

Tribunal de la Concurrence



Competition Tribunal

TRADUCTION OFFICIELLE

Référence : *Le commissaire de la concurrence c Visa Canada Corporation et MasterCard International Incorporated*, 2011 Trib conc 2

N° de dossier : CT-2010-10

N° de document du greffe : 349

DANS L’AFFAIRE de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, dans sa version modifiée;

ET DANS L’AFFAIRE d’une demande présentée par le commissaire de la concurrence aux termes de l’article 76 de la *Loi sur la concurrence*;

ENTRE :

Le commissaire de la concurrence
(demandeur)

et

Visa Canada Corporation et MasterCard International Incorporated
(défenderesses)

et

**La Banque Toronto-Dominion
et l’Association des banquiers canadiens**
(requérantes en autorisation d’intervenir)



Date de l’audience : le 7 mars 2011

Juge président : M^{me} la juge Simpson (présidente)

Date des motifs et de l’ordonnance : le 5 avril 2011

Motifs et ordonnance signés par : M^{me} la juge Sandra J. Simpson

**MOTIFS ET ORDONNANCE CONCERNANT LES REQUÊTES EN AUTORISATION
D’INTERVENIR PRÉSENTÉES PAR LA BANQUE TORONTO-DOMINION ET
L’ASSOCIATION DES BANQUIERS CANADIENS**

Introduction

[1] Le Tribunal est saisi par la Banque Toronto-Dominion et l'Association des banquiers canadiens (les « intervenantes proposées ») d'une requête en autorisation d'intervenir dans une instance engagée par le commissaire de la concurrence (le « commissaire ») sur le fondement de l'article 76 de la *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34 (la « Loi »), contre Visa Canada Corporation (« Visa ») et MasterCard International Incorporated (« MasterCard »). Cette disposition concerne le maintien des prix.

Le contexte

[2] Visa et MasterCard n'émettent pas de cartes de crédit. Elles exploitent plutôt les réseaux de cartes de crédit qui servent à traiter les opérations par carte de crédit. Ce sont des institutions financières telles que les banques qui émettent les cartes de crédit Visa et MasterCard à l'intention des consommateurs. On les qualifie d'« émetteurs » lorsqu'elles remplissent cette fonction. Certaines banques agissent aussi à titre d'« acquéreurs ». À ce titre, elles fournissent aux commerçants des services leur permettant de traiter les paiements effectués au moyen de cartes de crédit Visa et MasterCard. Visa et MasterCard exigent des acquéreurs qu'ils intègrent certaines conditions dans les accords qu'ils concluent avec les commerçants, notamment des dispositions obligeant ceux-ci à accepter toutes les cartes Visa et MasterCard et leur interdisant de facturer des frais supplémentaires aux clients qui utilisent une carte de crédit privilège. Le commissaire qualifie de [TRADUCTION] « contraintes imposées aux commerçants » les modalités de cette nature.

[3] De façon générale, la demande du commissaire vise les frais payés par les commerçants (les « frais d'acceptation de cartes ») pour avoir la possibilité d'accepter les cartes de crédit Visa et MasterCard en règlement d'achats au détail.

[4] La demande du commissaire vise aussi la partie des frais d'acceptation de cartes appelée « frais d'interchange ». Les frais d'interchange sont perçus par les émetteurs et représentent une proportion considérable des frais d'acceptation de cartes. Le commissaire demande au Tribunal d'ordonner la suppression des contraintes imposées aux commerçants (le « projet d'ordonnance »), car à son avis, une telle ordonnance favoriserait la concurrence dans la fixation des frais d'acceptation de cartes. L'idée est que si l'on instaure la concurrence, les frais d'acceptation de cartes diminueront.

[5] La demande du commissaire soulève un bon nombre de questions et, à en juger par les actes de procédure, Visa et MasterCard contestent tous les éléments fondamentaux de sa thèse. Plus précisément, elles :

- a) contestent sa définition du marché de produits comme étant les [TRADUCTION] « services de réseaux de cartes de crédit »;
- b) contestent l'applicabilité de l'article 76 de la Loi aux faits de l'espèce;
- c) présentent comme proconcurrentielles les contraintes imposées aux commerçants;

- d) soutiennent que la suppression des contraintes imposées aux commerçants aurait des conséquences néfastes sur leurs réseaux de cartes de crédit et pour les titulaires de leurs cartes.

Les intervenantes proposées

[6] C'est dans le contexte ainsi défini que la Banque Toronto-Dominion (la « Banque TD ») et l'Association des banquiers canadiens (l'« ABC ») demandent l'autorisation d'intervenir en vertu du paragraphe 9(3) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, LRC 1985, c 19 (2^e suppl.) (la « Loi sur le Tribunal »).

[7] La Banque TD est une banque de l'annexe I, constituée sous le régime de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46. Elle est l'une des banques les plus importantes du Canada, et la seule banque à charte canadienne à exercer à la fois des activités d'émetteur et d'acquéreur. Si sa requête en intervention est accueillie, elle appuiera les thèses de Visa et de MasterCard.

[8] L'ABC est une organisation nationale qui représente le secteur bancaire. Elle regroupe 51 entités : banques à charte canadiennes, filiales de banques étrangères et succursales de banques étrangères établies au Canada. Elle s'occupe de questions intéressant le secteur bancaire dans son ensemble et exerce ses activités principalement dans les domaines de la législation, de l'éducation, de la publication, des relations publiques et de l'information. Si sa requête en intervention est accueillie, l'ABC se rangera elle aussi du côté de Visa et de MasterCard.

[9] Visa et MasterCard souhaitent voir accueillir les présentes requêtes en intervention, mais n'ont pas présenté d'observations de vive voix sur la question. Le commissaire, par contre, soutient que le Tribunal devrait rejeter les requêtes des intervenantes proposées.

L'évolution du critère applicable

[10] Le paragraphe 9(3) de la Loi du Tribunal dispose :

<p>9(3). Toute personne peut, avec l'autorisation du Tribunal, intervenir dans les procédures se déroulant devant celui-ci, sauf celles intentées en vertu de la partie VII.1 la <i>Loi sur la concurrence</i>, afin de présenter toutes observations la concernant à l'égard de ces procédures.</p>	<p>9(3). Any person may, with leave of the Tribunal, intervene in any proceedings before the Tribunal, other than proceedings under Part VII.1 of the <i>Competition Act</i>, to make representations relevant to those proceedings in respect of any matter that affects that person</p>
---	--

[11] Le premier enseignement jurisprudentiel en date au sujet du critère applicable à l'autorisation d'intervenir se trouve dans l'arrêt *American Airlines, Inc. c. Canada (Tribunal de la concurrence)* (1988), 54 DLR (4th) 741, [1989] 2 CF 88, conf. par [1989] 1 RCS 236, de la Cour d'appel fédérale. Le Tribunal avait conclu que le terme « observations », au paragraphe 9(3) de la Loi sur le Tribunal, signifiait que les intervenants avaient seulement le droit de présenter des observations. Monsieur le juge Iacobucci, plus tard juge à la Cour suprême

du Canada, n'était pas du même avis. Selon lui, le Tribunal peut, lorsque les affaires s'y prêtaient, accorder aux intervenants des droits de participation plus étendus, notamment celui de procéder à un interrogatoire préalable, celui de produire des éléments de preuve et celui de contre-interroger les témoins.

[12] Dans la décision *Director of Investigation and Research v. Air Canada et al.* (1992), 46 C.P.R. (3d) 184, le Tribunal a conclu que le terme « concernant », au paragraphe 9(3) de la Loi sur le Tribunal, signifie [TRADUCTION] « concernant directement ». Par conséquent, la personne qui, malgré ses opinions bien arrêtées sur l'issue de l'affaire, ne serait pas concernée différemment des membres du grand public, ne sera pas autorisée à intervenir. Le Tribunal a aussi conclu que les observations des personnes qui demandent l'autorisation d'intervenir doivent se rattacher à la mission du Tribunal.

[13] Dans la décision *AC Nielsen Company of Canada Ltd. v Canada (Director of Investigation and Research)*, [1994] CCTD n° 9 (QL), le Tribunal refusé l'autorisation d'intervenir à des avocats qui s'intéressaient particulièrement au droit de la concurrence, mais qui n'avaient pas exposé ou démontré en quoi la procédure les concernait. Il a conclu qu'un intérêt particulier pour le droit de la concurrence ne justifiait pas à lui seul l'autorisation d'intervenir.

[14] Dans sa décision *Director of Investigation and Research v Tele-Direct (Publications) Inc. et al.* (1995), 61 CPR (3d) 528, le Tribunal a accordé l'autorisation d'intervenir à l'éditeur d'un annuaire téléphonique professionnel et à deux agences de publicité, mais cette autorisation ne visait pas toutes les questions qu'ils voulaient aborder parce que le directeur des enquêtes et recherches ne les avait pas soulevées dans sa demande.

[15] Dans la décision *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Canadien Pacifique Limitée et autres* (1997), 74 CPR (3d) 37, [1997] DTCC n° 14, le Tribunal a conclu qu'une personne qui demande l'autorisation d'intervenir doit préciser en quelle qualité il est directement concerné, et que les observations qu'il prévoit présenter doivent être pertinentes et utiles pour le Tribunal.

[16] Dans la décision *Southam Inc. et al. v Director of Investigation and Research* (1997), 78 CPR (3d) 315, le Tribunal a fait référence à l'obligation, pour celui qui demande l'autorisation d'intervenir, de lui offrir un point de vue distinct. Le juge Noël (plus tard juge à la Cour d'appel fédérale) y a fait observer que les intervenants sont censés [TRADUCTION] « compléter la thèse d'une partie en offrant au Tribunal un point de vue personnel et distinct sur la question en litige » (à la p. 319).

[17] Dans l'affaire *Washington v Canada (Director of Investigation and Research)* (1998), 78 CPR (3d) 479, les parties fusionnantes demandaient la modification d'un consentement en vue d'en retrancher l'obligation de dessaisissement de certains actifs. Il s'agissait d'une demande sur consentement, motivée par l'entrée d'une nouvelle entité sur le marché pertinent. La partie qui demandait l'autorisation d'intervenir avait informé le Tribunal qu'elle ferait enquête sur l'effet de cette nouvelle entrée et qu'elle lui présenterait des éléments de preuve qui pourraient différer de ceux produits par les parties. Le Tribunal a rejeté sa demande, estimant qu'un

intervenant doit avoir un point de vue particulier et distinct à offrir et pouvoir le convaincre qu'il dispose de faits à présenter sans devoir se livrer à une [TRADUCTION] « recherche à l'aveuglette ».

[18] Enfin, la jurisprudence du Tribunal comporte aussi des lignes directrices sur les requêtes en intervention présentées par des associations. Dans la décision *Canada (Director of Investigation and Research) v D & B Companies of Canada Ltd.*, [1994] CCTD n° 19 (QL), le juge McKeown a conclu que le Conseil canadien de la distribution alimentaire était directement concerné, parce qu'il suffisait que certaines des questions en litige se rapportent directement aux personnes qu'il représentait. Selon le Tribunal, il était plus efficace que le CCDA soit seul à intervenir, plutôt que d'obliger chaque détaillant à comparaître individuellement. De même, dans sa décision *Canada (Director of Investigation and Research) v Bank of Montreal* (1996), 66 CPR (3d) 409, le Tribunal a accordé la qualité d'intervenant à deux associations, soit le Conseil canadien du commerce de détail et l'Association canadienne des compagnies d'assurance de personnes inc., faisant remarquer (au para 7) que [TRADUCTION] « l'association offre un moyen pratique et efficace de représenter les nombreuses personnes concernées d'une façon cohérente devant le Tribunal ».

Le critère applicable

[19] Dans la décision *The Commissioner of Competition v Canadian Waste Services Holdings*, 2000 Comp. Trib. 9, le juge McKeown a examiné la jurisprudence précitée et a dressé comme suit la liste des conditions à remplir pour obtenir la qualité d'intervenant :

[TRADUCTION]

- a) La question censée concerner la personne qui demande l'autorisation d'intervenir doit être une question qui peut légitimement être soumise à l'examen du Tribunal ou être suffisamment pertinente pour rejoindre sa mission (voir la décision *Director of Investigation and Research v Air Canada et al.* (1992), 46 CPR (3d) 184, à la p. 187, [1992] CCTD n° 24 (QL)).
- b) La personne qui demande l'autorisation d'intervenir doit être directement concernée. Selon la décision *Air Canada*, précitée, le terme « concernant » signifie « concernant directement ».
- c) Toutes les observations présentées par la personne qui demande l'autorisation d'intervenir doivent être liées à une question soulevée expressément par le commissaire (voir la décision *Télé-Direct*).
- d) Enfin, la personne qui demande l'autorisation d'intervenir doit apporter un point de vue unique ou particulier qui aidera le Tribunal à trancher les questions qui lui sont soumises (voir la décision *Washington v Canada (Director of Investigation and Research)*, [1998] CCTD n° 4 (QL) (Trib. conc.)).

La preuve des intervenantes proposées

[20] La requête en autorisation d'intervenir de la Banque TD est étayée d'un affidavit conjoint souscrit le 9 février 2011 par MM. Jim Sallas, vice-président principal, Prêts personnels et cartes de crédit, et Jeff van Duynhoven, président des services aux commerçants (l'« affidavit de la

Banque TD »). Aucune des parties n'a trouvé à redire au caractère conjoint de cet affidavit, ni n'a contre-interrogé ses auteurs.

[21] Les deux auteurs de l'affidavit affirment que la Banque TD est directement concernée par la procédure en raison de ses deux fonctions d'émetteur et d'acquéreur, et aussi de l'ensemble de ses activités bancaires. Selon eux, la suppression des contraintes imposées aux commerçants entraînerait une migration importante vers des formes de paiement autres que les cartes de crédit. Ce changement aurait un effet direct sur la Banque TD en tant qu'émetteur et qu'acquéreur, et les refus éventuels des cartes de crédit de ses clients pourraient influencer défavorablement sur l'ensemble de ses activités bancaires.

[22] Les auteurs de l'affidavit précisent également que la Banque TD apporterait à la procédure un point de vue particulier et distinct en raison de sa double fonction. Ils expliquent que Visa et MasterCard n'ont généralement pas de rapports directs avec les titulaires de cartes, de même qu'elles ne peuvent ni expliquer les coûts que représente la création des caractéristiques et avantages afférents aux cartes de crédit de la Banque TD, ni exposer en détail le rôle que jouent les frais d'acceptation de cartes dans la viabilité de son activité d'émission.

[23] En outre, MM. Sallas et van Duynhoven estiment que le fait d'accueillir la demande du commissaire influencerait sur l'ensemble du système canadien de paiements, et que le Tribunal ne peut ni ne devrait examiner les réseaux de cartes de crédit sans tenir compte de leur place dans l'ensemble de ce système.

[24] L'ABC a produit un affidavit souscrit le 10 février 2011 par M. Darren Hannah, son directeur des opérations bancaires. Monsieur Hannah n'a pas été contre-interrogé.

[25] Selon lui, les 51 entités que regroupe l'ABC jouent un rôle clé dans le système canadien des cartes de crédit, à la fois en tant que principaux clients des réseaux de cartes de crédit des défenderesses et en tant qu'émetteurs, plus ou moins importants, de telles cartes. Il ajoute que les entités affiliées à l'ABC entretiennent aussi des rapports commerciaux importants avec les clients de leurs services bancaires de détail aux particuliers et aux entreprises, notamment les titulaires de carte. Il fait en outre observer que certaines des banques membres de l'ABC ont un intérêt dans l'acquisition d'opérations par carte de crédit et que certaines d'entre elles exploitent leurs propres entreprises d'acquisition.

[26] Il affirme en outre que les banques que regroupe l'ABC émettent environ 90 pour cent des cartes de crédit qui sont utilisées au Canada, et du point de vue de ces banques en tant qu'émetteurs de cartes de crédit à l'intention des particuliers et des entreprises, les contraintes imposées aux commerçants jouent un rôle crucial dans l'efficacité, l'intégrité et la fiabilité des réseaux de cartes de crédit au Canada.

Les questions en litige

[27] Vu les faits exposés dans le cadre des présentes requêtes, les questions à trancher sont les suivantes :

1. La Banque TD et les membres de l'ABC sont-ils directement concernés par la demande du commissaire?
2. Dans l'affirmative, les sujets que les requérantes veulent aborder sont-ils pertinents quant aux questions que soulève cette demande?
3. Dans l'affirmative, la Banque TD et l'ABC se trouvent-elles dans une position particulière ou distincte pour aborder ces sujets, et leur participation serait-elle utile pour le Tribunal?
4. Enfin, si les présentes requêtes sont accueillies, dans quelle mesure les intervenantes devraient-elles participer, avant et pendant l'audience?

Première question – Les intervenantes proposées sont-elles directement concernées?

La Banque TD

[28] La Banque TD fait valoir que les contraintes imposées aux commerçants se retrouvent dans tous les contrats qui la lient aux commerçants et qu'elle est directement concernée parce que la suppression de ces contraintes entraînerait concrètement l'obligation de modifier tous les contrats auxquels elle est partie en tant qu'acquéreur. La Banque TD pratique aussi l'émission de cartes, de sorte que si les contraintes imposées aux commerçants sont supprimées et si les commerçants refusent de ce fait les cartes de crédit de ses clients, elle sera directement concernée parce que ses clients utiliseront moins leurs cartes, les commerçants paieront moins de frais d'acceptation de cartes, et ses clients pourraient lui attribuer la responsabilité de leur incapacité à utiliser leurs cartes de crédit.

[29] Le commissaire soutient que les effets que prévoit la Banque TD sont purement conjecturaux et que, par conséquent, l'exigence de faire état d'une incidence précise n'est pas remplie. Cette exigence est selon lui définie dans la décision *Burns Lake Native Development Corporation et al. c Commissaire à la concurrence et West Fraser Timber Co. Ltd. et al.*, 2006 Trib. conc. 16 (« *Burns Lake* »). La décision *Burns Lake* concernait le fait de savoir si, en application de l'article 106 de la Loi, une partie avait qualité pour contester un consentement enregistré. À mon avis, le raisonnement tenu dans cette décision ne s'applique pas aux demandes d'autorisation d'intervenir visées par le paragraphe 9(3) de la Loi du Tribunal, au motif que les deux contextes sont tout à fait différents. Dans le cadre de l'article 106, le consentement enregistré a mis fin à un différend et instauré des mesures visant à corriger le comportement anticoncurrentiel allégué. Il est donc raisonnable d'exiger de la partie qui conteste ce consentement qu'elle soit certaine de ses incidences.

[30] La situation des personnes qui cherchent à obtenir la qualité d'intervenante suivant le paragraphe 9(3) de la Loi sur le Tribunal est tout à fait différente. Ces personnes doivent présenter leur requête dans les dix jours suivant le dépôt de la réponse à une demande du commissaire. À cette étape, étant donné que le commissaire a un droit de réplique, il est toujours permis de déposer des actes de procédure et l'audition de la demande reste à venir. Dans ce cas, il n'est pas raisonnable d'exiger de celui qui cherche à obtenir cette qualité une absolue certitude

sur les manières dont pourraient le concerner les mesures de réparation sollicitées par le commissaire : un certain degré de conjecture est dans ce cas acceptable.

[31] Le commissaire fait aussi valoir que le projet d'ordonnance aurait des incidences sur les 670 000 commerçants qui acceptent des cartes de crédit et sur les 20 millions de Canadiens qui en sont titulaires; c'est pourquoi, raisonne-t-il, le fait que la Banque TD soit partie à des contrats avec des commerçants et des titulaires de carte ne justifie pas qu'elle intervienne, puisqu'elle n'est pas concernée de manière différente d'un très grand nombre de Canadiens et d'entreprises canadiennes.

[32] Cependant, étant donné que de nombreux Canadiens sont les titulaires de cartes de crédit des émetteurs et que de nombreux commerçants font affaire avec des acquéreurs, cela ne veut pas dire que les banques qui offrent des contrats à ces commerçants et à ces titulaires de carte ne seraient pas directement concernées, sous l'angle de leurs activités d'émission et d'acquisition, si le projet d'ordonnance devait modifier ces contrats.

[33] La Banque TD fait également valoir qu'elle est directement concernée par ce qu'elle qualifie être des allégations de comportement anti-concurrentiel formulées par le commissaire, au paragraphe 12 de sa demande. Le commissaire indique dans ce paragraphe que Visa et MasterCard obligent les acquéreurs à inclure les contraintes imposées aux commerçants dans leurs contrats avec ceux-ci. Or, plus loin, aux paragraphes 14, 47, 48 et 58, il affirme que ces contraintes sont anti-concurrentielles. Comme elle est elle-même un acquéreur, la Banque TD en conclut que ces paragraphes, considérés dans leur ensemble, lui attribuent un comportement anti-concurrentiel.

[34] Cet argument me paraît mal fondé. Le commissaire ne sollicite aucune mesure à l'encontre de la Banque TD ni d'aucun autre acquéreur. La Banque TD n'est pas constituée partie, et aucune irrégularité ne lui est reprochée. Il ressort plutôt de manière claire des actes de procédure, dans leur ensemble, que, aux yeux du commissaire, les acquéreurs et les commerçants, qui passent des accords incluant les contraintes imposées à ceux-ci, n'ont pas d'autre solution que de consentir à leur inclusion parce qu'ils n'ont aucun pouvoir de négociation. En outre, l'avocat du commissaire a confirmé à l'audience qu'aucune allégation d'irrégularité ne visait la Banque TD. Par conséquent, aucune allégation de comportement anti-concurrentiel n'est susceptible d'étayer l'argument selon lequel la Banque TD serait directement concernée.

[35] La Banque TD invoque un troisième motif au soutien de son argument voulant qu'elle soit directement concernée. Elle fournit des services bancaires complets à un grand nombre de titulaires de cartes qu'elle émet. Elle explique qu'en cas de suppression des contraintes imposées aux commerçants, ses clients qui sont titulaires de cartes de crédit qu'elle émet pourraient remettre en cause l'ensemble de leur relation bancaire avec elle si les commerçants refusaient leurs cartes.

[36] Il ne me paraît pas que cette affirmation étaye l'existence d'un effet direct qui justifierait une intervention. À mon avis, si le projet d'ordonnance et ses incidences sur l'ensemble de la

relation bancaire suscitent des inquiétudes chez les titulaires de carte, c'est à eux qu'il appartient de les exprimer.

Conclusion – La Banque TD

[37] Même si j'ai rejeté deux des arguments avancés par la Banque TD au soutien de la thèse selon laquelle elle est directement concernée, je l'estime fondée en son premier moyen, à savoir qu'elle est directement concernée du fait de ses activités d'émetteur et d'acquéreur.

L'Association des banquiers canadiens

[38] Le commissaire soutient, là encore, que l'ABC ne formule que des conjectures au sujet des incidences du projet d'ordonnance sur ses membres, et qu'une requête en intervention ne peut s'appuyer sur de simples conjectures.

[39] Pour les motifs exposés plus tôt, j'estime qu'un certain degré de conjecture est acceptable. Cependant, à mon sens, la preuve présentée par l'ABC n'est pas conjecturale. Il appert de l'affidavit de M. Hannah que l'ABC est sûre que les titulaires de carte se plaindront aux émetteurs et annuleront leurs cartes si les commerçants se mettent à les refuser.

[40] En outre, deux des membres de l'ABC détiennent une participation de 50 pour cent dans des acquéreurs et, comme nous l'avons vu plus tôt, leurs contrats avec les commerçants changeront si le projet d'ordonnance est accueilli.

Conclusion – L'ABC

[41] Je retiens les éléments de preuve présentés par l'ABC, et j'estime qu'un grand nombre de ses membres sont directement concernés.

Deuxième question – Les sujets proposés par les intervenantes proposées sont-ils pertinents?

[42] Au cours de l'audience, le Tribunal a demandé aux intervenantes proposées d'énumérer les sujets dont leurs clients souhaitaient traiter si le Tribunal faisait droit à leurs demandes d'autorisation.

[43] Les sujets proposés par la Banque TD sont les suivants :

1. ses interactions avec les commerçants en tant qu'acquéreur;
2. ses interactions avec les titulaires de carte en tant qu'émetteur;
3. ses interactions avec Visa et MasterCard dans ses deux fonctions d'émetteur et d'acquéreur;
4. l'effet qu'aurait le projet d'ordonnance sur le système de paiements;
5. l'effet qu'aurait le projet d'ordonnance sur les activités de la Banque TD en tant qu'émetteur et en tant qu'acquéreur;

6. l'effet qu'aurait, du point de vue de la Banque TD, le projet d'ordonnance sur ses clients commerçants et titulaires de carte;
7. son point de vue sur les raisons qui expliquent les contraintes imposées aux commerçants.

[44] L'ABC souhaite traiter des sujets suivants sous l'angle des multiples points de vue de ses membres :

1. le caractère concurrentiel du système de paiements et les avantages qu'il procure à tous ses participants;
2. en quoi les contraintes imposées aux commerçants sont proconcurrentielles et d'une importance cruciale pour l'efficacité, l'intégrité et la fiabilité des réseaux de cartes de crédit de Visa et de MasterCard;
3. la fonction des frais d'acceptation de cartes du point de vue de l'émetteur;
4. l'effet qu'aurait le projet d'ordonnance sur les avantages et les services que les émetteurs offrent aux titulaires de carte;
5. les raisons pour lesquelles l'article 76 de la Loi ne s'applique pas aux faits de la présente espèce;
6. l'effet qu'aurait le projet d'ordonnance sur les émetteurs, les acquéreurs, les commerçants et les titulaires de carte.

Observations générales – La pertinence de l'activité des émetteurs et du système canadien de paiements

[45] La demande du commissaire n'est pas centrée sur le secteur de l'émission des cartes de crédit. Cependant, l'affidavit de la Banque TD montre que celle-ci souhaite élargir la portée de l'instance de manière à ce que le Tribunal examine tous les aspects de ce secteur d'activité, y compris ses coûts et les services qu'elle offre aux titulaires de carte. De même, l'ABC soutient que le Tribunal se doit de prendre en considération le caractère concurrentiel du système de paiements parce que le projet d'ordonnance influera sur le système dans son ensemble.

[46] J'ai conclu qu'il n'y a pas lieu d'autoriser les intervenantes proposées à élargir la portée de l'instance de façon à pouvoir examiner en détail des questions qui ne sont pas soulevées par les allégations du commissaire. Les intervenantes proposées ne seront donc pas autorisées à produire des éléments de preuve de portée générale sur le secteur de l'émission des cartes de crédit ou le fonctionnement du système canadien de paiements. Cependant, pour les motifs exposés ci-après, il y a place pour une quantité limitée d'éléments de preuve sur ces sujets.

[47] Le commissaire examine l'effet qu'aurait son projet d'ordonnance sur les émetteurs aux paragraphes 48, 58, 71 et 73 de sa demande, ainsi qu'aux paragraphes 57 à 59, 61 et 83 de sa réplique. Il soutient que ce projet inciterait les émetteurs à se faire concurrence entre eux en émettant des cartes de crédit comportant des frais réduits d'interchange, de manière à ce que les commerçants acceptent leurs cartes sans facturer de frais supplémentaires. Vu cette allégation, il serait utile que les intervenantes proposées produisent des éléments de preuve sur l'incidence probable du projet d'ordonnance sur les frais d'interchange.

[48] Pour ce qui concerne le système de paiements, le commissaire sollicite une ordonnance discrétionnaire, et tant Visa que MasterCard soutiennent que, même dans le cas où le maintien des prix serait établi, le Tribunal ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'ordonnance demandée. Pour ce motif, l'incidence qu'aurait le projet d'ordonnance sur le système de paiements est pertinente.

Deuxième (suite) et troisième questions – Pertinence, point de vue particulier et utilité

[49] J'examinerai maintenant un à un les sujets que proposent les intervenantes proposées.

La Banque TD

- 1^{er} sujet proposé** Les interactions entre les commerçants et la Banque TD en tant qu'acqureur constituent un sujet pertinent, et j'estime que la Banque est en mesure d'offrir un point de vue particulier fondé sur sa propre expérience qui serait utile au Tribunal. En conséquence, elle pourra intervenir sur ce sujet.
- 2^e sujet proposé** Cependant, comme je l'ai expliqué plus tôt, une intervention de portée générale concernant l'activité de la Banque TD en tant qu'émetteur et ses interactions avec les titulaires de carte ne serait pas pertinente.
- 3^e sujet proposé** Les interactions de la Banque TD, en tant qu'acqureur, avec Visa et MasterCard sont également pertinentes, et les éléments de preuve issus de sa propre expérience qu'elle pourra produire sur ce sujet seront probablement utiles au Tribunal. En conséquence, la Banque TD sera autorisée à intervenir sur cet aspect du 3^e sujet proposé. Cependant, comme nous l'avons vu plus haut, une intervention de portée générale au sujet des interactions de la Banque TD, en tant qu'émetteur, avec Visa et MasterCard serait dénuée de pertinence. Une intervention plus ciblée, axée sur la fixation des frais d'interchange, serait toutefois utile au Tribunal.
- 4^e sujet proposé** L'incidence qu'aurait le projet d'ordonnance sur le système de paiements est pertinente. L'ABC n'a pas inscrit ce sujet dans sa liste, et il semble que Visa et MasterCard examineront surtout l'effet de l'ordonnance éventuelle sur leurs réseaux de cartes de crédit. En conséquence, une intervention sur ce sujet serait utile au Tribunal.
- 5^e sujet proposé** La production d'éléments de preuve issus de sa propre expérience concernant l'effet qu'aurait le projet d'ordonnance sur l'activité de la Banque TD en tant qu'émetteur et acqureur serait pertinente et, à mon sens, se révélerait utile au Tribunal, à condition de ne pas faire double emploi avec la preuve de l'ABC sur ce sujet.
- 6^e sujet proposé** L'impact qu'aurait le projet d'ordonnance sur les commerçants et les

titulaires de carte est un sujet pertinent. Cependant la Banque TD n'a pas de preuve directe à offrir sur la question. Elle ne propose au Tribunal qu'un exposé de sa [TRADUCTION] « perception ». J'estime qu'une telle preuve ne serait pas utile pour le Tribunal, de sorte que la Banque TD ne sera pas autorisée à intervenir sur ce sujet.

7^e sujet proposé

La Banque TD n'a pas conçu les contraintes imposées aux commerçants, et il ne lui appartient pas non plus de les imposer, de sorte qu'elle n'est pas mieux placée que les autres pour exposer les motifs qui les sous-tendent. Visa et MasterCard produiront vraisemblablement des éléments de preuve sur ce sujet. En outre, dans la mesure où la Banque TD a soulevé ce sujet dans le but de répondre à ce qu'elle considère comme des allégations de comportement anti-concurrentiel, une telle réponse, comme je l'ai expliqué plus tôt, n'est pas nécessaire puisque le commissaire n'a pas formulé de telles allégations.

L'ABC

1^{er} sujet proposé

Pour les motifs exposés plus tôt, j'ai conclu que la production d'éléments généraux sur le caractère concurrentiel du système canadien de paiements et sur les avantages qu'offre cette concurrence ne serait pas pertinente.

2^e sujet proposé

La question de savoir si les contraintes imposées aux commerçants sont proconcurrentielles et le rôle qu'elles jouent dans la fourniture de réseaux de cartes de crédit sont des sujets pertinents. Cependant, Visa et MasterCard traiteront de ces questions et sont les mieux placées pour le faire puisque ce sont elles qui imposent ces contraintes et qui exploitent les réseaux. L'ABC n'a pas de point de vue singulier à offrir sur ces sujets. En conséquence, elle ne sera pas autorisée à intervenir sur ce sujet.

3^e sujet proposé

Le point de vue des émetteurs sur la fonction des frais d'acceptation de cartes et, en particulier, des frais d'interchange, est pertinent. Ce sujet ne peut pas être traité par Visa et MasterCard, et il ne figure pas dans la liste des sujets de la Banque TD. En conséquence, elle est justifiée d'intervenir sur cette question.

4^e sujet proposé

Comme je l'ai dit plus tôt, l'effet qu'aurait le projet d'ordonnance sur les frais d'interchange est pertinent. De même, est également pertinente l'incidence de ce projet sur les avantages et les services offerts aux titulaires de carte. Ces questions sont incluses dans le 6^e sujet proposé ci-dessous.

5^e sujet proposé

L'applicabilité de l'article 76 de la Loi aux faits de la présente espèce est évidemment un sujet pertinent. Cependant, Visa et MasterCard en traiteront. L'ABC n'est donc pas fondée à intervenir sur cette question.

6^e sujet proposé

L'incidence qu'aurait le projet d'ordonnance sur les émetteurs, les acquéreurs, les commerçants et les titulaires de carte est un sujet pertinent. Cependant, l'ABC ne compte pas de commerçants ou de titulaires de carte parmi ses membres, de sorte que tout élément concernant son point de vue sur l'incidence de ce projet à leur égard serait purement conjectural, et donc inutile au Tribunal.

Cependant, les opinions des membres de l'ABC sur l'effet qu'aurait le projet d'ordonnance sur les émetteurs et les acquéreurs pourraient bien se révéler utiles au Tribunal. L'ABC sera donc autorisée à intervenir sur ce sujet, mais seulement si ses éléments de preuve et ses observations ne font pas double emploi avec ceux de la Banque TD.

ORDONNANCE

[50] Pour les motifs exposés ci-dessus, le Tribunal autorise la Banque TD à intervenir sur les sujets suivants :

- A. Ses interactions, en tant qu'acquéreur, avec les commerçants.
- B. Ses interactions, en tant qu'acquéreur, avec Visa et MasterCard.
- C. Ses interactions, en tant qu'émetteur, avec Visa et MasterCard, sous l'angle des frais d'interchange.
- D. L'effet qu'aurait le projet d'ordonnance sur le système de paiements.
- E. L'effet qu'aurait le projet d'ordonnance sur ses activités d'émetteur et d'acquéreur, à condition qu'il n'y ait pas double emploi avec les éléments de preuve et les observations présentés par l'ABC.

[51] Pour les motifs exposés ci-dessus, le Tribunal autorise l'ABC à intervenir sur les sujets suivants :

- A. Le point de vue de l'émetteur sur la fonction des frais d'acceptation de cartes.
- B. L'effet qu'aurait le projet d'ordonnance sur les émetteurs et les acquéreurs, à condition qu'il n'y ait pas double emploi avec les éléments de preuve et les observations présentés par la Banque TD.

Question 4 – La portée des interventions

[52] Après avoir conclu que les intervenantes proposées ont des éléments de preuve pertinents à offrir, le Tribunal doit maintenant se demander comment organiser leurs interventions de manière à ce qu'elles lui soient réellement utiles, à ce qu'elles ne prolongent indûment l'instance, ni n'empiètent indûment sur le litige opposant le commissaire à Visa et MasterCard.

[53] Afin d'atteindre ces objectifs, le Tribunal ordonne ce qui suit :

- (i) Les intervenantes devront respecter le calendrier de l'instance convenu entre les parties dans une lettre en date du 29 mars 2011 adressée par Blakes au Tribunal, du point de vue des défenderesses.
- (ii) Sous réserve de toute ordonnance relative à la confidentialité, les parties signifieront aux intervenantes, au fur et à mesure de leur disponibilité, les documents et affidavits de documents qu'elles se communiqueront.
- (iii) Les intervenantes produiront les documents afférents aux sujets de leurs interventions respectives et signifieront leurs affidavits de documents au plus tard le 15 août 2011.
- (iv) Les intervenantes n'ont pas demandé l'autorisation d'interroger au préalable un représentant du commissaire. Elles ne pourront assister à ces interrogatoires préalables, mais il leur sera permis, sur demande, d'en lire les transcriptions.
- (v) Le commissaire pourra, s'il le souhaite, interroger au préalable un représentant de chacune des intervenantes. Cependant, son droit d'interrogatoire préalable se limitera aux sujets sur lesquels chacune est autorisée à intervenir et il sera aussi assujéti à une limite de temps, soit trois heures pour le représentant de la Banque TD et deux heures pour celui de l'ABC.
- (vi) La Banque TD pourra faire entendre au maximum trois témoins à l'audience, et l'ABC, un maximum de deux, ce qui inclut, le cas échéant, leurs témoins experts.
- (vii) Les avocats des intervenantes pourront contre-interroger à l'audience les témoins du commissaire uniquement sur les sujets respectivement autorisés pour elles et devront s'abstenir, lors de ces contre-interrogatoires, de répéter toute question déjà posée par tout autre avocat.
- (viii) Les intervenantes pourront présenter des observations écrites et de vive voix, non répétitives.
- (ix) Lorsque les segments de la procédure minutée seront déterminés, les intervenantes se verront attribuer des temps de parole distincts. Autrement dit, le Tribunal rejette la proposition du commissaire selon laquelle le temps de parole qui leur sera attribué devra être déduit du temps de parole prévu pour Visa et MasterCard.

[54] Aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

FAIT à Ottawa, ce 5^e jour d'avril 2011.

SIGNÉ au nom du Tribunal par la présidente.

(s) Sandra J. Simpson

AVOCATS :

Pour le demandeur :

Le commissaire de la concurrence

Kent Thomson
Adam Fanaki
William Miller
David D. Akman

Pour les défenderesses :

MasterCard International Incorporated

Jeffrey B. Simpson
James Musgrove

Visa Canada Corporation

Robert Kwinter
Randall Hofley

Pour les parties qui demandent l'autorisation d'intervenir :

L'Association des banquiers canadiens

Mahmud Jamal
Michelle Lally
Jason MacLean

La Banque Toronto-Dominion

Paul Morrison
Christine Lonsdale