaire a saisi le Tribunal d'une affaire qui méritait de l'être, même si elle n'a pas eu entièrement gain de cause. Le droit canadien de la concurrence ne saurait progresser si, par crainte d'être déboutée, la commissaire hésite à saisir le Tribunal d'affaires dont il devrait être saisi. Le courage de présenter ces affaires au Tribunal sert l'intérêt public. Sans cela, il serait impossible de relever les lacunes qui existent dans nos lois et nos politiques et d'y remédier. Le droit canadien de la concurrence évoluera plus difficilement dans les coulisses.

[407] La présente affaire sert largement l'intérêt public. On peut en dire autant des défenderesses, parce que cela permet en quelque sorte de connaître leur position. La présente instance a pour effet de renforcer le débat public sur les questions soulevées et de façon plus générale encore.

[408] Par conséquent, le Tribunal n'adjugera aucuns dépens.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL ORDONNE CE QUI SUIT :

[409] La demande de la commissaire en vue d'obtenir une ordonnance au titre de l'article 76 est rejetée sans frais.

FAIT à Ottawa, ce 23^e jour de juillet 2013.

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

(s) Michael L. Phelan

(s) Wiktor Askanas

(s) Keith L. Montgomery

COMPARUTIONS :

Pour la demanderesse :

La commissaire de la concurrence

Kent E. Thomson
Adam Fanaki
Elisa K. Kearney
Davit Akman
William J. Miller
Roger Nassrallah

Pour les défenderesses :

MasterCard International Incorporated

Jeffrey B. Simpson
David W. Kent
James B. Musgrove
Adam D. H. Chisholm

Visa Canada Corporation

Robert Kwinter
Randall Hofley
Kiran Patel
Daniel Stern
Michelle Rosenstock

Pour les intervenantes :

L'Association des banquiers canadiens

Mahmud Jamal
Michelle Lally
Jason MacLean

La Banque Toronto-Dominion

F. Paul Morrison
Christine Lonsdale
Adam Ship

-
- ¹ Nous voulons souligner que lorsque nous utilisons les mots « Tribunal » ou « nous » et que la décision se rapporte à une question de droit, la décision a été prise seulement par le juge président.
- ² Bien qu'ils appliquent le critère du monopoleur hypothétique à une étape différente de la chaîne verticale, tant M. Carlton que M. Frankel proposent aussi que soit présumé que la SSNIP est attribuable à une hausse des frais d'accès au réseau de l'acquéreur.
- ³ Dans le barème de demande, cette formule peut s'écrire ainsi : [TRADUCTION] $PVCCR = (SSNIP)/(SSNIP + MARGE)$. Elle est fournie dans l'ouvrage suivant : Jeffrey Church et Roger Ware, *Industrial Organization: A Strategic Approach*, Irwin McGraw Hill, 2000, pièce A-494, p. 609.
- ⁴ Dans le cas de la demande linéaire, la formule de la perte de ventes critique (PVC) peut s'écrire ainsi : [TRADUCTION] $PVC = SSNIP/(2 \times SSNIP + MARGE)$. Elle est fournie dans l'ouvrage suivant : Jeffrey Church et Roger Ware, *Industrial Organization: A Strategic Approach*, Irwin McGraw Hill, 2000, pièce A-494, p. 608.
- ⁵ Selon la méthode de M. Winter, $PVC = SSNIP/(2 \times SSNIP + MARGE) = \text{[CONFIDENTIEL]}$. Selon la méthode de M. Church, $PVC = \text{[CONFIDENTIEL]}$.