



VERSION PUBLIQUE

TRADUCTION OFFICIELLE

Référence : *B-Filer Inc. et al. c. La Banque de Nouvelle-Écosse*, 2006 Trib. conc. 42

N° de dossier : CT-2005-006

N° de document du Greffe : 0187

DANS L'AFFAIRE DE la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. 34, et ses modifications, et une demande présentée par B-Filer Inc., B-Filer Inc. faisant affaires sous le nom de GPAY GuaranteedPayment et Npay Inc. en vue d'obtenir une ordonnance fondée sur l'article 75 de la *Loi sur la concurrence*

ENTRE :

**B-Filer Inc.,**  
**B-Filer Inc., faisant affaires sous le nom de**  
**GPAY GuaranteedPayment et**  
**Npay Inc.**  
(demandereses)

et

**La Banque de Nouvelle-Écosse**  
(défenderesse)



Dates de l'audience : du 20060828 au 20060901, du 20060905 au 20060908, du 20060925 au 20060929, le 20061003, du 20061005 au 20061006

Membres : Mme la juge Dawson (juge présidente), M. L. Bolton et Mme L. Csorgo

Date des motifs : 20 décembre 2006

Motifs signés par : Mme la juge E. Dawson, M. L. Bolton et Mme L. Csorgo

VERSION PUBLIQUE DES MOTIFS CONFIDENTIELS D'ORDONNANCE

## TABLE DES MATIÈRES

## Paragraphe

I.	INTRODUCTION ET RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS.....	[1]
II.	LES FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE.....	[6]
	A. Les parties .....	[6]
	B. La nature de l'entreprise des demandereses .....	[9]
	C. Mode de fonctionnement du service UseMyBank .....	[13]
	D. La relation bancaire entre les demandereses et La Banque de Nouvelle-Écosse .....	[16]
	E. La cessation de la relation bancaire .....	[30]
	F. Interac en ligne .....	[36]
	G. L'historique de l'instance et la réparation sollicitée .....	[39]
III.	LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES .....	[41]
IV.	LE FARDEAU DE LA PREUVE ET LA NORME DE PREUVE .....	[45]
V.	LES TÉMOINS PRÉSENTÉS PAR CHAQUE PARTIE .....	[47]
	A. Les témoins experts.....	[48]
	(1) Les témoins experts des demandereses .....	[49]
	(2) Les témoins experts de la Banque .....	[51]
	B. Les témoins ordinaires .....	[55]
	(1) Les témoins ordinaires des demandereses .....	[57]
	(2) Les témoins ordinaires de la Banque .....	[61]
VI.	LES ÉLÉMENTS DE L'ARTICLE 75 ET LES QUESTIONS À TRANCHER .....	[69]
	A. Les demandereses ont-elles réussi à établir qu'elles étaient sensiblement gênées dans leur entreprise du fait qu'elles étaient incapables de se procurer un produit de façon suffisante, où que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normales?.....	[70]
	(1) Le critère à appliquer pour définir le marché de produit .....	[71]
	a) La jurisprudence antérieure.....	[73]
	b) Le bien-fondé du critère de la décision <i>Chrysler</i> .....	[81]
	(i) La personne particulière et l'entreprise en cause .....	[83]
	(ii) Les effets du refus de vendre .....	[85]
	(2) Le marché de produit pertinent .....	[89]
	a) Le statut d'inscrit au service de facturation électronique d'institutions financières autres que la Banque Scotia .....	[96]
	b) Les comptes bancaires [CONFIDENTIEL] permettant le dépôt des VFC .....	[101]

(i) Croissance réduite des revenus .....	[109]
(ii) Modifications des possibilités de croissance .....	[132]
(iii) Conclusion concernant la substituabilité de [CONFIDENTIEL] permettant le dépôt des VFC.....	[137]
(3) Conclusion concernant l'alinéa 75(1)a).....	[142]
B. Les demanderessees se sont-elles déchargées du fardeau qu'elles avaient de prouver qu'elles étaient incapables de se procurer le produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence? .....	[145]
(1) Les demanderessees exigent la divulgation de la signature électronique de chaque client .....	[150]
(2) Capacité de satisfaire aux obligations législatives et réglementaires .....	[164]
(3) La règle E2 de l'Association canadienne des paiements .....	[173]
(4) Autres justifications commerciales invoquées par la Banque .....	[176]
(5) Conclusion concernant l'alinéa 75(1)b) .....	[179]
C. Les demanderessees ont-elles établi qu'elles sont en mesure de respecter les conditions de commerce normales? .....	[181]
D. Les demanderessees ont-elles prouvé que le refus de vendre a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché? .....	[195]
(1) Le sens des mots « effet de nuire à la concurrence dans un marché » .....	[196]
(2) L'effet du refus de vendre de la Banque Scotia .....	[213]
a) La concurrence actuelle .....	[216]
b) La concurrence future .....	[219]
(3) Conclusion concernant l'alinéa 75(1)e) .....	[230]
E. La nature discrétionnaire de la réparation sollicitée .....	[231]
VII. LA DÉCISION CONCERNANT LA PREUVE PROPOSÉE DE STANLEY SADINSKY .....	[250]
VIII. LA REQUÊTE DE LA BANQUE EN VUE DE MODIFIER SA RÉPONSE À L'AVIS DE DEMANDE MODIFIÉ .....	[263]
IX. LA PROCÉDURE MINUTÉE .....	[279]
X. DIRECTIVES AUX PARTIES AU SUJET DES MOTIFS PUBLICS .....	[284]
XI. DÉPENS .....	[286]
Annexe A : L'article 75 de la <i>Loi sur la concurrence</i> .....	[288]
Annexe B : Les témoins des parties .....	[289]
Annexe C : L'engagement.....	[290]

## I. INTRODUCTION ET RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS

[1] Les demanderesse font valoir que leur ancienne banque, la Banque de Nouvelle-Écosse, a eu un comportement susceptible d'examen en mettant fin à la relation bancaire qu'elle entretenait avec elles et en refusant de ce fait de leur vendre des services. Selon les demanderesse, cette conduite leur donne droit à une ordonnance fondée sur le paragraphe 75(1) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34 (la « Loi »). Les demanderesse demandent donc au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance sommant la Banque de Nouvelle-Écosse de leur fournir deux services bancaires précis, soit le statut d'inscrit au service de facturation électronique et des comptes bancaires permettant le dépôt des virements de fonds par courriel, que la Banque fournissait auparavant aux demanderesse et qu'elle continue à fournir à d'autres clients.

[2] Dans les motifs qui suivent, le Tribunal de la concurrence arrive aux conclusions suivantes<sup>1</sup> :

- (1) les demanderesse n'ont pas établi qu'elles ont été sensiblement gênées dans leur entreprise ou qu'elles ne pouvaient exploiter leur entreprise du fait de leur incapacité de se procurer un produit de façon suffisante, où que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normales;
- (2) les demanderesse n'ont pas établi qu'elles étaient incapables de se procurer le produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché;
- (3) les demanderesse n'ont pas établi que le refus de vendre a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché;
- (4) même si les demanderesse réussissaient à établir tous les éléments du paragraphe 75(1) de la Loi, il n'y aurait pas lieu en l'espèce, en tout état de cause, de leur accorder une réparation discrétionnaire, parce que les demanderesse sont incapables de respecter les conditions du contrat conformément auxquels les services bancaires qu'elles sollicitent sont fournis aux clients de la Banque de Nouvelle-Écosse.

[3] En conséquence, la demande sera rejetée.

[4] La question des dépens sera différée. Si les parties ne peuvent s'entendre sur les dépens, des observations écrites devront être produites à ce sujet. Les parties devront également produire des observations au sujet des passages des présents motifs à supprimer afin de permettre la publication immédiate d'une version publique, le tout selon les détails expliqués plus loin dans les présents motifs.

[5] Les questions en litige dans la présente affaire sont soulevées dans le contexte factuel exposé ci-après. Sauf indication contraire, les faits suivants ne sont pas contestés.

## **II. LES FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE**

### **A. Les parties**

[6] Les sociétés demanderesse, B-Filer Inc. (« B-Filer ») et NPAY Inc. (« NPAY »), sont des sociétés constituées sous le régime fédéral et exploitent leur entreprise à Sherwood Park (Alberta). Leur président et actionnaire contrôlant est Raymond Grace. B-Filer fait affaires sous le nom de GPAY GuaranteedPayment (« GPAY »).

[7] NPAY a conclu une entente de coentreprise, en vigueur le 10 décembre 2002, avec UseMyBank Services, Inc. (« UMB »), dont le président-directeur général et fondateur est Joseph Iuso. Les profits de la coentreprise sont partagés à parts égales entre les coentrepreneurs.

[8] La Banque de Nouvelle-Écosse (parfois appelée la « Banque » ou la « Banque Scotia ») est l'une des cinq grandes banques à charte canadiennes.

### **B. La nature de l'entreprise des demanderesse**

[9] Les demanderesse décrivent leur entreprise comme un service de paiement par débit à l'aide de la carte bancaire électronique, qui permet aux clients de faire des achats auprès des commerçants en ligne participants et d'effectuer leurs paiements directement depuis leur compte bancaire existant (« services de GPAY »). La principale activité des demanderesse réside dans la fourniture des services de GPAY. Le revenu des demanderesse, qui est substantiel, provient en totalité de la coentreprise.

[10] Une partie des services nécessaires à la fourniture des services de GPAY sont assurés par le coentrepreneur, UMB. Le service fourni par la coentreprise est appelé le « service UseMyBank ». Dans l'entente de coentreprise produite comme pièce CA-2, les responsabilités des coentrepreneurs de celle-ci sont définies comme suit. UMB fournit des services de facilitation à l'aide des systèmes de paiement bancaire existants et fournit également l'interface frontale en utilisant des éléments du site web de NPAY. De plus, UMB dirige les acheteurs et les vendeurs vers les conditions d'utilisation courantes de NPAY et dirige aussi tous ceux qui désirent utiliser les services manuels de paiement de factures vers celle-ci. Pour sa part, NPAY (et, par son entremise, B-Filer) doit assurer le traitement, le règlement et le rapprochement de tous les paiements traités par UMB et diriger vers celle-ci tous les acheteurs et vendeurs qui désirent utiliser des services automatisés de paiement de factures.

[11] M. Iuso a expliqué que UMB s'occupe de la commercialisation du service UseMyBank et du traitement de toutes les opérations par l'entremise des banques. NPAY et, par l'entremise de celle-ci, B-Filer, s'occupent de tous les aspects liés à l'argent, plus précisément de l'interface avec les banques et du règlement avec les commerçants.

[12] Au cours de leur déclaration préliminaire, les demandresses ont reconnu pour la première fois, par l'entremise de leur avocat, qu'elles exploitent une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables au sens où cette expression est employée dans le règlement pris en application de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17 (« LRPCFAT »).

### **C. Mode de fonctionnement du service UseMyBank**

[13] Le service UseMyBank fonctionne comme suit :

- (i) les commerçants en ligne qui offrent ce mécanisme de paiement affichent l'icône UseMyBank sur leurs sites web;
- (ii) le client qui désire utiliser le service choisit UseMyBank comme option de paiement et est ensuite dirigé vers le site web de UseMyBank;
- (iii) le client sélectionne ensuite sa banque à partir d'une liste de banques;
- (iv) avant de poursuivre, le client doit reconnaître qu'il a examiné et accepté les conditions d'utilisation imposées par UseMyBank (qu'il ait lu ou non lesdites conditions);
- (v) le client désigne ensuite le compte bancaire auquel il désire imputer l'opération et inscrit le code d'identification et le mot de passe qu'il a précédemment choisis avec sa banque (appelés ensemble la « signature électronique du client »). Toutes ces opérations sont faites sur le site web de UseMyBank, qui est protégé par encodage.
- (vi) UMB se sert ensuite de la signature électronique du client pour ouvrir une session en ligne sur le site web de la banque de celui-ci. Pour apprendre que son propre client ne dirige pas la session bancaire, la banque devrait vérifier l'adresse IP de la partie qui communique. Si elle le faisait, la banque constaterait que l'opération a été enclenchée par UMB. UMB déclare que la signature électronique du client n'est pas stockée sur son serveur et qu'elle ne réside en aucun temps sur le serveur du commerçant en ligne. Pendant que la signature électronique se trouve sur le serveur de UMB, elle n'est pas encodée;
- (vii) au cours de la session bancaire en ligne, UMB choisit, conformément aux directives du client, le compte duquel le paiement doit être débité et acheminé

ensuite le paiement à GPAY. Lorsque GPAY possède le statut d'inscrit au service de facturation électronique de la banque du client (selon la description plus détaillée figurant ci-dessous), elle est sélectionnée comme bénéficiaire de facture et le paiement du client est acheminé vers GPAY à titre de paiement de facture. Si GPAY n'a pas le statut d'inscrit au service de facturation électronique, UMB dirige un virement de fonds par courriel (« VFC ») à partir du compte du client vers l'un des comptes de GPAY. Pendant la session bancaire, le serveur de UMB recueille également des renseignements de la banque (comme le nom, l'adresse et le numéro de téléphone du client) et GPAY se sert de ces renseignements à plusieurs fins, dont la détection d'opérations frauduleuses;

- (viii) que ce soit par suite d'un VFC ou d'un paiement de facture, la banque retire immédiatement les fonds du compte du client et les dépose dans un compte transitoire interne;
- (ix) UMB avise ensuite le commerçant de la confirmation du paiement. Plus tard, GPAY reçoit les fonds de la banque et les remet à son commerçant, après avoir déduit ses honoraires.

[14] M. Iuso a souligné que ce type d'opération [TRADUCTION] « est destiné à être une opération de traitement des paiements en temps réel, comme [une] carte de crédit ». Il a convenu que la coentreprise peut offrir uniquement ce qu'elle appelle un transfert de fonds en temps réel, parce que UMB exécute elle-même l'opération pour le compte de GPAY en utilisant la signature électronique du client de la banque. La coentreprise ne peut exploiter ce type d'entreprise de transfert de fonds que si les clients de la banque lui dévoilent leur mot de passe et leur numéro d'identification bancaires en ligne.

[15] Des opérations traitées par le service UseMyBank, 98 p. 100 concernent des paiements à des « passerelles d'entreprises de traitement des paiements » qui offrent des jeux de casino en ligne à leurs clients. En termes plus simples, la grande majorité des activités de la coentreprise, soit 98 p. 100, consiste à transférer des fonds afin de financer les comptes de jeu en ligne de différents casinos situés à l'extérieur du Canada.

#### **D. La relation bancaire entre les demandereses et la Banque de Nouvelle-Écosse**

[16] En août 1999, M. Grace s'est rendu à la succursale de la Banque de Nouvelle-Écosse située à Sherwood Park et a ouvert un compte de petite entreprise au nom de B-Filer Inc., faisant affaires sous le nom de GPAY Guaranteed Payment. Sur la formule de demande de services bancaires qu'il a signée, M. Grace a décrit l'entreprise de GPAY comme une entreprise de [TRADUCTION] « recouvrement financier » et a évalué le chiffre d'affaires annuel de celle-ci à 240 000 \$, le solde de dépôt mensuel total s'établissant à 10 000 \$. M. Grace a alors signé l'entente de services financiers de la Banque et en a reçu une copie. Ce document énonce les conditions liées à l'exploitation du compte d'affaires.

[17] Il appert des pièces A-33 et A-34 que M. Grace a également présenté une demande en août 1999 afin d'obtenir le statut d'inscrit au service de facturation électronique de la Banque de Nouvelle-Écosse. Après avoir accepté la demande, la Banque de Nouvelle-Écosse a inscrit GPAY comme émetteur de factures afin que les clients de la Banque puissent payer en ligne leurs factures à partir de leurs comptes bancaires à GPAY. Le statut d'inscrit au service de facturation électronique est propre à chaque banque au sens où les clients de la Banque Scotia ne peuvent payer en ligne leurs factures depuis leurs comptes Scotia qu'aux entités qui ont obtenu ce statut de la Banque de Nouvelle-Écosse. Dans la même veine, les clients de la Banque Royale du Canada (« RBC »), par exemple, ne peuvent faire ces paiements qu'aux entités qui ont obtenu un statut similaire de la RBC.

[18] Il est admis que, en 1998 et 1999, GPAY a obtenu le statut d'inscrit au service de facturation électronique de chacune des cinq plus grandes banques à charte du Canada ainsi que des Alberta Treasury Branches (succursales du trésor de l'Alberta - « STA ») et de la Fédération des caisses Desjardins du Québec. Lorsque la coentreprise UseMyBank a été créée en décembre 2002, GPAY a utilisé ce statut d'inscrit au service de facturation électronique pour exercer les activités de UseMyBank décrites ci-dessus. Il est également convenu qu'à tout moment pertinent, les demanderesse avaient des comptes d'affaires à la RBC. L'importance de ces comptes réside dans le fait que la Banque de Nouvelle-Écosse et la RBC sont les deux seules banques qui permettent le dépôt des VFC dans des comptes de petite entreprise. La Banque de Nouvelle-Écosse n'autorise pas ce type de dépôt dans les comptes commerciaux d'entités qui ne sont pas des petites entreprises. Elle permet les dépôts de cette nature dans des comptes personnels.

[19] En août 2003, l'Association des banquiers canadiens a envoyé à un certain nombre de banques une alerte Internet au sujet du site web de UseMyBank. L'alerte provenait de la Banque Canadienne Impériale de Commerce (« CIBC »), qui affirmait l'existence de possibilités de fraude découlant de la divulgation de la signature électronique d'un client de la banque. Par suite de cet avis, le groupe de la sécurité de la Banque a ouvert une enquête. Bien que des représentants de la Banque aient exprimé des préoccupations au sujet du risque que représentait la divulgation de la signature électronique d'un client, la Banque a réagi à l'enquête en communiquant avec tous ses clients qui avaient utilisé le service UseMyBank afin de les prévenir qu'ils ne devraient pas divulguer leurs signatures électroniques. De l'avis de la Banque, cette réaction traduisait les faibles volumes d'opérations et le nombre peu élevé de clients qui étaient concernés.

[20] En décembre 2003, GPAY a perdu le statut d'inscrit au service de facturation électronique qu'elle possédait à la Banque Toronto-Dominion (« TD »), à la CIBC et aux STA. Par conséquent, lorsqu'après cette date UMB ouvrait des sessions bancaires sur les sites web de la TD et de la CIBC pour le compte d'un client, elle ordonnait que le paiement soit acheminé à GPAY au moyen d'un VFC plutôt que d'un paiement de facture. Les montants de ces VFC étaient ensuite déposés dans les comptes d'affaires des demanderesse à la Banque de Nouvelle-Écosse ou à la RBC (car, tel qu'il est mentionné plus haut, seules ces deux banques autorisaient les VFC dans les comptes d'affaires).

[21] La RBC et la Banque Scotia imposent toutes deux des plafonds sur les montants pouvant être envoyés et reçus par VFC. Dans les cas des montants envoyés, le plafond est de 1 000 \$ par jour et de 7 000 \$ sur une période continue de 30 jours. Quant à la réception de fonds, un même destinataire ne peut recevoir plus de 10 000 \$ par jour et 300 000 \$ sur une période continue de 30 jours. Les plafonds sont fixés par Acxsys Corporation, société à but lucratif et division de l'Association Interac, qui a conçu le service de virement de fonds par courriel.

[22] Le 15 avril 2004, M. Grace a ouvert un deuxième compte à la Banque au nom de GPAY. Ce compte était un Maître Compte pour entreprise (« Maître Compte »). M. Grace a dit au cours de son témoignage que ce deuxième compte était différent du compte initial du fait qu'aucuns frais bancaires n'étaient exigés pour le dépôt des VFC. De plus, aucuns frais n'étaient exigés pour le transfert de fonds du compte Maître Compte au compte courant, pourvu que le virement soit fait en ligne. Des frais de 0,65 \$ pour chaque opération étaient exigés dans le cas des dépôts de VFC faits dans le compte courant original de GPAY.

[23] Au cours de l'année 2004, la succursale de Sherwood Park de la Banque a commencé à recevoir des avis selon lesquels certaines opérations ne pouvaient être comptabilisées dans le ou les comptes des demanderesses.

[24] M. Woodrow, le directeur des comptes de petite entreprise de la succursale de Sherwood Park, a dit au cours de son témoignage que, par suite de l'activité dans les comptes des demanderesses, la succursale a appris en 2004 que, lorsque 100 opérations avaient été effectuées dans un compte Maître Compte, les débits ou crédits qui restaient étaient transférés dans un compte transitoire dont les opérations n'étaient pas comptabilisables. M. Woodrow s'est également rappelé que, au cours de la dernière partie de l'année 2004, des rapports d'opérations non comptabilisables montraient que les demanderesses dépassaient les limites d'opération presque tous les jours.

[25] M. Grace a convenu qu'après environ 100 opérations, les opérations subséquentes n'étaient plus comptabilisables, ce qui a occasionné d'importantes difficultés aux demanderesses en 2004.

[26] Cet accroissement d'opérations non comptabilisables était imputable au fait qu'après la perte du statut d'inscrit au service de facturation électronique de la CIBC et de la TD, les paiements destinés à GPAY, pour les clients de ces banques, étaient effectués au moyen du dépôt des VFC dans les comptes que les demanderesses possédaient à la Banque de Nouvelle-Écosse.

[27] En raison du problème que représentaient les opérations non comptabilisables, les demanderesse ont ouvert de nouveaux comptes à la Banque de Nouvelle-Écosse au cours de la deuxième moitié de l'année 2004. Certains comptes ont été ouverts par M. Grace lui-même à la succursale de Sherwood Park, tandis que d'autres ont été ouverts par suite d'appels téléphoniques que M. Grace a faits au centre d'appel de la Banque Scotia. La pièce A-35 présente un résumé des ouvertures de comptes où figurent la date d'ouverture, le nom du détenteur de compte et le nombre de comptes ouverts chaque jour et précisant si le compte était ouvert par l'entremise de la succursale ou du centre d'appel. Voici la reproduction intégrale de la pièce A-35 :

[TRADUCTION]  
RÉSUMÉ DES OUVERTURES DE COMPTES

<u>Date</u>	<u>Demanderesse</u>	<u>Succursale</u>	<u>Centre d'appel</u>	<u>Nbre de comptes</u>
6 août 1999	B-Filer sous le nom de GPay	√		1
15 avril 2004	GPay	√		1
11 juin 2004	GPay	√		6
7 octobre 2004	B-Filer	√		5
15 novembre 2004	NPay	√		15
25 février 2005	B-Filer		√	30
1 <sup>er</sup> mars 2005	NPay		√	1
3 mars 2005	NPay		√	22
8 mars 2005	GPay		√	10
9 mars 2005	GPay		√	17

[28] Ce résumé montre donc que d'avril 2004 à mars 2005, M. Grace a fait ouvrir 107 comptes à la Banque aux noms de l'une ou l'autre des demanderesse. Des 107 comptes, 80 ont été ouverts entre le 25 février 2005 et le 9 mars 2005.

[29] La pièce CA-69 montre le nombre de dépôts que les demanderesse ont faits dans les comptes de la Banque de Nouvelle-Écosse chaque mois de septembre 2003 à juillet 2006. La pièce CA-62 illustre le montant des dépôts versés chaque mois dans les comptes de la Banque Scotia de septembre 2003 à juillet 2006. Au paragraphe 10 de leur exposé des motifs et des faits substantiels, les demanderesse précisent que, du 1<sup>er</sup> juin 2004 au 31 mai 2005, elles ont déposé environ 9 929 881,17 \$ dans les comptes d'affaires qu'elles possédaient à la Banque de Nouvelle-Écosse.

#### **E. La cessation de la relation bancaire**

[30] Après avoir été informée de l'ouverture des 15 nouveaux comptes au nom de NPAY le 15 novembre 2004, M<sup>me</sup> Parsons, directrice de la succursale de Sherwood Park, a commencé à se

préoccuper du nombre de comptes que les demanderesses ouvraient. Au cours d'une rencontre avec M. Woodrow et M<sup>me</sup> Gibson-Nault, directrice du service à la clientèle à la succursale de Sherwood Park, M<sup>me</sup> Parsons a donné ordre à M. Woodrow de chercher à savoir auprès de M. Grace pourquoi autant de comptes étaient nécessaires et pourquoi le nombre d'opérations non comptabilisables était aussi élevé. Elle a également interdit l'ouverture de nouveaux comptes pour les demanderesses.

[31] En février 2005, la succursale a appris que M. Grace ouvrait des comptes par l'entremise du centre d'appel de la Banque Scotia. M<sup>me</sup> Gibson-Nault a donc parlé à sa personne-ressource aux Services partagés de la Banque qui, à son tour, l'a renvoyée à la Division Sécurité et enquêtes de la Banque à Calgary. Par suite d'une conversation tenue avec un représentant de ce service, M<sup>me</sup> Gibson-Nault a préparé et acheminé une déclaration d'opérations inhabituelles. La déclaration faisait état du nombre de comptes ouverts pour GPAY, NPAY et B-Filer, du nombre de VFC qui dépassaient les limites d'opération et donnaient ainsi lieu à des opérations non comptabilisables ainsi que du regroupement et du transfert de fonds.

[32] De plus, en février et mars 2005, la Banque a reçu six plaintes d'opérations frauduleuses concernant les comptes des demanderesses. M. Grace a expliqué à M. Woodrow que ces opérations frauduleuses pouvaient découler de deux scénarios. Dans le premier, le compte du client pourrait être touché par un escroc qui dirigerait ensuite l'opération. Dans le second, une personne interrogerait son conjoint au sujet d'une opération figurant sur un relevé bancaire. Le conjoint qui a effectué l'opération ne voudrait pas l'admettre et nierait sa participation (plutôt que d'admettre, par exemple, qu'il a joué à des jeux de hasard sur Internet). En pareil cas, l'opération serait signalée à titre d'opération frauduleuse.

[33] La réception de la déclaration d'opérations inhabituelles a donné lieu à une enquête interne à la Banque. Des représentants de la Banque à Toronto ont demandé des renseignements supplémentaires à la succursale.

[34] Dans une note de deux pages en date du 29 mars 2005 dans laquelle elles ont passé en revue la chronologie des événements, M<sup>me</sup> Parsons et M<sup>me</sup> Gibson-Nault ont recommandé la cessation de la relation bancaire entre la Banque et les demanderesses. La Banque explique que, par suite de son enquête interne, elle a décidé d'accepter la recommandation et de mettre fin à sa relation bancaire avec les demanderesses.

[35] Dans plusieurs lettres portant la date du 11 mai 2005, la Banque de Nouvelle-Écosse a donné aux demanderesses un avis écrit de cessation de la relation bancaire, laquelle cessation devait prendre effet le 15 juin 2005. Chaque lettre comportait un renvoi à la clause 12.2 de l'entente sur les services financiers, qui énonce que la Banque [TRADUCTION] « peut résilier unilatéralement tout service qu'elle vous fournit en vous remettant un préavis écrit de trente jours ». La résiliation a dans les faits été reportée par suite des procédures que les demanderesses ont engagées devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Après que cette Cour eut rejeté leur demande d'injonction provisoire, la Banque a mis fin aux services bancaires qu'elle offrait aux demanderesses et fermé les comptes de celles-ci le 28 septembre 2005.

## **F. Interac en ligne**

[36] Vers le 5 mai 2005, l'Association Interac a annoncé le lancement du service Interac en ligne, qui a été offert dès juin 2005.

[37] Interac en ligne est un service qui permet également aux clients d'acheter des produits ou services sur Internet. Lorsqu'un client choisit Interac en ligne comme option de paiement alors qu'il se trouve sur le site web d'un marchand participant, il est dirigé vers une page d'accès sur laquelle figurent les institutions financières qui participent à Interac en ligne. À l'heure actuelle, trois institutions financières participent à ce service : la Banque Scotia, la RBC et la TD. Après avoir sélectionné son institution financière, le client est dirigé vers la page d'adhésion aux services bancaires en ligne de cette institution. Il entre alors sa signature électronique et est ensuite dirigé vers une page sur laquelle il choisit le compte à débiter et confirme l'opération.

[38] Depuis juin 2005, 32 commerçants ont accepté Interac en ligne comme mécanisme de paiement.

## **G. L'historique de l'instance et la réparation sollicitée**

[39] La demande présentée en l'espèce est engagée conformément à l'ordonnance du 4 novembre 2005 dans laquelle le Tribunal a fait droit à la demande des demanderesse en vue d'obtenir l'autorisation de solliciter une réparation sous le régime de l'article 75 de la Loi. Les demanderesse sollicitent une ordonnance sommant la Banque Scotia de leur fournir le [TRADUCTION] « statut d'inscrit au service de facturation électronique » ainsi que des [TRADUCTION] « comptes bancaires permettant le dépôt de VFC » de la Banque Scotia. Il s'agit de la première demande privée engagée devant le Tribunal par suite des modifications qui ont été apportées à la Loi en 2002 et qui autorisent ces instances privées.

[40] Le 14 décembre 2005, le Tribunal a rejeté la demande de mesures provisoires des demanderesse.

## **III. LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES**

[41] La disposition relative au refus de vendre qui est en litige en l'espèce est énoncée au paragraphe 75(1) de la Loi, dont voici le texte :

**75.** (1) Lorsque, à la demande du commissaire ou d'une personne autorisée en vertu de l'article 103.1, le Tribunal conclut :

**75.** (1) Where, on application by the Commissioner or a person granted leave under section 103.1, the Tribunal finds that

*a)* qu'une personne est sensiblement gênée dans son entreprise ou ne peut exploiter une entreprise du fait qu'elle est incapable de se procurer un produit de façon suffisante, où que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normales;

*b)* que la personne mentionnée à l'alinéa *a)* est incapable de se procurer le produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché;

*c)* que la personne mentionnée à l'alinéa *a)* accepte et est en mesure de respecter les conditions de commerce normales imposées par le ou les fournisseurs de ce produit;

*d)* que le produit est disponible en quantité amplement suffisante;

*e)* que le refus de vendre a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché,  
le Tribunal peut ordonner qu'un ou plusieurs fournisseurs de ce produit sur le marché en question acceptent cette personne comme client dans un délai déterminé aux conditions de commerce normales à moins que, au cours de ce délai, dans le cas d'un article, les droits de douane qui lui sont applicables ne soient supprimés, réduits ou remis de façon à mettre cette personne sur un pied d'égalité avec d'autres personnes qui sont capables de se procurer l'article en quantité suffisante au Canada.

*(a)* a person is substantially affected in his business or is precluded from carrying on business due to his inability to obtain adequate supplies of a product anywhere in a market on usual trade terms,

*(b)* the person referred to in paragraph *(a)* is unable to obtain adequate supplies of the product because of insufficient competition among suppliers of the product in the market,

*(c)* the person referred to in paragraph *(a)* is willing and able to meet the usual trade terms of the supplier or suppliers of the product,

*(d)* the product is in ample supply, and

*(e)* the refusal to deal is having or is likely to have an adverse effect on competition in a market,

the Tribunal may order that one or more suppliers of the product in the market accept the person as a customer within a specified time on usual trade terms unless, within the specified time, in the case of an article, any customs duties on the article are removed, reduced or remitted and the effect of the removal, reduction or remission is to place the person on an equal footing with other persons who are able to obtain adequate supplies of the article in Canada.

[42] Le paragraphe 75(1) a été modifié en juin 2002 de façon à permettre l'accès privé au Tribunal lorsque l'autorisation est accordée au titre de l'article 103.1 de la Loi. La modification apportée en 2002 prévoyait également un ajout à la Loi, soit l'alinéa *e*). La présente instance est la première affaire portée devant le Tribunal depuis l'ajout de l'alinéa *e*) au paragraphe 75(1).

[43] Les paragraphes (3) et (4) de l'article 75 sont également pertinents en l'espèce. Suivant le paragraphe (3), l'expression « conditions de commerce » du paragraphe 75(1) s'entend des « conditions relatives au paiement, aux quantités unitaires d'achat et aux exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien ». Le paragraphe (4) interdit au Tribunal de tirer quelque conclusion que ce soit du fait que le commissaire a accompli un geste ou non à l'égard de l'objet de la demande. Cette disposition est pertinente car, en janvier 2004, la commissaire a mis fin à son enquête concernant l'allégation des demanderesse selon laquelle le refus de la CIBC, de la TD et des STA de permettre à GPAY de recevoir des paiements de factures de leurs clients allait à l'encontre des articles 75 et 79 de la Loi. Le Tribunal n'a accordé aucun poids au fait que l'enquête de la commissaire de la concurrence avait été discontinuée. La commissaire a souligné que les demanderesse pourraient peut-être exercer un recours privé devant le Tribunal.

[44] L'article 75 de la Loi est reproduit en entier à l'annexe A des présents motifs.

#### **IV. LE FARDEAU DE LA PREUVE ET LA NORME DE PREUVE**

[45] Il est admis de part et d'autre qu'il appartient aux demanderesse d'établir chacun des éléments énoncés aux alinéas *a*) à *e*) du paragraphe 75(1) de la Loi.

[46] La norme de preuve est celle qui s'applique en matière civile, soit la preuve selon la prépondérance des probabilités.

#### **V. LES TÉMOINS PRÉSENTÉS PAR CHAQUE PARTIE**

[47] Avant d'en arriver au cœur de l'analyse du paragraphe 75(1) de la Loi et de ses éléments constitutifs, il convient de décrire brièvement les témoins que chaque partie a présentés. Une description de la nature générale du témoignage que ces personnes ont présenté en interrogatoire principal figure à l'annexe B des présents motifs.

## **A. Les témoins experts**

[48] Six personnes ont témoigné comme experts devant le Tribunal, soit deux pour le compte des demanderessees et quatre pour le compte de la Banque. Les témoins experts des demanderessees étaient M. Jack Bensimon et M. Lawrence Schwartz, tandis que ceux de la Banque étaient M. Christopher Mathers, M. James Dingle, M. David Stewart et M. Frank Mathewson.

### **(1) Les témoins experts des demanderessees**

[49] Avec l'accord des parties, le Tribunal a reconnu Jack Bensimon à titre d'expert habilité à présenter un témoignage d'opinion au sujet des programmes et politiques de lutte contre le blanchiment d'argent et du respect des règlements adoptés en la matière au Canada et aux États-Unis. Après avoir entendu l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire de cette personne au sujet de ses titres et qualités, le Tribunal a également conclu qu'elle avait la compétence voulue pour présenter un témoignage d'opinion au sujet des programmes et politiques de lutte contre la fraude.

[50] Avec l'assentiment des parties, M. Lawrence Schwartz a été reconnu à titre [TRADUCTION] « d'économiste spécialisé en économie de la concurrence, notamment en ce qui concerne la définition du marché, les répercussions sur la concurrence et les répercussions sur l'entreprise de GPAY, du moins sur le plan économique ».

### **(2) Les témoins experts de la Banque**

[51] Christopher Mathers a été présenté à titre d'expert dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent, la fraude et le financement des activités terroristes, notamment dans le contexte de l'industrie du jeu en ligne. Les demanderessees ont reconnu qu'il avait les qualités voulues pour présenter son opinion sur ces questions.

[52] M. James Dingle est un employé à la retraite de la Banque du Canada, où il a été, notamment, vice-président du conseil d'administration de l'Association canadienne des paiements. Il a été présenté et accepté comme expert [TRADUCTION] « sur les questions liées à l'exploitation des banques à charte canadiennes et aux risques inhérents aux activités quotidiennes de celles-ci, surtout en ce qui concerne les flux de paiement et les questions liées aux services bancaires en ligne », ainsi qu'il appert de son rapport.

[53] David Stewart est avocat et exerce le droit à Washington, D.C. Il a été présenté et les demanderessees l'ont accepté à titre d'expert dans le domaine des règles de droit des États-Unis en matière de jeu de hasard, y compris les règles de droit fédérales des États-Unis concernant le jeu en ligne. Les demanderessees ont contesté ses compétences concernant les règles de droit en vigueur dans les États; cependant, après avoir entendu le témoignage en chef et le contre-interrogatoire de l'intéressé sur ses titres et compétences, le Tribunal a reconnu qu'il était compétent dans ce domaine.

[54] M. Frank Mathewson est professeur d'économie et le directeur de l'Institute for Policy Analysis à l'Université de Toronto. Il a été reconnu comme économiste spécialisé dans le domaine de l'organisation industrielle, notamment sur les questions qui concernent le pouvoir de marché et les restrictions verticales.

## **B. Les témoins ordinaires**

[55] Le Tribunal a entendu le témoignage de douze autres personnes.

[56] Les demandereses ont appelé à la barre M. Joseph Iuso, M. Raymond Grace, M. Ryan Woodrow et M. Darren Morgenstern. La Banque a fait témoigner M<sup>me</sup> Margaret Parsons, M<sup>me</sup> Sharon Gibson-Nault, M<sup>me</sup> Susan Graham-Parker, M. Colin Cook, M. Douglas Monteath, M. Robert Rosatelli, M. Ronald King et M. David Jones.

### **(1) Les témoins ordinaires des demandereses**

[57] Joseph Iuso est le président, directeur général et fondateur de UMB.

[58] Raymond Grace est président de GPAY et de NPAY.

[59] Ryan Woodrow est un employé de la Banque de Nouvelle-Écosse qui, à tout moment pertinent, était le directeur des comptes de petite entreprise de la succursale de la Banque située à Sherwood Park, en Alberta. Il était le dirigeant responsable des comptes des demandereses.

[60] Darren Morgenstern est propriétaire de l'agence Ashley Madison Agency, service de rencontres en ligne dont la clientèle ciblée se compose de personnes qui sont déjà dans une relation mais qui [TRADUCTION] « cherchent autre chose ».

### **(2) Les témoins ordinaires de la Banque**

[61] Margaret Parsons était, à tout moment pertinent, la directrice de la succursale de la Banque de Nouvelle-Écosse située à Sherwood Park.

[62] Sharon Gibson-Nault était, à tout moment pertinent, la directrice du service à la clientèle de la succursale de Sherwood Park.

[63] Susan Graham-Parker est première vice-présidente, Services bancaires aux particuliers et Services aux petites entreprises, Ontario pour la Banque de Nouvelle-Écosse.

[64] Colin Cook est vice-président, Services aux entreprises à la Banque de Nouvelle-Écosse.

[65] Douglas Monteath est directeur général adjoint des Services partagés de la Banque.

[66] Robert Rosatelli est vice-président, Libre-service bancaire à la Banque de Nouvelle-Écosse.

[67] Ronald King est vice-président et chef, Lutte contre le blanchiment d'argent pour le groupe de sociétés de la Banque Scotia.

[68] David Jones est directeur de Web Busines (directeur des opérations commerciales en ligne) chez WestJet.

## **VI. LES ÉLÉMENTS DE L'ARTICLE 75 ET LES QUESTIONS À TRANCHER**

[69] Après avoir brossé un tableau du contexte factuel, résumé les dispositions législatives ainsi que le fardeau et la norme de preuve applicables et présenté les témoins des demanderesse et de la Banque, nous en arrivons à l'analyse de la question de savoir si les demanderesse ont réussi à établir chacun des éléments énoncés au paragraphe 75(1). Les parties ne s'entendent sur aucun de ces éléments. Nous examinons d'abord l'alinéa 75(1)a) de la Loi.

### **A. Les demanderesse ont-elles établi qu'elles sont sensiblement gênées dans leur entreprise du fait qu'elles sont incapables de se procurer un produit de façon suffisante, où que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normales?**

[70] Les demanderesse ne soutiennent nullement qu'elles ont été empêchées d'exploiter leur entreprise. La seule question à examiner est donc de savoir si elles ont été sensiblement gênées dans leur entreprise. Il nous faut déterminer dès le départ le critère que le Tribunal doit appliquer pour définir le marché pertinent de produit selon l'alinéa 75(1)a). Nous notons toutefois auparavant que les demanderesse et la Banque ont commenté la question des « conditions de commerce normales » dans leurs observations concernant l'alinéa 75(1)c) plutôt que l'alinéa 75(1)a). Nous procédons de la même façon et commenterons la question des conditions de commerce normales dans le cadre de l'analyse concernant l'alinéa 75(1)c).

#### **(1) Le critère à appliquer pour définir le marché de produit**

[71] Les parties ne s'entendent pas sur la méthode à suivre pour définir le marché de produit lors de l'analyse relative à l'alinéa 75(1)a). De l'avis de M. Schwartz, l'approche qui convient est le critère du monopoleur hypothétique. M. Schwartz a expliqué qu'il préférerait ce critère parce qu'il permet généralement d'éviter une définition trop large du marché. Pour sa part, M. Mathewson définit le marché en se fondant sur la méthode que le Tribunal a adoptée dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Chrysler Canada Ltée* (13 octobre 1989), CT-

88/4, Motifs et ordonnance (Trib. concurr.), conf.[1991] A.C.F. n° 943 (QL) (C.A.). Selon M. Mathewson, [TRADUCTION] « en principe, d'autres produits peuvent être des substituts lorsque l'entreprise de l'acheteur n'est pas sensiblement gênée par suite du transfert à ces autres services ». M. Mathewson préfère ce critère, parce que [TRADUCTION] « dans les affaires de refus de vendre et d'abus, les événements se sont déjà produits, de sorte que nous avons des données au sujet de la façon dont le marché a réagi. Il n'est pas nécessaire de formuler d'hypothèse. Il me semble que, si nous utilisions des hypothèses, nous ignorerions de l'information qui se trouve à la portée de la main, soit les données concernant la façon dont le marché a effectivement fonctionné. En conséquence, le mot clé à mon avis est celui de l'interchangeabilité fonctionnelle ».

[72] Nous estimons que le critère qui convient est celui que le Tribunal a énoncé dans *Chrysler* et que M. Mathewson a appliqué. Nous arrivons à cette conclusion parce que cette méthode est compatible avec la jurisprudence antérieure et, selon nous, convient mieux que le critère du monopoleur hypothétique pour examiner les préoccupations concernant l'alinéa 75(1)a). Voici nos motifs à l'appui de ces conclusions.

#### **a) La jurisprudence antérieure**

[73] Comme le Tribunal l'a souligné à la page 40 dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Xerox Canada Inc.* (2 novembre 1990), CT-89/4, Motifs et ordonnance (Trib. concurr.), « [l]e mécanisme de définition d'un marché de produit s'appuie de toute évidence sur l'analyse économique, mais la question de savoir si ce marché est 'pertinent' aux fins des dispositions de l'article 75 est largement fonction de l'interprétation que l'on donne à l'article 75 et de la définition de ses objectifs par rapport à l'ensemble de la *Loi sur la concurrence* ».

[74] Dans l'affaire *Chrysler*, le Tribunal s'était déjà penché sur la bonne façon de définir un marché du produit dans le contexte de l'alinéa 75(1)a). Dans cette décision, le Tribunal s'est exprimé comme suit à la page 19 :

Les produits et les marchés ne peuvent être valablement définis que dans un contexte particulier et pour un objet particulier. La définition donnée à ces termes pourra différer totalement lorsque, par exemple, dans le cas d'un fusionnement, le critère ultime consiste à déterminer si le fusionnement diminuera sensiblement la concurrence, auquel cas elle doit être formulée en fonction du besoin d'établir si le fusionnement entraînera une augmentation des prix ou d'autres effets caractéristiques d'une diminution de la concurrence. Dans le cas de l'alinéa 75(1)a), le critère ultime est l'effet sur l'entreprise concernée du refus d'approvisionnement imposé à une personne. [Non souligné dans l'original.]

[75] Le Tribunal a expressément rejeté la preuve d'expert selon laquelle le marché devait être défini à partir de la question de savoir si *Chrysler*, la partie défenderesse, détenait un pouvoir de marché. Le Tribunal a effectivement conclu qu'il n'était pas nécessaire de s'attarder au pouvoir que *Chrysler* exerce sur le marché lors de l'examen des différents éléments de l'article 75 de la Loi.

[76] Dans *Xerox*, le Tribunal a également conclu, à la page 116, qu'il n'était pas nécessaire d'établir le pouvoir de marché exercé par la partie défenderesse pour obtenir une ordonnance fondée sur l'article 65.

[77] Depuis les décisions que le Tribunal a rendues dans les affaires *Chrysler* et *Xerox*, le paragraphe 75(1) a été modifié par l'ajout de l'alinéa 75(1)e), qui nécessite un examen de la question de savoir si le refus de vendre a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché. Compte tenu de cette modification, il est nécessaire de se demander si l'ajout de l'alinéa 75(1)e) a modifié le contexte et l'objet de l'article 75 au point où le critère articulé dans *Chrysler* ne convient plus pour l'analyse concernant l'alinéa 75(1)a).

[78] À notre avis, bien que l'ajout de l'alinéa 75(1)e) modifie le contexte et l'objet de l'article 75 en ce qu'un accent est mis désormais sur la question de savoir si le refus de vendre a pour effet de nuire à la concurrence, il ne modifie pas la préoccupation ultime sous-jacente à l'alinéa 75(1)a). Comme le Tribunal l'a dit dans *Chrysler*, cette préoccupation réside dans l'effet sur l'entreprise de la personne visée par le refus de vendre. Étant donné que le marché visé par la préoccupation sous-jacente à l'alinéa 75(1)e) n'est pas nécessairement le marché inhérent à la préoccupation que soulèvent les alinéas 75(1)a) et 75(1)b), le marché qui convient mieux au contexte et à l'objet particuliers de l'alinéa 75(1)e) peut être examiné séparément lors de l'analyse fondée sur cette dernière disposition de la Loi<sup>2</sup>.

[79] Par souci de clarté, nous articulons le « critère de la décision *Chrysler* » comme suit : pour l'application de l'alinéa 75(1)a), un produit est un substitut et fait donc partie du même marché lorsqu'une personne n'est pas sensiblement gênée dans son entreprise (ou qu'elle peut exploiter son entreprise) par suite du transfert à cet autre produit.

[80] En ce qui concerne le sens du mot « sensiblement » employé à l'alinéa 75(1)a), comme l'a souligné le Tribunal dans *Chrysler*, à la page 45, « [l]e Tribunal reconnaît que « sensible » doit recevoir son sens habituel, ce qui signifie davantage que le seul fait de ne pas être négligeable. Des mots comme « important » sont des synonymes acceptables, mais on ne peut apporter un éclaircissement complémentaire qu'en procédant à l'évaluation de situations réelles ». Ainsi, à notre avis, une personne serait considérée comme une personne qui est sensiblement gênée dans son entreprise ou qui ne peut exploiter son entreprise si le transfert à d'autres produits donnait lieu à la sortie de l'entreprise en cause de son marché d'exploitation actuel.

## **b) Le bien-fondé du critère de la décision *Chrysler***

[81] À notre avis, le critère de la décision *Chrysler* convient davantage que le critère du monopoleur hypothétique pour l'examen des préoccupations sous-jacentes à l'alinéa 75(1)a), et ce, pour deux raisons. D'abord, le critère de la décision *Chrysler* porte directement sur la personne particulière et l'entreprise en cause. En deuxième lieu, il concerne les effets d'un refus d'approvisionner pour l'entreprise touchée plutôt que les effets d'une augmentation de prix hypothétique du produit dont la vente est refusée. Contrairement à l'avis exprimé par M. Schwartz, nous estimons que le risque de définir le marché d'une façon trop large est peu élevé, parce que le critère ne permet pas l'inclusion de substituts ayant un effet important sur l'entreprise.

[82] Ces deux aspects sont commentés plus longuement ci-dessous.

### *(i) La personne particulière et l'entreprise en cause*

[83] M. Schwartz a dit au cours de son témoignage qu'il se fondait sur l'approche du monopoleur hypothétique énoncée dans les Lignes directrices en matière de fusionnement des organismes d'application de la loi du Canada et des États-Unis. Selon le document *Fusions – lignes directrices pour l'application de la loi* du Bureau de la concurrence du Canada (« Bureau »), « un marché pertinent correspond au groupe le plus restreint de produits incluant au moins un produit des parties à la fusion, et à la plus petite région géographique pour laquelle un vendeur unique cherchant à maximiser ses profits (un monopoleur hypothétique) peut imposer et maintenir une hausse de prix relativement importante et non transitoire par rapport aux prix qui seraient vraisemblablement pratiqués en l'absence de la fusion » (Canada, Bureau de la concurrence, 2004, au paragraphe 3.4). Selon le paragraphe 3.1 de ce même document, « [l']objectif général de la définition du marché lors de l'analyse d'une fusion est d'identifier un groupe d'acheteurs qui peuvent éventuellement avoir à faire face à une augmentation du pouvoir de marché à cause de la fusion ».

[84] Cependant, pour l'application de l'alinéa 75(1)a), ce qui nous intéresse, ce n'est pas un groupe d'acheteurs, mais plutôt un acheteur précis<sup>3</sup>. Il est possible d'appliquer le critère du monopoleur hypothétique à un acheteur précis; cependant, à cette fin, il faut définir les marchés en fonction des caractéristiques de cet acheteur ou des emplacements particuliers de celui-ci (voir le paragraphe 3.9 du document *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi*). Dans le cas de l'alinéa 75(1)a), étant donné que le seul acheteur qui nous intéresse est celui auquel le refus de vendre a été opposé, en l'occurrence, B-Filer, il n'est pas nécessaire de définir un marché pertinent en fonction des caractéristiques particulières possibles de cet acheteur. À notre avis, il convient plutôt d'examiner directement et immédiatement l'acheteur en question.

(ii) *Les effets du refus de vendre*

[85] Le critère du monopoleur hypothétique concerne en bout de ligne l'exercice du pouvoir de marché. Pour déterminer le groupe de produits et de secteurs géographiques sur lesquels le monopoleur hypothétique exercerait un pouvoir de marché, il faut chercher à savoir quels sont les produits et les secteurs géographiques qui exercent les uns sur les autres une influence caractérisée par des contraintes sur les prix. Le mécanisme consiste à se demander si un monopoleur hypothétique d'un marché postulé serait en mesure d'imposer une hausse de prix importante et non transitoire. Dans l'affirmative, le marché en cause ne serait pas considéré comme le marché pertinent, auquel cas l'exercice est répété avec un marché possible plus étendu. Selon le paragraphe 3.4 du document *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi*, « dans la plupart des cas, le Bureau considère qu'une hausse de prix est relativement importante si elle atteint 5 pour 100 et qu'elle n'est pas transitoire si elle dure un an ».

[86] M. Schwartz souligne qu'un refus d'approvisionner s'apparente à une hausse infinie des prix. De plus, dit-il, il ne convient pas de définir les marchés en fonction du transfert observé par suite d'un refus de vendre (ou d'une hausse infinie des prix), parce que cette méthode peut entraîner une définition de marchés trop larges qui engloberaient des produits qui ne constituaient pas de bons substituts avant la cessation de l'approvisionnement. Cependant, non seulement l'alinéa 75(1)a) concerne-t-il le refus de fournir et l'effet de ce refus pour l'entreprise touchée, plutôt que l'effet d'une hausse des prix importante et non transitoire, mais l'application du critère de la décision *Chrysler* et décrit plus haut ne risque pas de donner lieu à une définition de marchés trop larges.

[87] De l'avis de M. Schwartz, [TRADUCTION] « lorsque le produit ou service courant est entièrement retiré du marché et n'est plus disponible, il n'est pas surprenant de constater que l'acheteur s'est tourné vers une autre solution et cette constatation n'est pas utile pour définir le marché ». Cependant, ce n'est là qu'une partie du critère. L'utilisation de solutions de rechange par l'entreprise visée par le refus ne permet pas en soi de conclure que ces solutions se trouvent sur le même marché de produit que le produit en cause. Appliqué correctement, le critère de la décision *Chrysler* exige que l'utilisation de ces solutions de rechange ne gêne pas sensiblement l'entreprise en cause. Si leur utilisation produit effectivement cet effet et qu'elles sont néanmoins incluses dans le marché pertinent pour l'analyse concernant l'alinéa 75(1)a), le marché sera effectivement trop large. Une bonne application du critère ne permet pas cette possibilité.

[88] Par conséquent, pour les motifs exposés ci-dessus, nous concluons que le bon critère à appliquer pour définir les marchés aux fins de l'alinéa 75(1)a) est le critère de la décision *Chrysler* et que nous avons articulé au paragraphe 79.

(2) **Le marché pertinent de produit**

[89] Ayant déterminé le critère à appliquer pour définir le marché de produit, nous sommes d'avis que l'application de ce critère à la preuve dont nous avons été saisis mène à la conclusion que le marché pertinent de produit se compose du statut d'inscrit au service de facturation électronique de la Banque ainsi que de comptes bancaires [CONFIDENTIEL] permettant le dépôt des VFC. Nous exposons ci-après les motifs à l'appui de notre conclusion.

[90] Pour définir le marché aux fins de l'alinéa 75(1)a), il faut d'abord déterminer un ensemble de produits pouvant être substitués aux produits dont la vente a été refusée. Dans la présente affaire, les deux produits dont la vente a été refusée (et dont les demanderesse sollicitent la fourniture) sont le statut d'inscrit au service de facturation électronique à la Banque et les comptes bancaires permettant le dépôt des VFC, toujours à la Banque. Après avoir déterminé l'ensemble de substituts possibles, il faut chercher à savoir si l'utilisation desdits substituts par les demanderesse les gêne sensiblement dans leur entreprise. Dans l'affirmative, le substitut possible ne fait pas partie du marché de produit.

[91] L'ensemble de substituts possibles proposés par les demanderesse relativement au statut d'inscrit au service de facturation électronique se compose (i) des services de facturation électronique offerts à d'autres institutions financières et (ii) des comptes permettant le dépôt des VFC (autres que les comptes de dépôt de la Banque Scotia, puisque les demanderesse n'y ont pas accès), sans distinction entre les comptes de dépôt [CONFIDENTIEL]. Les demanderesse font valoir qu'aucun de ces substituts possibles n'est acceptable.

[92] La Banque répond que [TRADUCTION] « le marché de produit pertinent est au moins aussi large que les services de facturation électronique offerts par les cinq grandes banques à charte (il couvre également ceux des succursales du trésor de l'Alberta et de la Fédération des caisses Desjardins du Québec) et comprend aussi les paiements par VFC ». Un des témoins experts de la Banque, M. Mathewson, conclut que [TRADUCTION] « le statut d'inscrit au service de facturation électronique de la Banque Scotia ne constitue pas un marché de produit et le marché qui couvre ce service englobe également les comptes [CONFIDENTIEL] permettant le dépôt des VFC ».

[93] Nous soulignons que M. Mathewson n'a pas dit que les services de facturation électronique offerts par d'autres banques faisaient partie du marché pertinent. Il semble plutôt conclure que cette question demeure ouverte, en raison du manque de preuve à ce sujet. De plus, M. Mathewson précise que les comptes de dépôt des VFC comprennent [CONFIDENTIEL].

[94] Aux fins de notre analyse, nous examinons chacun des substituts possibles suivants au statut d'inscrit au service de facturation électronique de la Banque<sup>4</sup> :

- (i) le statut d'inscrit au service de facturation électronique d'institutions financières autres que la Banque Scotia;
- (ii) les comptes d'affaires permettant le dépôt des VFC à la RBC;

(iii) [CONFIDENTIEL].

[95] Dans notre analyse, nous incluons un substitut possible dans le marché de produit pertinent uniquement si nous sommes d'avis que son utilisation ne gêne pas sensiblement les demanderesses dans leur entreprise. Les deux parties appliquent les mots « sensiblement gênée » à la totalité de l'entreprise des demanderesses.

**a) Le statut d'inscrit au service de facturation électronique d'institutions financières autres que la Banque Scotia**

[96] Les demanderesses soutiennent que le statut d'inscrit au service de facturation électronique offert [TRADUCTION] « aux banques qui continuent à offrir ce statut à B-Filer ne saurait remplacer valablement ce même statut à la Banque Scotia. Le statut d'inscrit au service de facturation électronique offert à ces autres banques permet à B-Filer de traiter les paiements pour les déposants de ces banques, mais non de traiter les paiements pour les déposants de la Banque Scotia ». En résumé, les demanderesses font valoir que [TRADUCTION] « le fait que GPAY a accès aux services de facturation électronique de la Banque Royale ne l'aide pas à traiter les paiements de factures pour les clients de la Banque Scotia ».

[97] En fait, les demanderesses disent que le statut d'inscrit au service de facturation électronique qui est offert à d'autres institutions financières n'est pas interchangeable sur le plan fonctionnel avec un statut similaire à la Banque Scotia. Nous sommes d'accord sur ce point; cependant, les déposants de la Banque pourraient théoriquement utiliser des comptes bancaires existants ou ouvrir de nouveaux comptes bancaires à d'autres institutions financières où les demanderesses ont un statut d'inscrit au service de facturation électronique et utiliser ces comptes, auquel cas les demanderesses ne sont pas sensiblement gênées dans leur entreprise<sup>5</sup>.

[98] De l'avis de M. Schwartz, ce type de changement est peu probable, en raison des inconvénients, mesures de tenue de registres et frais bancaires supplémentaires qu'il occasionnerait. En conséquence, ce témoin estime qu'il [TRADUCTION] « est plus probable que non que le déposant de la Banque Scotia choisirait de supporter l'augmentation de prix que la Banque Scotia impose relativement aux opérations de débit de GPAY Service plutôt que de tenir deux comptes à des institutions financières différentes ». Dans la même veine, il estime qu'il est peu probable que les déposants de la Banque Scotia fermeraient leurs comptes de la Banque Scotia et choisiraient une autre institution financière.

[99] En réponse, M. Mathewson estime qu'il n'y a aucune preuve tangible d'une réaction possible de la part des clients : [TRADUCTION] « Étant donné que la réaction des clients à une hausse des prix demeure une question empirique ouverte à laquelle aucune réponse n'a été donnée, une conclusion catégorique qui a pour effet d'éliminer toutes les autres institutions financières du marché ne semble pas justifiée ».

[100] Nous convenons avec M. Mathewson que la réaction des consommateurs est une question ouverte qui demeure sans réponse. Par conséquent, contrairement à ce que la Banque soutient, nous concluons qu'en raison de ce manque de données, le marché de produit pertinent ne comprend pas le statut d'inscrit au service de facturation électronique d'autres institutions financières. Nous en arrivons maintenant au prochain substitut possible.

**b) Les comptes bancaires [CONFIDENTIEL] permettant le dépôt des VFC**

[101] Dans notre analyse, nous examinons les comptes d'affaires permettant le dépôt des VFC à la RBC [CONFIDENTIEL].

[102] M. Schwartz conclut que, en ce qui concerne le marché pertinent, [TRADUCTION] « eu égard aux moyens d'offrir le paiement par débit en ligne aux déposants de la Banque Scotia », le marché comprend le statut d'inscrit au service de facturation électronique à la Banque, mais ne comprend pas les comptes d'affaires qui acceptent les dépôts des VFC. Il arrive à cette conclusion en se fondant sur le critère du monopoleur hypothétique, car [TRADUCTION] « il semble que, si la Banque Scotia avait augmenté le prix qu'elle exigeait de B-Filer pour le statut d'inscrit au service de facturation électronique d'un montant peu élevé, mais relativement important, B-Filer aurait supporté cette augmentation plutôt que de passer au traitement au moyen des VFC, en raison des coûts et inconvénients de cette méthode comparativement à ceux du traitement inhérent au statut d'inscrit au service de facturation électronique ». Même si nous sommes d'avis que le critère à appliquer est le critère de la décision *Chrysler* plutôt que celui du monopoleur hypothétique, les coûts et inconvénients d'un substitut possible demeurent pertinents, parce qu'ils peuvent gêner sensiblement une personne dans son entreprise. Par conséquent, nous prenons en compte les coûts et inconvénients soulignés par les demanderessees.

[103] De l'avis des demanderessees, les coûts et inconvénients sont les suivants :

- (i) la Banque Scotia exige de ses déposants des frais de 1,50 \$ pour chaque VFC;
- (ii) un plafond de 1 000 \$ est imposé relativement aux VFC, ainsi qu'un autre plafond total de 1 000 \$ par jour par déposant;
- (iii) chaque VFC est suivi d'une période de retenue de 30 minutes au cours de laquelle le déposant peut annuler le virement;
- (iv) des volumes élevés de VFC peuvent occasionner des problèmes de traitement. Il y a avait des problèmes dans le cas des comptes de la Banque Scotia que les demanderessees utilisaient pour le traitement des VFC;
- (v) la réception des VFC est très limitée du fait que seuls les comptes de petite entreprise de la Banque Scotia et de la RBC peuvent les recevoir et que des plafonds quotidiens, mensuels et annuels sont également imposés relativement au dépôt de ces virements. Le plafond quotidien s'établit à 10 000 \$.

[104] En revanche, M. Mathewson est d'avis que [TRADUCTION] « le service de facturation électronique de la Banque Scotia ne constitue pas un marché de produit et le marché qui couvre le service de facturation électronique englobe également les comptes [CONFIDENTIEL] permettant le dépôt des VFC ». Il reconnaît qu'il existe des différences entre le traitement des paiements par l'entremise des services de facturation électronique de la Banque Scotia et des comptes bancaires permettant le dépôt des VFC, les principales différences étant les frais de 1,50 \$ associés à ces derniers et le plafond quotidien de 1 000 \$ imposé relativement à l'envoi desdits virements par opposition au plafond de 49 999 \$ applicable au statut d'inscrit au service de facturation électronique de la Banque. M. Mathewson estime toutefois que les effets de l'utilisation par les demanderesse de [CONFIDENTIEL] pour le dépôt des VFC ne peuvent être considérés comme des effets importants.

[105] Nous convenons avec M. Schwartz et M. Mathewson qu'il existe des différences entre les services de facturation électronique de la Banque Scotia et le dépôt des VFC. Les coûts et inconvénients que les demanderesse ont décrits ci-dessus ne sont pas contestés dans l'ensemble, sauf en ce qui concerne la restriction réelle touchant la réception des VFC (point v ci-dessus). En ce qui a trait à l'allégation selon laquelle des volumes élevés de VFC peuvent causer des problèmes de traitement (point iv ci-dessus), nous sommes d'avis qu'aucun élément de preuve n'appuie cette allégation, si ce n'est la preuve des problèmes de traitement que les demanderesse ont éprouvés à la Banque Scotia. Selon nous, les demanderesse ont connu des problèmes de traitement des VFC liés aux comptes Maître Compte qu'elles possédaient à la Banque Scotia; cependant, si on considère l'ensemble de la preuve, elles n'ont pas établi que des volumes élevés de VFC peuvent occasionner des problèmes de traitement de façon plus générale.

[106] Tel qu'il est mentionné plus haut, les demanderesse font valoir que la réception des VFC est très restreinte. Il est admis de part et d'autre que des plafonds quotidiens, mensuels et annuels sont imposés relativement à la valeur des dépôts de VFC pouvant être reçus. Ces plafonds s'établissent à 10 000 \$ par jour, à 70 000 \$ par période de sept jours et à 300 000 \$ par période de 30 jours. M. Grace a reconnu que, depuis la cessation par la Banque Scotia de la relation, les demanderesse ont reçu des VFC, en juin et juillet 2006, dans [CONFIDENTIEL]. Il a également admis en contre-interrogatoire que ces comptes [CONFIDENTIEL] permettent de recevoir chaque année des dépôts de VFC de [CONFIDENTIEL], ce qui remplace [CONFIDENTIEL] en ce qui concerne la capacité à laquelle les demanderesse avaient accès à la Banque avant la cessation de la relation. Non seulement s'agit-il là d'une hausse [CONFIDENTIEL] de la capacité de dépôt, mais certaines données donnent à penser que cette capacité pourrait être supérieure. M. Grace a dit au cours de son témoignage que, depuis juin/juillet 2006, il a ouvert [TRADUCTION] « quelques comptes de plus ». M. Mathewson a également mentionné dans son rapport que [TRADUCTION] « le dossier ne comporte pas le moindre élément de preuve montrant que des limites sont imposées quant au nombre de profils que GPAY contrôle pour la réception des VFC. GPAY peut accroître sa capacité de façon à accepter des VFC [CONFIDENTIEL] ». Cette preuve n'a pas été contestée. En conséquence, nous ne croyons pas que [TRADUCTION] « la réception des VFC est très limitée » en raison des plafonds qui s'y appliquent.

[107] En ce qui a trait aux différences qu'invocent les demanderessees entre les services de facturation électronique et les VFC, différences mentionnées au paragraphe 103, nous estimons qu'elles sont importantes uniquement si, par suite de l'utilisation desdits VFC, les demanderessees sont sensiblement gênées dans leur entreprise. Nous analysons maintenant cette question.

[108] Les demanderessees soutiennent qu'elles sont sensiblement gênées dans leur entreprise de deux façons. Elles font valoir que la croissance de leurs revenus a été réduite et que leurs possibilités de croissance ont été modifiées en profondeur.

(i) *Croissance réduite des revenus*

[109] En ce qui concerne la croissance réduite de leurs revenus, les demanderessees soulignent qu'au cours du mois qui a suivi la cessation par la Banque de la relation, la valeur des opérations qu'elles traitaient a baissé de 48 p. 100 (soit un montant de 350 000 \$) par rapport à celle du mois de la cessation, soit septembre 2005. Les demanderessees soutiennent que, depuis la cessation de la relation, la valeur mensuelle des opérations provenant de la Banque Scotia a augmenté, sans toutefois dépasser le niveau atteint en septembre 2005. À titre de comparaison, les demanderessees ajoutent que la valeur des opérations provenant des cinq autres institutions financières a sensiblement augmenté depuis septembre 2005. Ainsi, disent-elles, la valeur des opérations provenant de la Banque de Montréal (BMO) a augmenté à peu près au même rythme que celle des opérations qui provenaient de la Banque avant la cessation de la relation par celle-ci. Depuis cette cessation, la valeur des opérations provenant de la BMO aurait augmenté de 118 p. 100 par rapport à celle de septembre 2005 et de 169 p. 100 comparativement à celle d'août 2005. En revanche, la valeur des opérations provenant de la Banque Scotia aurait chuté de 18 p. 100 comparativement à celle de septembre 2005 et aurait augmenté de 13 p. 100 seulement par rapport à celle d'août 2005.

[110] Dans son analyse de ces mêmes données, M. Mathewson souligne que la valeur des opérations effectuées à la Banque Scotia en septembre 2005 était anormale. Après avoir comparé la moyenne des paiements mensuels provenant de la Banque Scotia pour la période de trois mois allant de juin à août 2005 à la même moyenne pour la période de trois mois allant d'avril à juin 2006, il estime que les paiements en question ont maintenant atteint les niveaux auxquels ils s'établissaient avant la cessation de la relation.

[111] Pour analyser ces arguments contradictoires, nous nous demandons d'abord si l'utilisation de comptes de dépôt des VFC [CONFIDENTIEL] afin de traiter les opérations des déposants de la Banque Scotia a touché l'entreprise des demanderessees en réduisant l'accroissement de la valeur en dollars des opérations de celles-ci. Nous nous demandons ensuite si cette utilisation a sensiblement gêné les demanderessees dans leur entreprise.

[112] Pour les motifs exposés ci-après, nous concluons qu'après la cessation de la relation, la valeur en dollars totale des opérations des demanderessees provenant de la Banque Scotia a d'abord diminué. Notre conclusion est la même, que nous utilisons comme fondement de la comparaison le mois de septembre 2005, au cours duquel la relation a cessé, ou une combinaison des mois précédant immédiatement cette cessation. En raison de la volatilité de la valeur en dollars des opérations d'un mois à l'autre (voir les pièces CA-62 et CA-69), il est impossible, en l'absence d'analyse plus poussée, de déterminer la partie de la diminution observée pouvant être imputée à la cessation de la relation par la Banque Scotia. À notre avis, il se peut qu'une partie de la baisse observée ait été compensée par le fait que des déposants de la Banque Scotia ont utilisé des comptes bancaires ouverts à d'autres institutions financières. Cependant, cette possibilité n'explique peut-être pas pleinement la diminution constatée dans le cas des opérations effectuées à la Banque Scotia, parce que la preuve montre également une certaine baisse de l'ensemble des opérations. Toutefois, étant donné que la diminution globale semble limitée et eu égard à la volatilité susmentionnée, nous ne pouvons déterminer, à la lumière de la preuve dont nous avons été saisis, la partie de la diminution observée qui est imputable à la cessation par la Banque Scotia de la relation.

(1) *La valeur en dollars totale des opérations des demanderessees provenant de la Banque Scotia a diminué au départ après la cessation de la relation*

[113] Si l'on prend le mois de septembre 2005 comme mois de référence pour comparer les valeurs mensuelles subséquentes des opérations effectuées par l'entremise de la Banque Scotia, les valeurs des opérations des demanderessees n'avaient pas encore atteint des niveaux similaires en juillet 2006.

[114] Toutefois, nous souscrivons à l'avis de M. Mathewson selon lequel la situation observée en septembre 2005 était anormale. En effet, la valeur des opérations effectuées au cours de ce mois dépassait de 15,1 p. 100 celle du mois antérieur dont le chiffre était le plus élevé (juillet 2005) ou de 29,8 p. 100 la moyenne des valeurs des trois mois précédents (juin à août 2005). Les données montrent des augmentations de cette ampleur mois après mois : ainsi, les valeurs des opérations effectuées par l'entremise de la RBC ont grimpé de 37,8 p. 100 de juillet à août 2005, tandis que celles des opérations effectuées par l'entremise de la BMO ont augmenté de 23,7 p. 100 d'août à septembre 2005. Cependant, il appert de la preuve qu'un seul client de la Banque Scotia a effectué des opérations totalisant 141 159 \$, ce qui représentait 20,7 p. 100 de la valeur totale des opérations provenant de la Banque Scotia en septembre 2005. Ce même groupe d'opérations représentait également 63,4 p. 100 de la valeur totale des opérations de la Banque Scotia qui dépassaient 1 000 \$ en septembre 2005. D'après la preuve, au cours de chaque mois pour lequel des données sont disponibles (pour la période allant de juin 2004 à septembre 2005),

la valeur des opérations de toutes les personnes ayant effectué des opérations de plus de 1 000 \$ à la Banque Scotia était bien en deçà de la valeur des opérations effectuées par cette seule personne en septembre 2005. Le montant mensuel correspondant le plus rapproché, soit 71 317,57 \$, a été atteint en août 2005 et représentait environ la moitié de la valeur des opérations effectuées par cette seule personne en septembre 2005. En conséquence, la preuve montre à notre avis que la valeur des opérations effectuées par cette seule personne en septembre 2005 était inhabituelle. Étant donné que les opérations de cette seule personne représentaient 20,7 p. 100 du total des opérations en septembre 2005, nous estimons que le total des opérations provenant de la Banque Scotia en septembre était anormalement élevé.

[115] Même si nous n'avions pas conclu que la valeur des opérations effectuées en septembre à la Banque Scotia était anormalement élevée, nous estimerions utile de faire des comparaisons avec d'autres mois.

[116] Si l'on prend le mois d'août 2005 comme mois de référence pour comparer la valeur en dollars mensuelle subséquente des opérations effectuées par l'entremise de la Banque Scotia après la cessation de la relation, la valeur des opérations correspondantes des demanderesse a été inférieure chaque mois jusqu'en janvier 2006 inclusivement. Une comparaison des valeurs des opérations d'octobre 2005 (le mois qui a suivi la cessation de la relation) à celles d'août 2005 montre une diminution proportionnelle de 29,4 p. 100. Lorsque nous utilisons la valeur moyenne mensuelle des opérations de la période de trois mois avant septembre 2005 comme base de comparaison, comme l'a fait M. Mathewson, nous constatons que les opérations des demanderesse provenant de la Banque Scotia avaient des valeurs inférieures chaque mois jusqu'en février 2006 inclusivement. Une comparaison entre la valeur des opérations effectuées en octobre 2005 et la moyenne de la période de trois mois allant de juin à août 2005 montre une diminution proportionnelle de 32,9 p. 100.

(2) *En raison de la volatilité de la valeur en dollars des opérations d'un mois à l'autre, il est impossible de déterminer, en l'absence d'une analyse plus poussée, la partie de la diminution observée pouvant être attribuée à la cessation par la Banque Scotia de la relation*

[117] L'entreprise des demanderesse est naissante et les données consignées à son sujet ne remontent qu'à septembre 2003. Bien que l'entreprise ait affiché une croissance générale constante depuis ce temps, la valeur des opérations effectuées à différentes institutions financières a été très volatile et des diminutions importantes ont été constatées à cet égard. Ainsi, les valeurs des opérations effectuées à la RBC ont baissé de 29,4 p. 100 entre octobre et novembre 2005. La Banque Scotia elle-même a connu une baisse de 15,7 p. 100 en ce qui concerne la valeur mensuelle des opérations au cours de la période précédant la cessation de la relation (juillet à août 2005).

[118] En conséquence, il est possible selon nous qu'une partie de la diminution observée des opérations effectuées à la Banque Scotia après septembre 2005 soit imputable à des causes autres que la résiliation des services bancaires que la Banque offrait aux demanderesses.

(3) *Il est possible qu'une partie de cette diminution ait été compensée par le fait que des déposants de la Banque Scotia ont utilisé des comptes bancaires à d'autres institutions financières*

[119] M. Grace a dit en contre-interrogatoire (sans préciser le nombre exact) que la moitié des clients de la Banque Scotia qui ont fait des virements de plus de 1 000 \$ en septembre 2005 avaient des comptes à plusieurs banques et qu'un client de la Banque Scotia qui utilisait le service des demanderesses a ouvert un nouveau compte après septembre 2005 à une autre banque.

[120] Selon un tableau présentant des renseignements sur les 20 clients les plus importants des demanderesses d'après le montant total payé en mai 2006, un de ces clients avait des comptes bancaires à la Banque Scotia et à la RBC. Ce client avait effectué des opérations de 65 815 \$ à la RBC et une opération de 1 000 \$ à la Banque Scotia au cours de ce même mois.

[121] Bien qu'il n'y ait aucun élément de preuve direct montrant que l'un ou l'autre des déposants de la Banque Scotia qui utilisent le service des demanderesses s'est servi d'autres comptes bancaires par suite de la cessation par la Banque Scotia de la relation, nous déduisons de la preuve susmentionnée que cette mesure était possible pour une partie inconnue des déposants de la Banque Scotia. En conséquence, nous convenons avec M. Mathewson que, d'après certaines données, [TRADUCTION] « certains clients ayant un compte à une banque qui offre des services de facturation électronique et un autre à une banque qui permet le dépôt des VFC versent des paiements à GPAY à même ces deux comptes, ce qui donne à penser que les plafonds touchant les paiements par VFC que GPAY peut recevoir aux banques qui permettent ce type de dépôt n'ont pas nécessairement besoin d'avoir un effet négatif important sur la valeur totale desdits paiements ».

(4) *Il est possible que l'utilisation d'autres comptes bancaires par les déposants de la Banque Scotia n'explique pas entièrement la diminution observée des opérations effectuées à la Banque Scotia pendant un certain temps, étant donné que certaines données montrent également une certaine baisse de l'ensemble des opérations pendant la période pertinente.*

[122] En utilisant le mois de septembre 2005 comme base de comparaison, nous concluons que la valeur en dollars totale des opérations des demanderesses traitées par l'ensemble des institutions financières a diminué jusqu'en décembre 2005. Par la suite, la valeur en dollars totale des opérations a été supérieure à la valeur totale correspondante enregistrée en septembre 2005, et ce, pour tous les mois pour lesquels nous avons des données.

[123] Bien que nous ayons conclu que le mois de septembre 2005 était un mois anormal en ce qui concerne les opérations traitées à la Banque Scotia, il n'y a aucun élément de preuve donnant à penser que la valeur de l'ensemble des opérations effectuées par les demanderessees au cours de ce mois était anormale et aucune partie n'a soutenu que tel était le cas. Même si le mois de septembre 2005 n'était pas, dans l'ensemble, un mois anormal, il est utile de comparer les valeurs mensuelles totales enregistrées après la cessation par la Banque Scotia de la relation à celles d'autres mois. Lorsque le mois d'août 2005 est utilisé comme base de comparaison, le seul mois postérieur à la cessation de la relation au cours duquel la valeur en dollars totale des opérations a été inférieure est le mois de novembre 2005. Une comparaison avec la moyenne de trois mois pour la période allant de juillet à septembre 2005 montre également que ce n'est qu'en novembre 2005 que la valeur en dollars totale des opérations a été inférieure après la cessation par la Banque Scotia de la relation.

(5) *Étant donné que la diminution globale semble limitée et que les données montrent une certaine volatilité, nous ne pouvons déterminer la partie de la diminution observée qui est imputable à la cessation par la Banque Scotia de la relation*

[124] Nous ne pouvons faire de distinction entre les diminutions de la valeur en dollars des opérations effectuées à la Banque Scotia qui sont imputables à la cessation de la relation par celle-ci et celles qui sont imputables à d'autres causes, y compris les fluctuations pour lesquelles aucune explication apparente n'existe. Nous ne pouvons non plus déterminer la partie de la baisse des opérations effectuées à la Banque Scotia qui pourrait avoir été compensée par le fait que les déposants de celle-ci ont utilisé des comptes à d'autres banques.

[125] Tel qu'il est mentionné plus haut, l'entreprise des demanderessees est naissante; peu de données permettant de suivre son évolution existent et ces données montrent une croissance qui fluctue quelque soit l'institution financière. Dans ce genre de situation, il est généralement nécessaire de procéder à une analyse plus poussée pour déterminer les conséquences de l'incapacité pour l'entreprise en cause de se procurer un produit.

[126] Les demanderessees n'ont mené aucune analyse qui aurait pu fournir des éclaircissements à ce sujet. Il n'aurait pas été nécessaire de limiter les analyses de cette nature à une analyse de la régression. À cet égard, nous soulignons que M. Grace était en mesure d'identifier les clients et de savoir s'ils avaient des comptes à plusieurs institutions financières. Toutefois, aucune donnée de cette nature n'a été présentée en preuve. Nous convenons avec M. Mathewson que ces renseignements auraient été précieux. Les renseignements qui auraient pu être utiles au Tribunal comprennent les données sur l'utilisation de comptes à d'autres banques par les déposants de la Banque Scotia pour effectuer des opérations visant GPAY et les données sur les utilisateurs réguliers qui ont peut-être cessé d'utiliser les services des demanderessees après la cessation de la relation, que ce soit en permanence ou pendant une période prolongée, ou qui ont peut-être diminué la valeur des opérations de cette nature après cette cessation. À cet égard, des données sur la valeur et la répartition moyennes des opérations des déposants de la Banque Scotia avant et après la cession auraient peut-être été utiles.

[127] Pour les motifs exposés dans les paragraphes qui précèdent, nous estimons que l'entreprise des demanderessees n'a pas nécessairement été touchée en ce qui concerne la croissance réduite de la valeur en dollars des opérations du fait de l'incapacité pour elles d'obtenir les services de facturation électronique de la Banque Scotia et les comptes permettant le dépôt des VFC à cette même Banque. Si leur entreprise a été touchée, nous estimons que la baisse de la valeur en dollars des opérations était temporaire. Dès janvier 2006, et peut-être avant, la valeur en dollars totale des opérations traitées sur une base mensuelle était aussi élevée que celle de la période précédant la résiliation des services (soit septembre 2005).

[128] Il est possible que la diminution observée ait eu des incidences à plus long terme du fait que la valeur totale des opérations aurait été plus élevée même après décembre 2005, n'eût été la cessation par la Banque Scotia de la relation. Cependant, nous estimons que la preuve est insuffisante à ce sujet. Pour établir cette allégation, il ne suffit pas de montrer que, depuis la résiliation des services par la Banque Scotia, les valeurs des opérations ont augmenté plus rapidement à d'autres institutions financières, notamment à la BMO, parce que, tel qu'il est mentionné plus haut, il se peut que les déposants de la Banque Scotia aient utilisé eux-mêmes des comptes à d'autres banques pour effectuer leurs opérations. De plus, nous souscrivons à l'analyse de M. Mathewson selon laquelle la croissance de la valeur des opérations des demanderessees aux banques offrant le statut d'inscrit au service de facturation électronique ne permet pas de prévoir avec précision les taux de croissance des opérations effectuées à la Banque Scotia. M. Mathewson compare le taux de croissance mensuel des paiements provenant des comptes de la Banque Scotia pour la période allant de janvier 2004 à août 2005 à celui des paiements provenant de la BMO au cours de la même période. Il fait cette comparaison en utilisant une régression linéaire simple. Nous estimons convaincante sa conclusion selon laquelle le coefficient estimatif en ce qui concerne les comptes de la BMO est négligeable sur le plan statistique, ce qui sous-entend que la croissance des valeurs des opérations provenant des comptes de la BMO est associée à des fluctuations nulles des valeurs des opérations provenant des comptes de la Banque Scotia. Nous soulignons également qu'en contre-interrogatoire M. Grace a mentionné que les demanderessees n'avaient pas refusé d'opérations après la cessation de la relation, sauf au cours des deux premiers jours qui ont suivi. Malgré ce fait, il se peut que les titulaires de comptes de la Banque Scotia désirant effectuer des opérations de plus de 1 000 \$ avec les demanderessees ne l'aient pas fait. Cependant, nous n'avons pas la moindre preuve à ce sujet.

[129] Pour savoir si les demanderessees ont été sensiblement gênées dans leur entreprise en raison d'une croissance réduite, en supposant qu'il y a eu à tout le moins un certain impact à l'origine, la preuve montrant que les demanderessees n'ont refusé aucune opération, sauf au cours des deux premières journées, est pertinente. De plus, il est indéniable que la valeur des opérations des demanderessees a sensiblement augmenté depuis la cessation de la relation. À cet égard,

M. Grace a dit en contre-interrogatoire que, pour l'année 2006, il s'attendait à ce que les demanderesses traitent des opérations d'une valeur de plus de 60 000 000 \$. C'est là un accroissement d'environ 28 000 000 \$ par rapport au montant de 32 200 000 \$ d'opérations que les demanderesses ont traitées en 2005. Pour faire cette prévision, M. Grace s'est fondé sur le fait qu'au 30 juin 2006, les demanderesses avaient déjà traité des opérations (29 400 000 \$) dont la valeur était presque égale à celle des opérations qu'elles avaient traitées pour l'ensemble de l'année 2005.

[130] Nous ajoutons que, même si la valeur des opérations des demanderesses a diminué temporairement, M. Grace a souligné dans son témoignage que les revenus de la coentreprise correspondaient à environ 6 p. 100 de ces opérations, lorsque les profits sur opérations de change et les commissions que paient les commerçants sont pris en compte dans le calcul des bénéfices. Selon M. Grace, lorsque seules ces dernières sont comprises dans le calcul, les revenus de la coentreprise s'élèvent à environ 3 p. 100 de la valeur des opérations. Le profit qui reste après la déduction des frais est partagé à parts égales entre les coentrepreneurs. Les demanderesses n'ont présenté aucun élément de preuve concernant les incidences probables sur le profit d'une réduction temporaire de la croissance des opérations une fois que tous les calculs susmentionnés sont pris en compte.

[131] Pour les motifs exposés ci-dessus, nous concluons que, selon la prépondérance des probabilités, les demanderesses n'ont pas été sensiblement gênées dans leur entreprise par suite d'une croissance réduite de leurs revenus. Nous examinerons maintenant à la question de savoir si elles ont été sensiblement gênées dans leur entreprise par suite d'une modification fondamentale de leurs possibilités de croissance.

(ii) *Modifications des possibilités de croissance*

[132] Les demanderesses soutiennent que la résiliation des services bancaires que la Banque de Nouvelle-Écosse leur fournissait les a sensiblement gênées dans leur entreprise en modifiant en profondeur leurs possibilités de croissance. À leur avis, leurs possibilités de croissance sont sensiblement touchées en raison du plafond de 1 000 \$ sur les VFC provenant de la Banque Scotia (ainsi que de la TD et de la CIBC). Les demanderesses font valoir que cette restriction les empêche d'être une entreprise de traitement des paiements viable pour les grands commerçants en ligne, ce qui les limite en pratique à leur base de clientèle actuelle. Les demanderesses admettent que, jusqu'à maintenant, elles n'ont pas réussi à obtenir l'adhésion d'un grand nombre de commerçants comme clients, exception faite de certains casinos en ligne et, dans une moindre mesure, de sites de rencontres en ligne. Elles expliquent le succès limité qu'elles ont connu au départ par le fait qu'elles étaient une nouvelle entreprise. Pour ce qui est de la suite, elles attribuent leur manque de succès, du moins en partie, à la rupture de leur relation avec la TD et la CIBC en décembre 2003, ainsi qu'à la résiliation subséquente des services bancaires de la Banque Scotia en septembre 2005, laquelle résiliation fait l'objet de la présente demande.

[133] M. Iuso a dit en son témoignage qu'avant la résiliation des services de facturation électronique par la TD et la CIBC en décembre 2003 (et, par conséquent, avant l'imposition de la limite d'opérations de 1 000 \$), UMB a approché Grocery Gateway, 407 ETR, Air Transat, Red Seal Vacations, Soft Voyage, Rogers, Air Canada, WestJet, la Compagnie de la Baie d'Hudson, Sears, Canadian Tire, Fido et LavaLife. Aucune de ces entreprises n'a adhéré au service UseMyBank. À la lumière de la preuve dont nous avons été saisis, nous estimons que le manque de succès que les demanderesses ont connu en ce qui a trait à l'obtention de grands commerçants en ligne comme clients avant la résiliation des services bancaires de la CIBC et de la TD en décembre 2003 est probablement attribuable à plusieurs raisons. Une de ces raisons pourrait bien être l'absence de registre sur le rendement antérieur des demanderesses, qui étaient une nouvelle entreprise. À cet égard, nous nous fondons sur le témoignage de M. Jones selon lequel son entreprise, WestJet, tiendrait compte de la durée d'existence commerciale d'un fournisseur éventuel au moment d'envisager la possibilité d'autres fournisseurs. Au moins un client éventuel, le gouvernement du Canada, a souligné qu'il n'utiliserait pas un mécanisme de paiement obligeant le payeur à divulguer sa signature électronique confidentielle au fournisseur de service de paiement. Il se peut que les résiliations de la TD et de la CIBC aient aussi joué un rôle après décembre 2003. Encore là, nous nous en remettons au témoignage de M. Jones, selon lequel WestJet souhaiterait qu'une entreprise de traitement des paiements s'occupe de toutes les opérations, ce qui donne à penser que, dès que les demanderesses ont été limitées en ce qui a trait au traitement des paiements de plus de 1 000 \$, même à une seule banque, leurs services sont devenus vraisemblablement peu intéressants pour un grand commerçant comme WestJet. Ce témoignage concorde également avec celui de M. Iuso, qui a dit qu'après les résiliations de TD et de CIBC, le service UseMyBank est devenu moins attrayant pour les commerçants qui vendaient des produits ou services évalués à plus de 1 000 \$. Les demanderesses n'ont présenté aucun élément de preuve quant à la façon dont la cessation par la Banque Scotia de la relation a aggravé la situation. Par conséquent, il est difficile de savoir comment cette cessation a exacerbé une situation qui existait déjà de façon à modifier en profondeur les possibilités de croissance des demanderesses.

[134] Les demanderesses invoquent la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans *Chrysler* pour soutenir que la possibilité que d'autres facteurs les aient empêchées d'attirer des grands commerçants à l'origine ne signifie pas que l'utilisation forcée de leur part des VFC après la cessation par la Banque de la relation ne les a pas sensiblement gênées dans leur entreprise. À cet égard, la Cour d'appel fédérale s'est exprimée comme suit :

Cette disposition ne pose pas pour condition que le refus de transaction commerciale et l'incapacité qui en résulte de s'assurer un approvisionnement suffisant doivent être le seul facteur affectant sensiblement l'entreprise; il suffit qu'ils aient un effet sensible, peu importe l'effet des autres facteurs.

[135] Bien entendu, nous considérons ces remarques comme un énoncé d'un principe juridique que nous devons suivre. Nous concluons de cet énoncé que, pour l'application de l'alinéa 75(1)a), le facteur à examiner est l'incapacité d'une entreprise de se procurer un produit de façon suffisante et de savoir si cette incapacité a gêné sensiblement une personne dans son entreprise.

[136] Dans la présente affaire, nous estimons qu'aucun élément de preuve ne donne à penser que l'impossibilité pour les demanderessees de se procurer les services de facturation électronique de la Banque Scotia de façon suffisante les a gênées sensiblement dans leur entreprise en modifiant en profondeur leurs possibilités de croissance.

(iii) *Conclusion concernant la substituabilité de [CONFIDENTIEL] permettant le dépôt des VFC*

[137] En résumé, nous concluons que l'utilisation par les demanderessees des VFC [CONFIDENTIEL] ne les a pas gênées sensiblement dans leur entreprise, que ce soit sur le plan de la croissance des revenus ou sur le plan des possibilités de croissance. En conséquence, nous convenons avec M. Mathewson que, compte tenu du critère de la décision *Chrysler*, les comptes de dépôt [CONFIDENTIEL] qui permettent le dépôt des VFC font partie du même marché de produit que le statut d'inscrit au service de facturation électronique de la Banque Scotia. [CONFIDENTIEL].

[138] [CONFIDENTIEL]. Une augmentation sensible du risque auquel une entreprise est exposée peut gêner sensiblement l'entreprise en question.

[139] [CONFIDENTIEL].

[140] [CONFIDENTIEL].

[141] [CONFIDENTIEL].

**(3) Conclusion concernant l'alinéa 75(1)a)**

[142] En résumé, en ce qui concerne l'alinéa 75(1)a), nous concluons que le critère à appliquer pour définir les marchés est celui que le Tribunal a énoncé dans *Chrysler*. Dans la présente affaire, nous concluons que le marché pertinent de produit réside dans le statut d'inscrit à la Banque et les comptes de dépôt [CONFIDENTIEL] qui permettent le dépôt des VFC. Lorsque la Banque a mis fin aux services qu'elle fournissait aux demanderessees, celles-ci ont remplacé ces services par des VFC dans des comptes de dépôt [CONFIDENTIEL] à d'autres banques, de sorte qu'elles n'ont pas été sensiblement gênées dans leur entreprise, que ce soit en raison d'une croissance réduite des revenus ou de la modification des possibilités de croissance. Il s'ensuit qu'elles n'ont pas réussi à démontrer qu'elles sont sensiblement gênées dans leur entreprise du fait qu'elles sont incapables de se procurer un produit de façon suffisante, où que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normales, comme l'exige l'alinéa 75(1)a) de la Loi.

[143] Tel qu'il est mentionné plus haut, les demanderessees doivent prouver qu'elles respectent chaque exigence du paragraphe 75(1). En conséquence, la conclusion selon laquelle les demanderessees n'ont pas été sensiblement gênées dans leur entreprise par suite de la résiliation des services bancaires de la Banque est fatale et les empêche d'avoir gain de cause en l'espèce.

[144] Cependant, les parties ont présenté des éléments de preuve et formulé des arguments au sujet des autres exigences. Nous poursuivons donc notre analyse, pour le cas également où nos conclusions concernant l'alinéa *a*) seraient erronées.

**B. Les demanderessees se sont-elles déchargées du fardeau qu'elles avaient de prouver qu'elles étaient incapables de se procurer le produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence?**

[145] Sur le plan juridique, l'alinéa 75(1)*b*) de la Loi énonce deux exigences. D'abord, la concurrence entre les fournisseurs du produit en cause doit être insuffisante. En second lieu, l'incapacité pour la partie concernée de se procurer le produit de façon suffisante doit découler de cette insuffisance de la concurrence. Dans la présente affaire, la principale question à trancher est de savoir si le refus par la Banque d'accorder aux demanderessees le statut d'inscrit au service de facturation électronique et de leur fournir des comptes permettant de recevoir des VFC découlait de l'insuffisance de la concurrence.

[146] Dans l'affaire *Xerox*, précitée, le Tribunal a examiné cette exigence causale et il a conclu, à la page 67, que l'insuffisance de la concurrence doit être la « principale raison » du refus d'approvisionner. Il a ajouté que le « comportement de la plaignante ou le fardeau administratif ou d'autres coûts imposés aux fournisseurs » pourraient l'amener à conclure que l'incapacité pour la demanderesse de se procurer le produit en question n'était pas attribuable à l'insuffisance de la concurrence, « mais plutôt à des raisons commerciales objectivement justifiables ».

[147] Nous convenons qu'en droit toute inférence selon laquelle l'insuffisance de la concurrence a mené à un refus de vendre peut être réfutée par une preuve montrant l'existence d'une raison commerciale objectivement justifiable.

[148] Après examen de la preuve dont nous sommes saisis, nous sommes d'avis, pour les motifs exposés ci-après, que la décision de la Banque de mettre fin aux services bancaires qu'elle fournissait aux demanderessees était motivée par des raisons commerciales objectivement justifiables. Ces raisons étaient les suivantes :

- (i) l'utilisation du service UseMyBank contraignait les déposants de la Banque à violer leurs conventions avec les détenteurs de cartes. Indépendamment de ce facteur, la divulgation de la signature électronique d'un client exposait la Banque à un risque juridique et à un risque pour la réputation;

- (ii) pendant la période pertinente, les demanderesses ne se sont pas conformées à l'ensemble des obligations qui leur incombaient à titre d'entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables en vertu de la LRPCFAT et des règlements connexes, ce qui exposait la Banque à un risque réglementaire et à un risque pour la réputation;
- (iii) si la Banque fournissait aux demanderesses des comptes bancaires permettant le dépôt des VFC, elle enfreindrait probablement la règle E2 de l'Association canadienne des paiements, ce qui l'exposerait à un risque réglementaire et à un risque pour la réputation.

[149] Chacun des motifs est examiné à tour de rôle.

**(1) Les demanderesses exigent la divulgation de la signature électronique de chaque client**

[150] Tel qu'il est mentionné ci-dessus, les demanderesses exigent la divulgation de la signature électronique de chaque client. M. Iuso a convenu en contre-interrogatoire que cette divulgation permettait à UMB d'avoir accès à tous les services bancaires auxquels ce client peut avoir accès en ligne, notamment l'accès aux marges de crédit, aux cartes de crédit et à tous les comptes bancaires du client. Ainsi, lorsque le client n'avait pas identifié GPAY à titre de bénéficiaire de facture, UMB le faisait pour le compte du client.

[151] Le Contrat Carte Scotia prévoit ce qui suit :

Vous assumez la responsabilité de conserver la Carte et la signature électronique en lieu sûr, de préserver le caractère confidentiel de la signature électronique, de la garder hors de la portée de qui que ce soit et de ne jamais conserver ensemble la signature électronique et la Carte. Vous assumez la responsabilité de toutes les opérations effectuées au moyen de la Carte avec l'utilisation de votre signature électronique. [Non souligné dans l'original.]

[152] L'avis suivant est donné aux détenteurs de cartes sur le site web de la Banque Scotia, plus précisément sur une page concernant la sécurité des opérations en ligne de la Banque :

Votre mot de passe *Scotia en direct* est confidentiel et ne doit jamais être divulgué à personne ni à aucune entreprise y compris :

...

- les services qui recueillent votre numéro de carte, votre mot de passe ou tout autre renseignement confidentiel pour effectuer des opérations pour vous.

...

Lorsque vous divulguez votre mot de passe, vous contrevenez aux conditions stipulées dans votre Contrat *Carte Scotia* et êtes entièrement responsable de tout accès non autorisé à vos comptes et de toute perte ainsi associée à la divulgation de votre mot de passe.

[153] Ces dispositions et d'autres mesures que la Banque prend et que M. Rosatelli décrit de façon plus détaillée traduisent l'importance qu'elle accorde au maintien de la confidentialité de la signature électronique des clients. Nous acceptons sans réserve le témoignage de M. Rosatelli selon lequel :

- (i) en l'absence d'opérations effectuées en personne et d'une signature, le mot de passe utilisé en liaison avec le numéro de la Carte Scotia sert à authentifier le client;
- (ii) cette méthode d'authentification du client est fondamentale pour le système bancaire électronique, parce qu'elle assure la sécurité des comptes des clients;
- (iii) si les mots de passe sont compromis, la confiance des clients à l'endroit du système de paiement électronique diminuera;
- (iv) l'Association canadienne des paiements signale que 20 000 000 de paiements électroniques sont traités tous les jours au Canada. Ces paiements représentent une somme d'environ 164 000 000 000 \$ échangée chaque jour par l'entremise du réseau électronique.

[154] M<sup>me</sup> Graham-Parker et M. Bensimon, le témoin expert des demandresses, ont confirmé à leur tour l'importance de préserver la sécurité des signatures électroniques. En contre-interrogatoire, M. Bensimon a convenu qu'un manquement au devoir de confidentialité en ce qui concerne les mots de passe des cartes bancaires des clients exposerait la Banque à un risque important sur le plan juridique et sur le plan de sa réputation.

[155] Les demandresses font valoir que la preuve ne permet pas de dire que la divulgation volontaire par un client de sa signature électronique constitue une violation de la convention avec les détenteurs de cartes, pour les raisons suivantes :

- (i) la convention avec les détenteurs de cartes [TRADUCTION] « reconnaît qu'il peut y avoir des utilisations autorisées de la signature électronique du client par des tiers »;
- (ii) la Banque a appris en 2003 que les signatures électroniques étaient utilisées dans le cadre du service UseMyBank, mais elle a continué à fournir des services bancaires aux demandresses;
- (iii) la Banque n'a pas empêché la RBC de recevoir des paiements de facture des clients de la Banque Scotia, malgré le fait que le service de regroupement de comptes de la RBC, CashEdge, exige également la divulgation de la signature électronique du client.

[156] Nous examinons chaque argument à tour de rôle. À notre avis, comme question de droit, la convention avec les détenteurs de cartes, interprétée correctement, n'autorise pas la divulgation de la signature électronique du client. Pour soutenir le contraire, les demanderessees se fondent sur la partie du contrat qui concerne la responsabilité du détenteur de carte à l'égard des activités liées au compte. Voici le texte pertinent de cette partie du contrat :

Vous assumez la responsabilité des dettes, des retraits et des opérations résultant de :

- l'utilisation autorisée de la Carte par toute personne à qui vous prêtez votre Carte et/ou communiquez votre signature électronique;
- l'utilisation non autorisée de votre Carte et/ou de votre signature électronique, si vous avez rendu possible l'utilisation de ces dernières en les gardant ensemble, ou autrement, jusqu'à ce que vous nous avisiez de la perte, du vol ou de l'utilisation non autorisée.

Vous n'avez pas à assumer la responsabilité des pertes qui sont indépendantes de votre volonté, telles que :

- les problèmes techniques ou toute autre défectuosité du système;
- l'utilisation non autorisée de votre carte et de votre NIP :
  - après avoir déclaré la perte ou le vol de votre carte;
  - à la suite de l'annulation ou de l'expiration de votre carte;
  - après avoir signalé qu'une autre personne connaît votre NIP.

Nous considérons que vous avez contribué à l'utilisation non autorisée de la Carte et/ou de la signature électronique et que vous devrez en assumer la pleine responsabilité si :

- la signature électronique que vous avez choisie correspond exactement ou ressemble à une combinaison de chiffres facile à deviner, telle que votre date de naissance, votre numéro de téléphone ou le numéro de votre compte en banque, pour ne citer que quelques exemples;
- vous avez noté votre signature électronique de façon qu'elle puisse être facilement découverte et utilisée avec votre Carte; ou
- vous avez divulgué votre signature électronique d'une manière quelconque, ce qui a donné lieu à une utilisation non autorisée de la Carte et de la signature électronique.

[157] À notre avis, ce texte est insuffisant pour contredire l'avertissement explicite de préserver le caractère confidentiel de la signature électronique et de la garder hors de la portée « de qui que ce soit ». La disposition a pour effet de préciser que, si le détenteur de la carte ne se conforme pas à cette obligation, il sera responsable de toutes les opérations qui découlent de son manquement, qu'elles soient explicitement autorisées ou non.

[158] Que les détenteurs de cartes aient ou non contrevenu aux conditions de leur convention en autorisant UMB à avoir accès à leurs comptes en ligne, le Tribunal conclut en droit, en se fondant sur le témoignage de M. Rosatelli, de M<sup>me</sup> Graham-Parker et de M. Bensimon, que la Banque estimait que cette conduite créait un risque important pour la sécurité de son système bancaire électronique. Le témoignage de ces personnes va de pair avec l'avertissement donné par l'Association des banquiers canadiens, dont il est fait mention plus haut au paragraphe 19.

[159] Le risque de fraude lié aux comptes des demandereses permet également de dire que la Banque avait des préoccupations objectives et véritables au sujet du mode d'exploitation de l'entreprise de celles-ci. M. Grace a reconnu le danger lié à la possibilité qu'une personne utilise les données d'identification bancaire d'un client, malgré le caractère confidentiel de ces renseignements, pour commettre des fraudes touchant l'ensemble des comptes des demandereses.

[160] La légitimité de la préoccupation de la Banque au sujet du risque de fraude est appuyée par un énoncé de politique de l'Association canadienne des paiements qui a été approuvé le 1<sup>er</sup> décembre 2004 et dans lequel l'Association a souligné ce qui suit :

La fraude perpétrée dans l'environnement en direct risque d'avoir de profondes répercussions sur le bien-être financier des consommateurs, de créer une opinion publique négative durable des institutions financières et de l'ensemble du système de paiement et, en définitive, d'ouvrir le système de paiement et ses participants à la possibilité de contestations judiciaires.

[161] Le Tribunal accepte le témoignage de MM. Monteath, Rosatelli et King selon lequel le risque auquel la Banque était exposée par suite de la divulgation des signatures électroniques de ses clients (y compris le risque de fraude) constituait une raison commerciale objectivement justifiable qui a conduit la Banque à mettre fin aux services bancaires qu'elle offrait aux demandereses.

[162] En ce qui concerne le fait que la Banque a appris, en 2003, que certains clients utilisaient le service UseMyBank et exposaient ainsi leurs signatures électroniques à un risque, nous acceptons l'explication de M. Rosatelli (qui n'a pas vraiment été attaquée en contre-interrogatoire) selon laquelle, en raison du nombre relativement restreint de clients et d'opérations, la Banque a décidé à l'époque de régler la question en communiquant directement avec chaque client. À notre avis, cette réaction n'atténue pas la nature réelle et sérieuse de la préoccupation de la Banque.

[163] Nous reconnaissons que les témoins de la Banque ont convenu que celle-ci n'avait pas empêché la RBC d'être un bénéficiaire de factures, même si elle savait que le service CashEdge de la RBC exigeait la divulgation du numéro bancaire et du mot de passe du client. Cependant, il appert de certains éléments de preuve non contestés que la Banque a écrit trois lettres à la RBC pour lui demander de mettre fin à l'utilisation des signatures électroniques et qu'elle est à la recherche d'une solution technique afin d'empêcher ses clients d'avoir accès aux comptes qu'ils possèdent chez elle en passant par CashEdge. Dans ces circonstances, nous estimons que le fait que la Banque était au courant du mode de fonctionnement de CashEdge ne permet pas en soi de conclure qu'elle n'était pas motivée par des raisons commerciales objectivement justifiables lorsqu'elle s'est notamment fondée sur la divulgation de renseignements confidentiels des clients pour mettre fin aux services bancaires qu'elle offrait aux demanderesse.

## **(2) Capacité de satisfaire aux obligations législatives et réglementaires**

[164] Les parties admettent que, en ce qui concerne le blanchiment d'argent et le financement des activités terroristes, la législation suivante s'applique à la Banque et aux demanderesse :

- (i) la LRPCFAT (loi qui concerne principalement le camouflage de fonds illégitimes dans le but de les utiliser pour financer des activités criminelles ou terroristes);
- (ii) le Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes (RRPCFAT), DORS/2002-184;
- (iii) les lignes directrices du Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE) concernant la LRPCFAT qui, notamment, énoncent les exigences des institutions financières et des entreprises de transfert de fonds ou de vente de titres négociables en matière de déclaration et de tenue de registres;
- (iv) les lignes directrices du Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF) qui, notamment, énoncent quelques-unes des mesures que les institutions financières sous réglementation fédérale devraient prendre pour mieux respecter les différentes exigences juridiques liées à la prévention et à la détection du blanchiment d'argent et du financement des activités terroristes.

**[165]** De l'avis de la Banque, en faisant affaires avec les demanderesses, elle commettrait un manquement aux règles et règlements suivants :

- (i) La règle de la détermination quant aux tiers énoncée à l'article 5.1 de la Ligne directrice 6G de CANAFE : cette règle prévoit que, lorsqu'une banque détermine que ses titulaires de comptes agissent pour le compte d'une tierce partie, elle doit tenir un document où sont consignés le nom, l'adresse et la nature de l'entreprise principale ou de la profession de la tierce partie. La Banque soutient que ses obligations découlant de cette exigence en ce qui concerne la tenue de registres dépasseraient la capacité de ses systèmes actuels. Plus précisément, elle fait valoir qu'elle serait tenue de consigner le nom, l'adresse et la profession de tous les clients qui transfèrent des fonds aux demanderesses par l'entremise du système de paiement de factures, de tous les clients qui envoient des VFC aux demanderesses et de tous les clients commerçants auxquels des fonds sont envoyés. En ce qui concerne cette dernière obligation, la Banque fait valoir qu'il serait impossible pour elle de s'y conformer, étant donné que les demanderesses elles-mêmes n'ont pas cette information.
- (ii) Le RRPCFAT et les lignes directrices concernant les entreprises de transfert de fonds ou de vente de titres négociables, notamment la ligne directrice 6C de CANAFE, qui énonce les exigences imposées à ces dernières entreprises en matière de tenue de registres et d'identification des clients : la Banque soutient que les demanderesses, qui ont admis être une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables uniquement au début de l'audience, ignorent les obligations qui leur incombent en matière de déclaration et de tenue de registres en raison de cette ligne directrice. La Banque ajoute que les rapports que les demanderesses remettent actuellement à CANAFE ne respectent pas ces obligations. Ainsi, explique-t-elle, les demanderesses n'identifient pas les clients des services bancaires en examinant une pièce d'identité originale, ne conservent pas un relevé des opérations importantes pour les cas où une personne transfère un montant d'au moins 10 000 \$ (qu'elle le reçoive ou l'envoie) en utilisant leurs services et ne s'acquittent pas de leurs obligations concernant la tenue de registres visant les tierces parties. La Banque ajoute que l'omission des demanderesses de respecter leurs obligations à cet égard l'empêche de se conformer à ses propres obligations en la matière.

**[166]** Nous commentons les arguments qui précèdent et les questions connexes en passant d'abord en revue le témoignage de l'expert des demanderesses en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. M. Bensimon a donné l'avis suivant :

- (i) l'entreprise des demanderesses est une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables au sens du RRPCFAT;

- (ii) les règles de CANAFE obligent les demanderesses, à titre d'entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables, à faire preuve de diligence raisonnable pour vérifier l'identité des clients, à adopter des politiques et procédures satisfaisantes en matière de conformité ainsi qu'à élaborer, à mettre en oeuvre et à appliquer un programme efficace de lutte contre le blanchiment d'argent;
- (iii) les méthodes des demanderesses comportaient plusieurs lacunes liées au respect de la réglementation sur la lutte contre le blanchiment d'argent en ce qui a trait à ce qui suit : l'absence d'agent de conformité désigné; la nécessité de rehausser leurs politiques et procédures en matière de conformité; la nécessité d'assurer une vérification indépendante de ces politiques et procédures et la nécessité de mettre en place un programme continu de formation en matière de conformité;
- (iv) si la Banque fait affaires avec les demanderesses, elle sera exposée aux risques suivants : le risque de devoir déployer des ressources pour surveiller régulièrement les activités douteuses pouvant être effectuées dans les comptes; la nécessité de veiller à ce que les demanderesses aient en place de fortes mesures de contrôle interne afin d'atténuer le risque que ses employés utilisent de façon abusive les numéros et mots de passe des cartes bancaires des clients et l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour veiller à ce que les demanderesses se conforment aux exigences de CANAFE à titre d'entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables;
- (v) dans l'ensemble, [TRADUCTION] « le compte des demanderesses à titre d'entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables représente un faible risque pour la Banque en ce qui concerne les possibilités liées au blanchiment d'argent ».

[167] Cependant, à notre avis, M. Bensimon a modifié en profondeur son opinion en contre-interrogatoire. Il a alors convenu de ce qui suit :

- (i) en plus de respecter la LRPCFAT et le règlement connexe, les demanderesses étaient tenues de se conformer à d'autres lignes directrices applicables aux entreprises de transfert de fonds ou de vente de titres négociables;
- (ii) conformément à la ligne directrice 6C, les demanderesses devaient se conformer à certaines obligations en matière de tenue de registres et d'identification des clients. (Nous soulignons que M. Grace avait reconnu, en contre-interrogatoire, qu'il ignorait la teneur des obligations incombant à une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables à cet égard);

- (iii) lorsque les demanderesses transfèrent un montant d'au moins 10 000 \$ à l'un de leurs clients commerçants, elles doivent tenir un relevé d'opérations importantes en espèces, identifier le destinataire et faire une détermination quant aux tiers. (Nous soulignons qu'aucune preuve ne montre qu'elles se conforment à ces obligations);
- (iv) M. Bensimon n'avait vu aucun élément de preuve montrant que les demanderesses se conformaient à leur obligation énoncée à l'article 4.4 de la ligne directrice 6C au sujet de la vérification de l'identité d'une personne;
- (v) lorsque les demanderesses envoient un montant d'au moins 10 000 \$ à l'extérieur du Canada à un client commerçant, elles doivent remettre un rapport à CANAFE. (Nous soulignons que, d'après le témoignage de M. Grace, cette obligation était imposée uniquement à la banque qui transmettait les fonds);
- (vi) dans le cas des sommes d'argent qu'elles envoient à des entreprises de traitement de paiements (ce qui représente 98 p. 100 de leurs opérations), les demanderesses sont tenues de consigner le nom, l'adresse et la nature de l'entreprise principale ou de la profession du tiers (soit les renseignements concernant la partie à laquelle le client des demanderesses transmet les fonds en dernier ressort). M. Bensimon n'a vu aucune donnée montrant que les demanderesses respectaient cette exigence. (Nous soulignons que M. Grace a reconnu en contre-interrogatoire qu'il ignorait où était envoyé l'argent reçu par les entreprises de traitement de paiements à l'étranger);
- (vii) l'entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables serait généralement au courant de la liste de surveillance des pays et territoires non coopératifs publiée par le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, notamment lorsque l'entreprise transmet des millions de dollars à l'étranger. (Nous soulignons que M. Grace a dit en interrogatoire préalable que le ressort où une société de gestion de commerçants était constituée n'avait pas d'importance pour la coentreprise et qu'il n'avait jamais reçu de copie de la liste de surveillance);
- (viii) les lacunes qu'il a mentionnées au sujet du régime de lutte contre le blanchiment d'argent des demanderesses cadraient avec la conduite d'une entreprise qui ne comprend vraiment pas ses obligations dans ce domaine ni n'accepte de responsabilité à cet égard;
- (ix) lorsqu'un client de la Banque ne reconnaissait pas qu'il était une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables et ne respectait pas ses obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, la Banque ne pouvait remplir ses propres obligations concernant la tenue de registres et la présentation de rapports;

- (x) en ce qui concerne son avis selon lequel les demanderesses constitueraient un risque peu élevé pour la Banque si celle-ci continuait à leur fournir des services, M. Bensimon a admis ce qui suit :
- lorsqu'il a préparé son opinion, il a présumé que la valeur moyenne des opérations traitées par GPAY s'élevait à 82 \$. Il ignorait que les clients de la RBC pouvaient transférer jusqu'à 100 000 \$ à la fois, ce qui était un élément important selon lui;
  - il ignorait que les résidents des États-Unis ayant des comptes dans une banque canadienne pouvaient utiliser les services des demanderesses. C'était là un facteur pertinent dont il n'avait pas tenu compte. Il était pertinent parce que les demanderesses auraient également été tenues de se conformer aux règles américaines sur la lutte contre le blanchiment d'argent;
  - il ignorait que, jusqu'à la réception de son rapport, les demanderesses avaient nié qu'elles exploitaient une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables, ce qui augmentait le risque auquel la Banque était exposée;
  - il ignorait que les demanderesses n'avaient pas répondu à l'origine à la demande de la Banque en vue d'obtenir une copie de l'entente de coentreprise. N'ayant pas en main l'entente de coentreprise, la Banque était exposée à un risque plus élevé;
  - il ignorait que M. Grace s'était parfois montré réticent à dévoiler à la Banque l'identité des commerçants clients des demanderesses, et avait plutôt soutenu que la Banque devrait se préoccuper uniquement du traitement des fonds provenant de ses comptes. M. Bensimon a convenu que la position de M. Grace allait à l'encontre de l'obligation législative de la Banque de tenir une piste de vérification convenable;
  - il ignorait que les demanderesses avaient refusé de montrer à la Banque les contrats qu'elles avaient conclus avec leurs clients commerçants, ce qui augmentait le risque auquel la Banque était exposée;
  - il ignorait que M. Grace n'avait pas la moindre idée de l'endroit où les fonds allaient après que les demanderesses les avaient envoyés à leurs clients commerçants, ce qui avait également pour effet d'augmenter le risque auquel la Banque était exposée et constituait une source de préoccupation pour elle;

- il ignorait que les demanderessees ne savaient pas à qui appartenait les sociétés de traitement de paiements auxquelles elles envoyaient des fonds ni la nature réelle de l'entreprise de celles-ci. Il s'agissait là d'une lacune majeure du régime des demanderessees en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et cette lacune augmentait elle aussi le risque auquel la Banque était exposée.

[168] À notre avis, l'opinion initiale de M. Bensimon selon laquelle l'entreprise des demanderessees représentait, dans l'ensemble, un faible risque pour la Banque a été niée pour l'essentiel par les admissions qu'il a faites en contre-interrogatoire. De plus, à notre avis, M. Bensimon a confirmé la véracité des préoccupations de la Banque au sujet des lignes directrices 6C et 6G de CANAFE. Nous accordons une importance particulière à son admission selon laquelle, lorsqu'un client de la Banque ne se conforme pas à ses propres obligations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, la Banque ne peut, à son tour, respecter ses obligations relatives aux déclarations et à la tenue de registres.

[169] Le témoignage du spécialiste de la Banque en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, M. Mathers, a également confirmé la légitimité et l'authenticité des préoccupations exprimées par la Banque. Nous avons conclu que M. Mathers était un témoin très compétent. Il a donné un avis solide qui cadrerait avec le régime réglementaire et qui n'a pas été attaqué de façon importante en contre-interrogatoire.

[170] Nous acceptons l'opinion suivante de M. Mathers :

- (i) M. Grace a fourni des renseignements erronés à la Banque lorsqu'il a répondu à la question concernant le blanchiment d'argent au moment de l'ouverture d'un compte. Ainsi, il a répondu par la négative à la question de savoir si ce compte serait utilisé pour la poursuite d'activités au nom d'une personne autre que le détenteur de compte désigné. (Nous soulignons qu'en contre-interrogatoire, M. Bensimon a également convenu que cette réponse était inexacte.) Cette réponse a empêché la Banque de se conformer à ses propres obligations découlant de la LRPCFAT et du règlement connexe.
- (ii) Les produits et services des sites web de jeu de hasard qui proposent des jeux de casino et des paris sportifs en ligne peuvent être utilisés par les criminels aux fins de recyclage des produits de la criminalité et sont souvent utilisés de cette façon.

- (iii) Le modèle d'entreprise des demanderesse permet aux clients de transférer des fonds à des entités inconnues et, en partie, à des entités que la Banque n'a pas approuvées. Si la Banque permet des opérations de cette nature, elle pourrait autoriser des opérations inappropriées ou illégales et enfreindre de ce fait la LRPCFAT.
- (iv) Étant donné que les clients commerçants des demanderesse ne sont pas tenus de divulguer suffisamment de renseignements pour assurer le respect des exigences de la LRPCFAT et qu'aucune mesure visant à vérifier l'exactitude des renseignements fournis n'est prise, les demanderesse et UMB pourraient faciliter des activités de blanchiment d'argent.
- (v) Si les demanderesse détenaient des comptes à la Banque, UMB et ses clients qui utilisent le service pour transférer des fonds seraient visés par la définition du tiers selon la législation applicable. En conséquence, la Banque serait tenue de se conformer aux articles 9 et 10 du RRPCFAT concernant l'identification des clients, la détermination quant aux tiers et la tenue de registres (lesquelles obligations sont décrites dans les lignes directrices 6C et 6G de CANAFE susmentionnées). Pour se conformer à ces exigences, la Banque serait tenue d'obtenir des renseignements et de tenir des registres au sujet de l'ensemble des clients des demanderesse, y compris des renseignements concernant le nom, l'adresse et l'occupation (ou la nature de l'entreprise principale) desdits clients ainsi que de la nature de la relation entre le client bancaire et les demanderesse.
- (vi) Les demanderesse constituent un client bancaire représentant un risque très élevé pour toute banque à charte canadienne de l'annexe 1.

[171] M. Ronald King, chef, Lutte contre le blanchiment d'argent pour le groupe de sociétés de la Banque Scotia, a également témoigné au sujet des questions d'ordre réglementaire et législatif. Son témoignage a été appuyé par le contenu du guide de la Banque intitulé Guide sur la lutte contre le blanchiment d'argent, par le RRPCFAT et par les lignes directrices de CANAFE et du BSIF. Le Guide sur la lutte contre le blanchiment d'argent confirme, à notre avis, que la Banque prend au sérieux ses obligations découlant de la réglementation et démontre qu'elle a conçu une approche uniforme à l'endroit de toutes les entreprises qui sollicitent ses services. Étant donné qu'une bonne partie du témoignage de M. King était fondée sur le Guide et sur le régime réglementaire, nous considérons qu'il s'agit d'un témoignage crédible et solide. Nous avons également été impressionnés par la connaissance évidente qu'il possède du milieu réglementaire, par son professionnalisme et par l'équité ou l'équilibre dont il a fait preuve dans son témoignage, lequel n'a pas été modifié de façon importante en contre-interrogatoire. Nous acceptons le témoignage de M. King selon lequel :

- (i) la conception du modèle d'entreprise des demanderesse facilite l'anonymat, en ce qu'elles remettent des paiements globaux à une tierce partie qui, dans bien des cas, est une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables. Étant donné que les demanderesse ne transmettent pas les fonds au bénéficiaire final, la piste de vérification est rompue;
- (ii) le guide de la Banque intitulé Guide sur la lutte contre le blanchiment d'argent énonce les normes que la Banque doit appliquer;
- (iii) même dans le cas où le client représente un risque élevé sans être visé par une restriction ou une interdiction, le Guide exige que la Banque s'abstienne de faire affaires avec lui lorsque la légitimité de la provenance ou de la destination ultime des fonds passant par un compte ne peut être déterminée;
- (iv) un certain nombre de facteurs ont incité la Banque à remettre en question la poursuite de la relation qu'elle entretenait avec les demanderesse. Comme l'a dit M. King :

[TRADUCTION] Ces facteurs touchent, notamment, la nature du modèle de l'entreprise, qui concernait des paiements à l'étranger dont une proportion importante semblait être des paiements liés à des jeux en ligne, ce qui nous préoccupait beaucoup. De plus, leur façon de procéder préservait l'anonymat de la personne qui versait les fonds, ce qui rendait cette approche attrayante et susceptible d'être exploitée par les personnes souhaitant faire du blanchiment d'argent. Nous étions également préoccupés par le fait que la faiblesse apparente de la structure relative à la conformité créerait des difficultés pour UseMyBank de gérer de façon efficace ses risques ou de respecter ses obligations en matière de conformité. [Non souligné dans l'original.]

- (v) Au cours de l'enquête que la Banque a menée en 2005 au sujet de l'entreprise des demanderesse, le groupe de lutte contre le blanchiment d'argent lui a recommandé de mettre fin à la relation qu'elle entretenait avec celles-ci.

[172] Nous retenons les éléments suivants de l'ensemble de ce témoignage : les demanderesse ne respectaient pas leurs obligations relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent lorsque la Banque a décidé de mettre fin aux services bancaires qu'elle leur offrait; en conséquence, la Banque croyait qu'elle ne pouvait pas s'acquitter de ses propres obligations législatives et réglementaires, ce qui était probablement le cas. Nous sommes donc d'avis que la Banque était motivée par une raison commerciale objectivement justifiable, soit la crainte de ne pas être en mesure de se conformer à ses obligations réglementaires, lorsqu'elle a décidé de mettre fin aux services bancaires qu'elle offrait aux demanderesse.

### (3) La règle E2 de l'Association canadienne des paiements

[173] M. James Dingle, ancien vice-président du conseil d'administration de l'Association canadienne des paiements, a témoigné au sujet de la règle E2 de l'Association. Son témoignage, qui était solide et cohérent, était fondé de manière objective sur le contenu de la règle E2 et sur d'autres documents de l'Association canadienne des paiements. En raison de ce fait et de la grande expérience qu'il possédait, le Tribunal l'a considéré comme un témoin compétent, crédible et digne de foi. À notre avis, son témoignage n'a pas été diminué de façon importante en contre-interrogatoire. Nous acceptons son témoignage d'expert selon lequel :

- (i) En vertu de la *Loi canadienne sur les paiements*, L.R.C. 1985, ch. C-21, la Banque doit être membre de l'Association canadienne des paiements et adhérer aux règles de celle-ci. Ces règles régissent l'échange, la compensation et le règlement de différents types d'effets de paiement;
- (ii) La règle E2 de l'Association canadienne des paiements, mise en oeuvre le 3 février 2005, concerne l'échange, la compensation et le règlement des effets de paiement en ligne, y compris les VFC. L'alinéa 5a) de la règle est ainsi libellé :

Pour tout ce qui concerne l'échange aux fins de la compensation et du règlement des effets de paiement en ligne, chaque membre doit assurer la confidentialité des renseignements personnels et financiers du payeur et du bénéficiaire, conformément à la législation canadienne provinciale et fédérale qui régit le traitement des renseignements personnels et financiers.

[...]

Pour plus de précision, les renseignements bancaires personnels du payeur [c.-à-d. ceux du client bancaire], et notamment, mais sans limitation, l'information d'authentification (p. ex., l'ID d'utilisateur et le mot de passe) et le solde du compte, ne doivent en aucun cas être communiqués à l'acquéreur et/ou au bénéficiaire [c.-à-d. les demanderesses] au cours de l'opération de paiement en ligne.

- (iii) Si la Banque était tenue de continuer à offrir des services bancaires aux demanderesses, elle devrait soit compenser les VFC reçus d'autres membres de l'Association canadienne des paiements malgré la règle E2 ou s'abstenir de compenser les VFC transférés dans les comptes des demanderesses à la Banque.

- (iv) Une contravention à la règle E2 exposerait la Banque à un risque réglementaire et à un risque pour la réputation, y compris le risque de faire l'objet de procédures pour cause de contravention à ladite règle.
- (v) L'Association canadienne des paiements a défini le risque pour la réputation comme suit :

Le risque pour la réputation est le risque d'opinion publique négative importante qui provoque une perte critique de fonds ou de clients. Ce risque peut comporter des mesures qui créent une image publique négative durable des opérations d'une institution financière et de l'ensemble du système de paiement.

[174] Les demanderessees ne paraissent pas contester cette preuve. Dans leur plaidoirie finale, elles font simplement remarquer, à juste titre, que même si elle s'applique aux VFC, cette règle ne s'applique pas aux paiements de factures qui sont traités à l'intérieur de la Banque, c'est-à-dire les paiements de factures qui passent du client de la Banque au bénéficiaire de facture de celle-ci sans entrer dans le réseau intermembres de l'Association canadienne des paiements.

[175] MM. Monteath, Rosatelli et King ont dit au cours de leur témoignage que le fait que l'entreprise des demanderessees exigeait la divulgation des numéro et mot de passe de la Carte Scotia des clients était l'une des raisons pour lesquelles la Banque avait décidé de mettre fin aux services bancaires qu'elle offrait aux demanderessees. Tel qu'il est mentionné plus haut, nous avons accepté cette preuve et conclu que tel était effectivement le cas. De plus, M. Dingle a confirmé de manière objective et indépendante l'importance pour la Banque de protéger la confidentialité de la signature électronique de ses clients. Son témoignage appuie l'authenticité de la préoccupation de la Banque au sujet de la divulgation des données bancaires confidentielles de ses clients et permet d'établir à notre satisfaction que la décision de mettre fin aux services bancaires des demanderessees était fondée sur une raison commerciale objectivement justifiable.

#### **(4) Autres justifications commerciales invoquées par la Banque**

[176] La Banque soutient également que les raisons commerciales objectivement justifiables suivantes existaient au soutien de la résiliation des services bancaires qu'elle offrait aux demanderessees : l'entreprise des demanderessees contrevient selon toute vraisemblance à l'article 202 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (qui concerne le jeu clandestin), et il est probable que la Banque contreviendrait à son tour au *Code criminel* si elle était tenue de fournir des comptes et des services aux demanderessees; le jeu en ligne est interdit par les lois des États-Unis, ce qui expose également la Banque au risque de poursuites; de plus, la Banque est exposée à un risque pour sa réputation et au risque de faire l'objet de recours collectifs parce que les demanderessees tirent un bénéfice sur les opérations de change qu'elles ne divulguent pas aux clients de la banque dont elles sont mandataires ni aux entreprises de traitement de paiements dont elles sont fiduciaires.

[177] Nous commentons la question des règles de droit américaines ci-dessous dans le contexte de l'examen de la nature discrétionnaire de la réparation sollicitée.

[178] En ce qui concerne l'effet du *Code criminel* et le bénéfice sur les opérations de change, nous ne croyons pas que les arguments de la Banque soient aussi persuasifs que ceux dont nous avons fait état plus haut. Cependant, nous n'estimons pas nécessaire d'arriver à une conclusion définitive au sujet de ces deux arguments.

**(5) Conclusion concernant l'alinéa 75(1)b)**

[179] À notre avis, les répercussions que la Banque a subies ou qu'elle pourrait subir par suite de la divulgation des renseignements bancaires confidentiels de ses clients et du risque possible d'opérations frauduleuses touchant les comptes des demanderesse, les préoccupations d'ordre réglementaire dont nous avons reconnu l'existence et les répercussions de la règle E2 sont telles que le refus par la Banque de fournir des services et des comptes aux demanderesse n'était pas causé par l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs sur le marché. La résiliation des services bancaires découlait plutôt de raisons commerciales objectivement justifiables.

[180] En terminant notre analyse de cette question, nous soulignons que nous avons été conscients, tout au long de notre examen, du fait que la résiliation des services des demanderesse est survenue à peu près en même temps que le lancement d'Interac en ligne. Exception faite de la coïncidence sur le plan chronologique, nous n'avons trouvé aucun élément de preuve qui nous permettrait de conclure que l'existence ou l'arrivée imminente d'Interac en ligne a été un facteur pertinent lorsque la Banque a décidé de mettre fin aux services bancaires qu'elle offrait aux demanderesse. Nous sommes plutôt d'avis que, dans les faits, la résiliation était fondée sur des raisons commerciales valables.

**C. Les demanderesse ont-elles établi qu'elles sont en mesure de respecter les conditions de commerce normales?**

[181] La Banque soutient que les demanderesse ne sont pas en mesure de respecter les conditions de commerce normales auxquelles les comptes permettant les VFC ou le statut d'inscrit au service de facturation électronique sont offerts. Plus précisément, la Banque soutient ce qui suit :

- (i) La Banque Scotia n'offre les comptes permettant les VFC qu'aux petites entreprises et les demanderesse ne sont pas une petite entreprise ni ne l'étaient lors de la résiliation.
- (ii) Les demanderesse ne peuvent se conformer aux conditions de l'entente de la Banque concernant le paiement de factures.

[182] Les demanderesse font valoir, avec raison, que l'expression « conditions de commerce » est définie de façon précise et restrictive au paragraphe 75(3) pour l'application de l'article 75. Cette définition est reproduite ci-dessous par souci de commodité :

3) Pour l'application du présent article, « conditions de commerce » s'entend des conditions relatives au paiement, aux quantités unitaires d'achat et aux exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien.

(3) For the purposes of this section, the expression "trade terms" means terms in respect of payment, units of purchase and reasonable technical and servicing requirements.

[183] La Banque répond que le fait de restreindre les VFC aux petites entreprises et les conditions énoncées dans son entente relative au paiement de factures constituent des « exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien ».

[184] À notre avis, cet argument comporte deux problèmes majeurs. D'abord, selon un principe d'interprétation législative, il est possible d'interpréter un texte de loi bilingue en déterminant le sens partagé par les deux versions d'une disposition. Lorsqu'un sens commun est trouvé, il faut confirmer si ce sens est compatible avec l'objet et l'économie de la loi en cause. (Voir P.A. Côté, *Interprétation des lois au Canada*, 3e éd. (Montréal : Thémis, 1999), aux pages 410 et 412; Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 2002), aux pages 80 et 81).

[185] Selon les dictionnaires, le mot « entretien » signifie généralement « *maintenance* » ou « *upkeep* ». Voir, par exemple :

- *Le Robert & Collins Dictionnaire français-anglais – English-French*, où le mot « entretien » est défini comme suit :
  - a) (*conservation*) [*jardin, maison*] upkeep; [*route*] maintenance, upkeep; [*machine*] maintenance [...]
  - b) (*aide à la subsistance*) [*famille, étudiant*] keep, support; [*armée, corps de ballet*] maintenance, keep [...]
  - c) (*discussion privée*) discussion, conversation [...][4<sup>e</sup> éd., s.v. « entretien »]
- *Le Dictionnaire Larousse français-anglais / anglais-français* comporte les définitions suivantes :

« servicing » *n.* 1. [of heating, car] entretien *m.* 2 [by transport] desserte *f.*

« entretien » *nm.* 1. [maintenance] maintenance, upkeep [...] 2. [discussion - entre employeur et candidat] interview – [colloque] discussion [...] [édition de 2003, s.v. « entretien » et « servicing »].

[186] Ainsi, l'adoption du sens partagé conformément au principe d'interprétation législative susmentionné permettrait raisonnablement de conclure que les mots « *servicing* » et « entretien » renvoient aux exigences relatives à la maintenance ou au maintien en état que le fournisseur impose à l'acheteur afin de s'assurer que le consommateur final a accès à des services satisfaisants à l'égard du produit acheté. À notre avis, cette interprétation n'est nullement incompatible en soi avec l'économie ou l'objet de la Loi.

[187] Toutefois, l'interprétation plus restrictive ne serait pas suffisamment large, selon nous, pour inclure les limitations de nature contractuelle que la Banque impose à ses clients pour restreindre, notamment, les VFC aux petites entreprises.

[188] En deuxième lieu, l'interprétation plus restrictive qu'invoquent les demanderesse semble être compatible avec l'historique législatif de la disposition. Nous soulignons entre parenthèses qu'on peut à bon droit, dans le cadre de l'interprétation d'une loi, examiner l'historique législatif, les débats parlementaires et autres documents semblables, dans la mesure où ils sont pertinents et fiables et où on ne leur donne pas plus de poids qu'ils n'en méritent (voir Renvoi relatif à la *Loi sur les armes à feu (Canada)*, [2000] 1 R.C.S. 783, au paragraphe 17, et *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 35).

[189] Nous estimons pertinents les commentaires suivants qu'ont formulés les ministres de la Consommation et des Corporations de l'époque :

- Le 30 avril 1974, Herb Gray, alors ministre de la Consommation et des Corporations, a comparu devant le Comité permanent des Finances, du commerce et des questions économiques au sujet du projet de loi C-7 (*Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et abrogeant la Loi ayant pour objet la modification de la Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et le Code criminel*, 2<sup>e</sup> session, 29<sup>e</sup> législature, 1974). Les commentaires suivants ont été formulés au sujet des « conditions usuelles du commerce » :

**M. Atkey :** Je m'inquiète aussi de l'expression « conditions usuelles du commerce », dans l'article 31.2*b*), à la page 16. Vous avez dit à propos d'un article précédent que le fait que les conditions usuelles du commerce exigées par un distributeur ou un fabricant pourraient comprendre non seulement les facteurs de prix mais aussi de service technique.

**M. Gray :** C'est exact.

**M. Atkey :** Vous dites que cela serait une interprétation raisonnable de l'expression « conditions usuelles du commerce ». Seriez-vous prêt à considérer un amendement qui donnerait à cette expression une telle définition précise car je crois que certaines inquiétudes ont été exprimées à l'effet que le distributeur ou le fabricant se préoccupe de la vente du produit ou de la distribution au niveau du détail en ce qui concerne la quantité et la qualité du service fournies à l'égard de la vente du produit, car ceci est quelquefois aussi important ou plus important que le prix réel. On s'inquiète beaucoup à l'heure actuelle que l'expression « conditions usuelles du commerce » ne parle que du prix et à mon avis, une définition plus large de l'explication pourrait modérer ces craintes; la Commission sur les pratiques restrictives du commerce prendrait donc compte du facteur du service dans ses directives, car cet élément est aussi important pour le consommateur.

**M. Gray :** Franchement, je pense que l'article 31.2b) traite de ce problème :

b)...accepte et est en mesure de respecter les conditions usuelles du commerce faites par le ou les fournisseurs de ces produits, notamment quant au paiement et quantités unitaires d'achat...

[Non souligné dans l'original.]

Cependant, je serais très heureux de recevoir des suggestions des membres du Comité s'ils croient que plus d'éclaircissements sont nécessaires.

Je crois qu'il faudrait faire attention de ne pas ajouter des mots qui empêcheraient la Commission de se rendre compte de ce que l'on pourrait considérer comme définitions admissibles de l'expression conditions usuelles du commerce, mais qui ne seraient pas comprises par celle-ci. Après tout, un des bénéfices qui découlent de l'utilisation d'un genre de juridiction civile c'est qu'il est possible d'avoir une certaine souplesse dans l'étude d'un programme des situations qui pourraient se démontrer dans une économie aussi complexe que la nôtre. Cependant, comme je l'ai dit j'aimerais bien avoir les opinions, les suggestions des membres du Comité à ce sujet.

[...]

**M. Jarvis :** [...] J'aimerais passer au problème des conditions de vente habituelles. Ici encore, je prendrais le cas de l'industrie du meuble qui me paraît constituer un bon exemple puisqu'il s'agit d'une industrie très concurrentielle, généralement composée de petites entreprises même au niveau de la fabrication.

Très souvent les exigences d'un fabricant de meubles ne sont pas les conditions commerciales actuelles, en ce qui concerne les moyens de paiement.

Je ne sais pas ce que peut vouloir dire l'expression « et outre » [Traduit par « notamment » dans le passage souligné ci-dessus], mais cela peut concerner la formation de ce vendeur au détail par le personnel de commercialisation du fabricant. Cela peut signifier que le détaillant s'engage à accorder à ce produit une certaine surface d'exposition. Cela peut également signifier qu'il s'engage à entreposer chez lui un certain nombre d'éléments qu'il produit de couleurs différentes. Ma question est donc la suivante : selon le ministre ou selon ses hauts fonctionnaires, les mots « et outre » s'appliquent-ils à ce genre de condition de vente, qui représentent un élément vital de vente de certains produits de consommation?

**M. Gray :** À mon avis, il pourrait s'appliquer aux pratiques que vous venez de mentionner, à condition, évidemment, que celles-ci soient des pratiques courantes dans ce genre d'activités.

**M. Jarvis :** Si je me souviens de l'interprétation faite d'un grand nombre de ces articles, les mots « et autre » sont souvent considérés en latin « *ejusdem generis* ». Je dois d'ailleurs dire que je n'ai pas entendu cette expression depuis que j'ai quitté mon école de droit. Quoi qu'il en soit, ces mots « et autre » ne pourraient être pris en considération que dans le cadre du paiement et des unités d'achat. Il est impossible d'aller au-delà dans une interprétation strictement legaliste de l'expression. Je crains donc que l'on ait à faire face à ce problème si la Commission a l'intention de s'attaquer à la difficulté.

**M. Gray :** Les spécialistes juridiques qui ont rédigé ce projet de loi m'ont affirmé que ce n'était pas le cas. En ce qui me concerne, j'analyse actuellement cette question afin de voir s'il serait possible d'éclaircir la situation, par un amendement, car je n'interprète pas cet article dans le sens de l'expression *ejusdem generis*.

[Canada, Chambre des communes, Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Finances, du commerce et des questions économiques, fascicule n° 9, 30 avril 1974, 2<sup>e</sup> session, 29<sup>e</sup> législature, p. 9: 24-25, 9: 31-32.]

- Lorsqu'André Ouellet, le ministre de la Consommation et des Corporations de l'époque, a comparu devant le Comité permanent des Finances, du commerce et des questions économiques le 3 décembre 1974, il a dit ce qui suit au sujet de la disposition relative au refus de vendre du projet de loi C-2 (*Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et abrogeant la Loi ayant pour objet la modification de la Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et le Code criminel*, 1<sup>re</sup> session, 30<sup>e</sup> législature, 1974) :

Je voudrais également rappeler que beaucoup de représentations ont été faites selon lesquelles, un manufacturier peut légitimement revendiquer le droit de refuser d'approvisionner un client éventuel si celui-ci n'est pas en mesure d'assurer au produit une distribution satisfaisante à tous les égards. Nous avons donc apporté une modification qui vise à reconnaître ce droit. La Commission ne pourra pas imposer à un fournisseur l'approvisionnement d'un client si celui-ci ne satisfait pas à toutes les exigences professionnelles et autres régissant de manière habituelle le commerce de l'article en question.

[...]

[Canada, Chambre des communes, Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Finances, du commerce et des questions économiques, fascicule n° 15, 3 décembre 1974, 1<sup>re</sup> session, 30<sup>e</sup> législature, p. 15:12.]

**[190]** La disposition proposée qui est soulignée plus haut n'a finalement pas été édictée, ce qui montre l'intention de donner un sens restreint à l'expression « conditions de commerce ». La définition de l'expression « conditions de commerce » est restrictive et énonce que cette expression « s'entend » des trois éléments qui y sont mentionnés, et non qu'elle « comprend » ces trois éléments.

**[191]** Nous retenons des débats exposés ci-dessus que les députés semblent avoir porté leur attention sur la situation prévalant entre les fabricants et les commerçants. Cependant, au paragraphe 2(1) de la Loi, le mot « produit » est défini de façon à comprendre un article et un service. À notre avis, il serait possible de soutenir que la définition restrictive de l'expression « conditions de commerce » figurant au paragraphe 75(3) de la Loi ne convient pas lorsque le produit en cause est un service. Ainsi, eu égard à l'emploi du mot « entretien » dans la version

française, il se pourrait que, dans le contexte de la prestation de services comme des services bancaires, le concept des « quantités unitaires d'achat » et celui des « exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien » ne s'appliquent pas à prime abord. En d'autres termes, dans le contexte de la prestation de services, il ne serait peut-être pas réaliste ou logique sur le plan commercial de restreindre les « conditions de commerce » aux conditions concernant le paiement, les quantités unitaires d'achat et les services qui s'y rapportent.

[192] C'est une question qu'il y aura peut-être lieu d'examiner si des modifications à la Loi sont envisagées plus tard. En ce qui concerne la présente affaire, eu égard aux conclusions que nous avons tirées au sujet des alinéas 75(1)a) et b), il n'est pas nécessaire d'arriver à une décision définitive sur ce point.

[193] Il ne s'ensuit pas pour autant que le non-respect par une personne d'autres conditions contractuelles habituelles qui ne sont pas visées par la définition des « conditions de commerce » n'est pas pertinent. Cette omission peut prouver que l'incapacité pour une personne de se procurer un produit n'est pas imputable à « l'insuffisance de la concurrence » au sens de l'alinéa 75(1)b). Elle peut également être pertinente quant à la nature discrétionnaire de la réparation pouvant être obtenue au titre de l'article 75. Dans la présente affaire, nous commentons ci-dessous les restrictions imposées par la Banque aux comptes permettant le dépôt des VFC et au statut d'inscrit au service de facturation électronique dans le cadre de notre examen de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

[194] Nous ne nous attardons pas à la question de savoir si les services sont disponibles en quantité amplement suffisante, comme l'exige l'alinéa 75(1)d), et il n'est pas nécessaire que nous examinions cette question. Nous aimerions toutefois commenter la dernière exigence énoncée à l'alinéa 75(1)e).

#### **D. Les demanderesse ont-elles prouvé que le refus de vendre a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché?**

[195] Pour répondre à cette question, nous examinons d'abord le sens des mots « effet de nuire à la concurrence dans un marché ». Nous nous demandons ensuite si les demanderesse ont prouvé que le refus par la Banque de leur accorder le statut d'inscrit au service de facturation électronique et l'accès aux comptes permettant le dépôt des VFC a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

##### **(1) Le sens des mots « effet de nuire à la concurrence dans un marché »**

[196] Étant donné que l'alinéa 75(1)e) est nouveau, il nous apparaît utile, pour interpréter l'expression « concurrence dans un marché » figurant dans cette disposition, de voir comment a été interprété l'alinéa 79(1)c) de la Loi, qui fait partie des dispositions relatives à l'abus de position dominante. L'alinéa 79(1)c) exige l'examen de la question de savoir si la conduite

reprochée « a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ». La Cour d'appel fédérale a examiné cette disposition dans *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, demande d'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada. Au paragraphe 36 de son jugement, la Cour d'appel fédérale s'est exprimée comme suit :

Deux aspects de la portée de l'alinéa 79(1)c) ressortent immédiatement de son libellé. Premièrement, l'effet sur la concurrence doit être évalué par rapport aux trois divisions du temps : il faut prendre en considération l'effet réel dans le passé et dans le présent, et l'effet vraisemblable dans l'avenir. Deuxièmement, l'effet sur la concurrence qui doit être établi pour motiver une ordonnance d'interdiction d'abus de position dominante est le fait de l'empêcher ou de la diminuer sensiblement. L'évaluation prescrite revêt donc un caractère relatif [...].

[197] Le texte similaire figurant à l'alinéa 75(1)e) en ce qui concerne les périodes d'examen, bien qu'il s'agisse de deux périodes plutôt que trois, et la préoccupation concernant l'effet sur la concurrence donnent également à penser, à notre avis, que cette disposition exige une évaluation relative et comparative du marché selon qu'il y a ou non refus de vendre dans ce même marché.

[198] Une analyse comparative concernant la concurrence dans un marché nécessite un examen de la compétitivité relative : « ... le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique attaquée au niveau qui existerait en l'absence de cette pratique... » (voir le jugement *Tuyauteries Canada*, précité, au paragraphe 37). Comme la Cour d'appel fédérale l'a souligné au paragraphe 43, le Tribunal a également articulé cette évaluation comparative relative dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.* (4 octobre 1990), CT-89/2, Motifs et ordonnance, [1990] D.T.C.C. no 17 (QL) (Trib. concurr.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (20 janvier 1992), CT-91-2, Motifs de l'ordonnance, [1992] D.T.C.C. no 1 (QL) (Trib. concurr.), et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D&B Companies of Canada Ltd.* (30 août 1995), CT-94-1, Motifs de l'ordonnance, [1995] D.T.C.C. no 20 (QL) (Trib. concurr.) (*Nielsen*).

[199] La décision *Laidlaw* est particulièrement claire à ce sujet. À la page 119, le Tribunal s'est exprimé comme suit : « [...] pour établir qu'il y a eu diminution sensible de la concurrence, il n'est pas nécessaire de comparer, chiffres à l'appui, le niveau de concurrence qui régnait par le passé dans le marché avec celui qui y règne aujourd'hui. On peut également évaluer la diminution sensible de la concurrence en mesurant le niveau de compétitivité qui existe dans un marché dans lequel une entreprise se livre à des agissements anticoncurrentiels, et estimer le niveau probable de compétitivité en l'absence de ces agissements ».

[200] 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 ».

[201] La « compétitivité » d'un marché selon les dispositions de la Loi concernant l'abus de position dominante et le fusionnement renvoie au degré de pouvoir de marché qui existe dans ce marché. Dans la décision *NutraSweet*, précitée, le Tribunal a écrit ce qui suit dans le contexte d'une instance fondée sur l'article 79 (à la page 91) : « les facteurs à prendre en considération pour déterminer si la concurrence a été ou risque d'être diminuée sensiblement sont semblables à ceux qui ont été mentionnés au moment où il a été conclu que [NutraSweet] constitue une puissance sur le marché. Essentiellement, il faut déterminer si les agissements anticoncurrentiels auxquels se livre [NutraSweet] préservent ou augmentent son emprise sur le marché ».

[202] Dans la décision *Nielsen*, susmentionnée, le Tribunal a également souligné ce qui suit, à la page 88 : « en se basant sur la décision du Tribunal dans l'affaire *NutraSweet*, il faut essentiellement déterminer si les agissements anticoncurrentiels de Nielsen préservent ou augmentent son emprise sur le marché ».

En ce qui concerne les fusionnements, le Tribunal a formulé les commentaires suivants dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (9 mars 1992), CT-91-1, Motifs et ordonnance, à la page 48, [1992] D.T.C.C. no 4 (QL) (Trib.concurr.):

[L]orsqu'on évalue les effets vraisemblables d'un fusionnement, on détermine si la firme fusionnée sera capable d'exercer une puissance commerciale plus grande que celle qu'elle aurait pu exercer si le fusionnement n'avait pas eu lieu. Un fusionnement diminuera la concurrence s'il augmente la capacité des parties qui ont fusionné d'exercer une « puissance commerciale » en préservant, en ajoutant ou en créant le pouvoir de hausser des prix au-dessus des niveaux concurrentiels pendant une longue période. On détermine l'envergure de toute augmentation vraisemblable et si, compte tenu des faits particuliers du cas, cette augmentation devrait être qualifiée de sensible.

[204] Cette interprétation a été confirmée dans d'autres décisions rendues en matière de fusionnement, dont *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.* (2000), 7 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 385, inf. 2001 CAF 104, autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [2001] 2 R.C.S. xiii. Cependant, au paragraphe 302 de cette décision, le Tribunal a dit qu'il ne croyait pas qu'il y avait lieu de conclure à une diminution de la concurrence lorsqu'un fusionnement avait pour seul effet le maintien d'un pouvoir de marché.

[205] 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.

[206] Les effets nuisibles sur un marché se manifestent généralement sous 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.

[207] La variété des 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 entreprise 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 d'une entreprise 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 pour effet de préserver ou de relever le pouvoir de marché des autres participants ou de créer un pouvoir de marché pour l'un d'eux.

[209] Nous soulignons également que M. Mathewson et M. Schwartz évaluent tous les deux les effets sur la concurrence de la résiliation des services de la Banque Scotia en termes de pouvoir de marché. De l'avis de M. Mathewson, [TRADUCTION] « au cours de l'analyse de l'effet possible sur la concurrence de la résiliation des services bancaires que la Banque Scotia offrait à GPAY, il a été tenu compte des répercussions possibles de cette résiliation sur toute hausse hypothétique du pouvoir de marché dont la Banque Scotia pourrait bénéficier, notamment en ce qui a trait à son service Interac en ligne ». Pour sa part, M. Schwartz a mentionné que la résiliation se traduira par une insuffisance de la concurrence et, de ce fait, par une hausse probable des frais exigés des commerçants.

[210] Ainsi, l'alinéa 75(1)e) ne diffère pas de ce qui est prévu à l'alinéa 79(1)c), à l'article 92 (disposition concernant les fusions) et dans d'autres articles de la Loi. La différence porte sur le degré de l'effet. L'article 75 prévoit que le refus de vendre doit avoir pour effet de nuire à la concurrence, tandis que, selon les autres dispositions, la pratique en cause doit avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

[211] Nous déduisons du sens ordinaire des mots employés par le législateur que le seuil exigé à l'alinéa 75(1)e), soit « effet de nuire », est inférieur à celui qui est prévu dans les autres dispositions, soit « effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement ». En ce qui a trait à l'obligation de prouver que le refus de vendre aura « vraisemblablement » cet effet, le Tribunal a conclu, aux paragraphes 37 et 38 de la décision qu'il a rendue dans *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, [2000] D.T.C.C. n° 24, conf. [2002] A.C.F. n° 424 (CAF), qu'une norme de preuve relativement élevée est nécessaire pour établir la survenance « vraisemblable » d'un événement ultérieur. Il a également conclu que les mots « vraisemblablement » et « probablement » étaient synonymes. Compte tenu du sens ordinaire du mot « vraisemblablement » et du raisonnement que le Tribunal a suivi dans *Air Canada*, nous estimons que l'obligation d'établir le caractère vraisemblable d'un effet de nuire exige une preuve montrant que cet événement est « probable » et non simplement possible.

[212] Cependant, comme le Tribunal l'a souligné dans *Hillsdown*, à la page 48, il faut tenir compte des faits particuliers de l'affaire pour déterminer l'envergure de toute augmentation vraisemblable de pouvoir de marché (notamment les faits pouvant être pertinents dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article 1.1 de la Loi). Nous passons maintenant à cette question.

## (2) L'effet du refus de vendre de la Banque Scotia

[213] Nous soulignons dès le départ que, pour l'application de l'alinéa 75(1)e), le marché en cause n'est pas en l'espèce celui qui est visé aux alinéas 75(1)a) et b) et il n'est pas nécessaire qu'il le soit. Le marché sur lequel porte l'analyse fondée sur l'alinéa 75(1)e) est le marché dans lequel les demanderesses évoluent. Cela étant dit, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire de définir le marché en l'espèce. Il suffit pour l'instant que nous décidions si le produit de débit en ligne de la Banque Scotia, Interac en ligne, et le service UseMyBank font actuellement partie du même marché ou feront vraisemblablement partie du même marché lors d'opérations ultérieures. En l'absence de cette concurrence réelle ou envisagée, il est impossible que le refus de vendre ait pour effet de nuire à la concurrence.

[214] Comme nous l'avons mentionné plus haut, pour que le refus de vendre ait pour effet de nuire à la concurrence, ce refus doit entraîner la création d'un pouvoir de marché pour Interac en ligne ou encore le maintien ou la hausse du pouvoir de marché de ce service. Si les deux services ne se font pas concurrence et qu'il est peu probable qu'ils le fassent, le pouvoir de marché qu'Interac en ligne possède, le cas échéant, ne sera pas touchée par les répercussions que le refus de vendre entraîne sur le service UseMyBank. À cet égard, nous convenons de ce qui suit avec M. Mathewson : [TRADUCTION] « pour que la Banque Scotia augmente son pouvoir de marché (en ce qui concerne le service Interac en ligne) en affaiblissant celle de GPAY, GPAY doit d'abord être un concurrent réel et il doit s'agir d'un concurrent plus efficace que d'autres fournisseurs de services de remplacement, comme des cartes de crédit. Si ces deux conditions ne sont pas réunies, le refus de vendre imposé par la Banque Scotia ne pourra avoir pour effet d'augmenter un pouvoir de marché hypothétique ».

[215] Nous examinons d'abord la question de la concurrence actuelle, puis celle de la concurrence future possible.

**a) La concurrence actuelle**

[216] Bien que les demanderesse admettent que les deux services se différencient notamment sur le plan de leurs bases de clientèle respectives, elles soutiennent que les services Interac en ligne et GPAY se font concurrence pour les raisons suivantes :

- (i) le service UseMyBank et le service Interac en ligne sont presque identiques sur le plan fonctionnel;
- (ii) le service UseMyBank ne comporte aucune caractéristique technique ou opérationnelle qui en limiterait l'emploi aux jeux de hasard en ligne.

[217] En réponse aux arguments des demanderesse concernant l'interchangeabilité fonctionnelle, nous soulignons que, bien que cette interchangeabilité constitue souvent, voire dans presque tous les cas, une caractéristique des produits faisant partie du même marché, cette substituabilité ne suffit pas à elle seule pour mener à la conclusion que les produits se font concurrence sur le même marché. Cela étant dit, nous convenons que le service UseMyBank et le service Interac en ligne pourraient, à tout le moins, se faire concurrence relativement à au moins un sous-groupe de commerçants. Ces commerçants devraient obligatoirement être basés au Canada, parce que, comme l'a dit M. Rosatelli, Interac en ligne n'est accessible qu'à ces commerçants. Quant à la question de savoir si Interac en ligne et le service UseMyBank se font actuellement concurrence dans le même marché, les deux économistes experts répondent par la négative et nous acceptons cette conclusion.

[218] Comme l'a expliqué M. Schwartz dans son premier rapport, [TRADUCTION] « le principal effet que la résiliation des services de la Banque Scotia entraîne sur la concurrence concerne le marché futur relatif au service de paiement par débit en ligne ». Dans son deuxième rapport, M. Schwartz souligne qu'il convient [TRADUCTION] « avec le professeur Mathewson que les services GPAY et Interac en ligne ne sont pas des « substituts » proches à l'heure actuelle (même si les commerçants qui sont des abonnés au service Interac en ligne peuvent passer à GPAY en raison de la similitude de celui-ci sur le plan fonctionnel), parce que leurs bases de clientèle respectives sont entièrement différentes ». Nous convenons que les services Interac en ligne et UseMyBank ne se font pas concurrence à l'heure actuelle et qu'ils ne font donc pas partie du même marché.

**b) La concurrence future**

[219] La seule concurrence en cause est celle qui pourrait avoir lieu ultérieurement. De plus, il appert des observations des demanderesse qu'une partie seulement de cette concurrence est en jeu, soit la concurrence dans le cas des commerçants effectuant des opérations de plus de 1 000 \$ (ci-après appelés les commerçants effectuant des opérations de grande valeur).

[220] Les demanderesse ont fait valoir au cours de leurs observations finales qu'un effet important sur la concurrence [TRADUCTION] « concerne le marché futur des services de paiement par débit en ligne. Les différentes restrictions inhérentes à l'utilisation des VFC limitent la capacité de GPAY de participer au marché croissant des produits et services en ligne. En raison du plafond de 1 000 \$ imposé aux paiements traités par GPAY par suite de la résiliation des services de la Banque Scotia, il est peu probable que les grands commerçants en ligne, comme les transporteurs aériens, adoptent GPAY. Les restrictions touchant les dépôts des VFC auront pour effet, en dernier ressort, d'empêcher GPAY d'accroître sa capacité de traitement ».

[221] Ce ne sont pas tous les commerçants qui considéreront le plafond de 1 000 \$ comme une restriction; ainsi, M. Morgenstern de l'agence Ashley Madison Agency, a témoigné pour les demanderesse et a dit que la vente moyenne de billets de l'agence s'élevait à 77 \$ et que le revenu à vie par membre s'établissait à 147 \$. De plus, les demanderesse n'ont pas fait valoir qu'elles étaient limitées, par suite de la cessation par la Banque Scotia de la relation, quant à leur capacité d'attirer des commerçants pour qui le plafond de 1 000 \$ ne représente vraisemblablement pas une contrainte. En conséquence, dans la présente décision, nous nous limitons à examiner la concurrence possible entre le service UseMyBank et Interac en ligne en ce qui a trait aux commerçants effectuant des opérations de grande valeur.

[222] Les demanderesse font valoir que le plafond de 1 000 \$ et la prévention de la concurrence qui en découle donneront vraisemblablement lieu à une hausse des frais pour les commerçants.

[223] La Banque répond qu' [TRADUCTION] « aucune donnée ne permet de dire que le plafond de 1 000 \$ par jour pour les VFC n'a touché la capacité des demanderesse d'attirer des commerçants réguliers. La preuve montre plutôt que de nombreux commerçants possibles ont refusé de s'abonner au service des demanderesse parce qu'ils étaient préoccupés par le fait que l'entreprise de celles-ci reposait sur la divulgation d'un mot de passe en ligne confidentiel et d'un numéro de carte d'un client bancaire. Les commerçants ne veulent pas être associés à un service de traitement des paiements qui fonctionne de cette manière ». En conséquence, la Banque soutient qu'il est peu probable qu'Interac en ligne et le service UseMyBank se feront concurrence et que, par conséquent, le refus de vendre n'aura vraisemblablement pas pour effet de nuire à la concurrence.

[224] À notre avis, aucun élément de preuve ne donne à penser que le refus de vendre empêche les demanderesse de faire concurrence à Interac en ligne en ce qui concerne les commerçants effectuant des opérations de grande valeur par suite du refus de vendre. Ce refus n'aura donc vraisemblablement pas pour effet de nuire à la concurrence.

[225] En ce qui a trait à ce manque de données, M. Schwartz a souligné qu' [TRADUCTION] « il n'est pas important que GPAY connaisse finalement le succès ou non, lequel succès dépendra en définitive de la concurrence sur le marché. La question pertinente est de savoir si la cessation par la Banque Scotia de la relation a pour effet de nuire à cette concurrence ». Les demanderesse ajoutent que [TRADUCTION] « la *Loi sur la concurrence* a pour objet de promouvoir la concurrence, et non de choisir des gagnants ou des perdants. Il se peut que GPAY ne réussisse pas à attirer des commerçants importants, même si le plafond est aboli. Cependant, il est évident que, tant et aussi longtemps que le plafond sera en vigueur, il est peu probable que GPAY puisse attirer un commerçant qui effectue régulièrement des opérations de plus de 1 000 \$ ».

[226] Nous convenons que la Loi ne vise pas à choisir des gagnants et des perdants et, plus précisément, que l'objet de l'alinéa 75(1)e) n'est pas de chercher à savoir si une partie a été lésée par suite d'un refus de vendre, mais plutôt de décider si ce refus a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence. Bien qu'il ne soit pas toujours nécessaire d'avoir en main des éléments de preuve sur le succès probable d'un participant donné sur un marché pour trancher cette question, nous estimons qu'une preuve concernant la participation probable est nécessaire. Il ne suffit pas de faire valoir une intention d'ainsi participer.

[227] À notre avis, aucun élément de preuve ne nous permet de dire que les demanderesse recherchent activement de nouveaux commerçants basés au Canada dont certaines opérations auraient vraisemblablement une valeur de plus de 1 000 \$. La preuve ne permet pas non plus de dire que les demanderesse rechercheraient activement des clients de cette nature si la Banque Scotia n'avait pas mis fin aux services qu'elle fournissait. Nous retenons du contre-interrogatoire de M. Iuso que certaines données donnent à penser que les demanderesse recherchaient des commerçants de cette nature avant que la TD et la CIBC mettent fin à leurs services de facturation électronique en décembre 2003. Si la résiliation des services offerts par la Banque Scotia a fait une différence importante en ce qui a trait à la mesure dans laquelle ces clients ont continué à être recherchés, il y a tout lieu de croire que les demanderesse auraient continué à rechercher ceux-ci, du moins jusqu'à un certain point, après la résiliation de la TD et de la CIBC, mais non après celle de la Banque Scotia. Tel qu'il est mentionné plus haut dans la présente décision, au paragraphe 133, aucun élément de preuve ne donne à penser que la résiliation des services offerts par la Banque Scotia a exacerbé d'une façon ou d'une autre une situation déjà existante.

[228] [CONFIDENTIEL].

[229] Dans la mesure où notre conclusion serait inexacte et où Interac en ligne et le service UseMyBank se feraient vraisemblablement concurrence relativement aux opérations de grande valeur en l'absence de refus de vendre, encore faudrait-il démontrer qu'ils sont de proches rivaux du fait qu'un élément important ayant pour effet de contraindre les prix du service Interac en ligne proviendrait du service UseMyBank. Parmi les produits ou services concurrents possibles, y compris les cartes de crédit et les portefeuilles électroniques (comme PayPal), il se pourrait que le service Interac en ligne et le service UseMyBank soient les plus semblables sur le plan fonctionnel, exception faite de la mise en garde importante selon laquelle le service UseMyBank exige la divulgation de renseignements confidentiels. Tel qu'il est mentionné plus haut, non seulement la similitude fonctionnelle est-elle insuffisante pour permettre de conclure que deux produits exercent l'un sur l'autre des contraintes quant aux prix, mais une différence fonctionnelle importante pourrait mener à la conclusion contraire. Nous soulignons également la remarque de M. Mathewson selon laquelle presque tous les commerçants qui participent au service Interac en ligne acceptent des cartes de crédit. Dans ce contexte, nous soulignons que la viabilité douteuse d'Interac en ligne donne à penser que les commerçants canadiens qui font affaires sur l'Internet sont satisfaits de ces méthodes de paiement et que ces méthodes font concurrence à Interac en ligne.

### **(3) Conclusion concernant l'alinéa 75(1)e**

[230] En résumé, nous concluons que, étant donné qu'Interac en ligne et le service UseMyBank ne font pas partie du même marché à l'heure actuelle et que, selon la prépondérance des probabilités, ils n'en feront vraisemblablement pas partie ultérieurement en ce qui a trait aux commerçants effectuant des opérations de grande valeur, le refus de vendre n'aura vraisemblablement aucun effet sur la concurrence. Par conséquent, il ne nuira vraisemblablement pas à la concurrence.

### **E. La nature discrétionnaire de la réparation sollicitée**

[231] Nous avons déterminé que les demanderesses n'ont pas établi qu'elles sont sensiblement gênées dans leur entreprise en raison du fait de leur incapacité à se procurer un produit de façon suffisante. Elles n'ont pas établi non plus que cette incapacité découlait de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit et que le refus de vendre a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence. Par conséquent, la demande devrait être rejetée.

[232] Cependant, même si les demanderesses avaient réussi à établir tous les éléments prévus au paragraphe 75(1), nous estimons qu'il ne convient pas d'accorder la réparation discrétionnaire sollicitée en l'espèce.

[233] Dans l'affaire *Chrysler*, le Tribunal a examiné la nature discrétionnaire de la réparation visée à l'article 75 et a énuméré un certain nombre de facteurs pertinents quant à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Un de ces facteurs réside dans les raisons pour lesquelles le fournisseur a décidé de mettre fin à la relation. À notre avis, il s'agit du facteur le plus pertinent quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans la présente affaire.

[234] Nous avons précédemment conclu que le refus d’approvisionner de la Banque était fondé sur les risques juridiques ou les risques pour la réputation qui découlaient de la divulgation de la signature électronique des clients de la Banque, sur la probabilité que cette divulgation entraîne une contravention à la règle E2 de l’Association canadienne des paiements et sur d’autres préoccupations d’ordre réglementaire.

[235] À notre avis, les risques susmentionnés sont légitimes et existent encore. Obliger la Banque à fournir des services bancaires aux demanderessees dans des circonstances où la prestation desdits services l’exposerait à ces risques serait une conséquence qui ne serait pas raisonnable sur le plan commercial ni compatible avec l’objet de la Loi.

[236] De plus, bien que les demanderessees sollicitent le statut d’inscrit au service de facturation électronique et des comptes bancaires permettant le dépôt des VFC, nous sommes d’avis qu’elles ne se conforment pas aux conditions raisonnables que la Banque impose à tous ses clients avant de leur fournir ces services. Dans ces circonstances, il serait déraisonnable d’obliger la Banque à fournir des services à des conditions autres que les conditions commerciales raisonnables qu’elle impose généralement.

[237] En ce qui concerne le statut d’inscrit au service de facturation électronique, les conditions énoncées dans l’Entente touchant la prestation du Service de paiement électronique de la Banque Scotia comprennent les suivantes :

- (i) vous ne pouvez pas exiger d’un client qu’il divulgue son numéro de Carte Scotia, son numéro d’identification personnel ou sa signature électronique,
- (ii) vous ne pouvez utiliser, ou autoriser un tiers à utiliser, le service prévu aux présentes pour participer, directement ou indirectement, à l’une des activités suivantes :
  - . la conduite d’une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables, ou tout agissement pour le compte d’une telle entreprise.

[238] Les demanderessees ont admis qu’elles ne peuvent exploiter leur entreprise sans que les clients des banques divulguent leur mot de passe et leur numéro de carte bancaire confidentiels, qu’elles exploitent une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables et qu’elles agissent pour le compte d’autres entreprises de cette nature. En conséquence, elles ne peuvent respecter les conditions de l’entente relative au service de paiement de factures.

[239] Nous reconnaissons que les conditions de cette entente ont été modifiées en profondeur depuis que les demanderesses ont initialement obtenu le statut d'inscrit au service de facturation électronique de la Banque. Toutefois, nous estimons que cette modification ne visait nullement à cibler les demanderesses. Nous arrivons à cette conclusion parce que nous croyons que M. Rosatelli a été sincère lorsqu'il a dit au cours de son témoignage que l'entente a été écrite afin que la Banque se conforme aux règlements et aux exigences supplémentaires en matière de déclaration découlant du nouveau règlement sur le recyclage des produits de la criminalité, que la rédaction de la nouvelle entente a débuté à la fin de 2003 ou au début de 2004 (bien avant la résiliation des services bancaires des demanderesses), que la Banque a résilié depuis les services qu'elle fournissait à un certain nombre d'entreprises bénéficiant du statut d'inscrit au service de facturation électronique, parce qu'elles ne respectent pas la nouvelle entente, et qu'un certain nombre de sociétés qui auraient pu obtenir le statut d'inscrit au service de facturation électronique se sont vu refuser ce statut parce qu'elles sont incapables de respecter les conditions de la nouvelle entente.

[240] En ce qui concerne les comptes bancaires permettant le dépôt des VFC, il appert de la preuve non contestée de la Banque que ces comptes ne sont offerts qu'aux entreprises qui respectent sa définition d'une petite entreprise. Selon cette définition, une petite entreprise est une entreprise dont les dépôts annuels ne dépassent pas 5 000 000 \$ ou dont les dépôts mensuels ne dépassent pas 400 000 \$ et qui n'effectue pas plus de 150 opérations par l'entremise de ses comptes au cours d'un même mois.

[241] M<sup>me</sup> Graham-Parker a expliqué ces restrictions en disant en contre-interrogatoire que les clients commerciaux sont des entreprises de plus grande taille que les petites entreprises; ils sont aussi plus complexes, ils effectuent davantage d'opérations et les montants de leurs opérations sont plus élevés. Il devient beaucoup plus difficile de contrôler les VFC dans ces circonstances, en raison, surtout, du [TRADUCTION] « nombre d'employés qui devraient obtenir l'accès aux comptes en question ». La difficulté inhérente au fait de permettre aux entreprises de recevoir et d'envoyer des VFC même dans des comptes de petites entreprises est appuyée par le fait que la RBC est la seule autre banque qui permet cette pratique.

[242] M. Grace a admis en contre-interrogatoire que les demanderesses ne sont plus une petite entreprise. Elles ne peuvent donc pas obtenir les comptes qu'elles sollicitent selon les conditions que la Banque impose généralement.

[243] Un dernier facteur milite contre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en faveur des demanderesses; ce facteur découle du fait qu'environ 50 000 clients de la Banque résident aux États-Unis. M. Iuso a convenu que les résidents des États-Unis ayant des comptes de banque au Canada peuvent utiliser et utilisent effectivement le service UseMyBank et que la Banque a des entités affiliées ayant des actifs aux États-Unis. Ces faits rendent pertinent l'avis suivant de M. Stewart :

- (i) les jeux de hasard en ligne vont à l'encontre des lois fédérales des États-Unis ainsi que des lois de chacun des 50 États;
- (ii) en juillet 2006, le ministère de la justice des États-Unis a arrêté un ressortissant britannique et haut dirigeant d'une entreprise de paris sportifs en ligne étrangère lorsque ce haut dirigeant a fait escale dans un aéroport des États-Unis. Cette personne a ensuite été accusée d'avoir contrevenu aux lois des États-Unis en acceptant des paris d'Américains;
- (iii) toute entreprise qui permet sciemment que ses services soient utilisés à des fins de paris en ligne par des résidents des États-Unis risque de se faire accuser de complicité illégale relativement à des activités de jeu en ligne;
- (iv) si la Banque recevait des fonds de résidents américains dans ses comptes détenus au nom des demanderesse et que ces fonds devaient être utilisés à des fins de jeu en ligne, elle commettrait une infraction aux États-Unis et serait passible de poursuites.

**[244]** La portée du témoignage de M. Stewart n'a pas été atténuée en contre-interrogatoire et nous reconnaissons que le fait d'obliger la Banque à fournir des services bancaires aux demanderesse l'exposerait au risque de devenir complice relativement à des pratiques qui vont à l'encontre des lois des États-Unis.

**[245]** En dernier lieu, au cours de leur plaidoirie finale, les demanderesse ont présenté au Tribunal un engagement de deux pages, qui est joint aux présents motifs en annexe C. Dans ce document, les demanderesse s'engagent, notamment :

- (i) à respecter l'ensemble de la législation applicable au Canada en matière de lutte contre le blanchiment d'argent;
- (ii) à se soumettre à des vérifications périodiques (pas plus d'une fois l'an) à la demande de la Banque, lesdites vérifications devant être menées par un spécialiste de la lutte contre le blanchiment d'argent acceptable de part et d'autre, et à corriger tout écart constaté lors de la vérification;
- (iii) à corriger toute lacune relevée lors d'une vérification périodique de la sécurité informatique demandée par la Banque en ce qui a trait à leurs procédures en matière de sécurité informatique;
- (iv) à ne pas se prévaloir du statut d'inscrit au service de facturation électronique dans le cas des clients de la Banque qui ne résident pas au Canada;

- (v) à bloquer les paiements aux casinos virtuels ou aux sociétés de gestion de ceux-ci dans les cas où les demanderessees sont en mesure de déterminer que le titulaire du compte réside aux États-Unis.

[246] Étant donné que l'engagement n'a été soumis qu'au cours des plaidoiries finales, il n'y a aucun élément de preuve concernant, notamment, la possibilité en pratique de ne pas avoir le statut d'inscrit au service de facturation électronique en ce qui a trait aux détenteurs de compte de la Banque qui résident aux États-Unis, ou encore la possibilité en pratique de bloquer certains paiements en ligne. De plus, eu égard à la date à laquelle l'engagement a été présenté, il est permis de penser, à tout le moins, que les demanderessees reconnaissent implicitement la légitimité des préoccupations de la Banque sur ces questions.

[247] Compte tenu de la date à laquelle l'engagement a été présenté et de l'absence de preuve qui le sous-tend, nous ne sommes pas disposés à y accorder la moindre importance. Notre opinion à ce sujet repose également sur un certain degré de réticence de la part des demanderessees qui, à notre avis, soulève à tout le moins des doutes sur l'efficacité de cet engagement. Nous nous reportons ici au refus des demanderessees, jusqu'à leurs observations préliminaires devant nous, de reconnaître qu'elles sont une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables ainsi qu'à la position qu'elles ont adoptée en l'espèce relativement à la pertinence des enquêtes de la Banque qui portaient sur le blanchiment d'argent et sur d'autres préoccupations d'ordre réglementaire.

[248] En résumé, l'engagement ne modifie nullement notre opinion selon laquelle il ne convient pas en l'espèce d'accorder une réparation discrétionnaire.

[249] Nous en arrivons maintenant aux motifs qui sous-tendent deux décisions consécutives à des requêtes relatives à la preuve qui ont été jugées sur dossier ainsi qu'à certains aspects concernant les procédures et à nos dernières remarques.

## **VII. LA DÉCISION CONCERNANT LA PREUVE PROPOSÉE DE STANLEY SADINSKY**

Le paragraphe 47(1) des *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/94-290 (« Règles »), exige que chaque partie qui entend produire à l'audience le témoignage d'un témoin expert signifie un affidavit de celui-ci aux autres parties au moins 30 jours avant le début de l'audience. Conformément à cette règle et au calendrier d'audience du Tribunal, la Banque a signifié aux demanderessees l'affidavit du professeur Stanley Sadinsky.

[251] En réponse, les demanderessees ont produit, avant le début de l'audience, un avis de requête en vue d'obtenir une ordonnance déclarant que l'affidavit du professeur Sadinsky n'était pas admissible, ainsi que les frais de ladite requête. Sur accord des parties, la juge présidente a jugé la requête sur dossier. Le Tribunal a rendu une ordonnance énonçant, pour les raisons qu'il ferait connaître dans ses motifs finaux, que l'affidavit ne serait pas admis en preuve à titre de preuve d'un témoin expert. La question des dépens a été différée jusqu'à ce que le Tribunal tranche cette question de façon générale. Voici les motifs de cette décision :

[252] Après avoir décrit ses titres et qualités, les documents qu'il avait passés en revue et les faits pertinents quant à son opinion, le professeur Sadinsky a juré que :

[TRADUCTION]

14. Dans le reste de l'affidavit, je présente mon avis d'expert au sujet de la question fondamentale à trancher, soit la question de savoir si la Banque Scotia commettrait une infraction au *Code criminel* si elle était tenue de fournir des services bancaires aux demanderesse. Pour donner cette opinion, je dois d'abord examiner deux questions préliminaires :

- a) Est-il illégal pour les Canadiens se trouvant au Canada d'inscrire des paris dans des sites de casinos virtuels à l'étranger ?
- b) L'activité que poursuivent les demanderesse et leur copartenaire, UseMyBank, est-elle contraire aux dispositions du *Code criminel* ?

[253] Les demanderesse estimaient que cette opinion était inadmissible parce qu'une preuve d'opinion concernant l'interprétation et l'application des règles de droit nationales ne respecte pas le critère selon lequel, pour être admissible, une preuve d'expert doit être nécessaire pour permettre au juge des faits d'apprécier les questions en litige (voir *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, à la page 20).

[254] En réponse, la Banque a soutenu que les demanderesse n'avaient cité aucune autorité permettant de dire que les principes articulés dans l'arrêt *Mohan* s'appliquaient aux instances engagées devant le Tribunal. Selon la Banque, les règles de preuve qui s'appliquent aux procédures judiciaires ne s'appliquent pas aux instances engagées devant un tribunal administratif, à moins qu'il n'en soit expressément prévu autrement. La Banque a fait valoir que, dans le cas des tribunaux administratifs, la preuve d'expert pertinente est admissible, sous réserve des facteurs liés à l'importance à accorder à cette preuve. Qui plus est, a-t-elle dit, en omettant de s'opposer à l'affidavit du professeur Sadinsky lorsqu'il a été déposé et examiné dans le cadre de la demande interlocutoire (et en produisant plutôt à ce moment-là l'affidavit de leur propre témoin expert), les demanderesse ont renoncé à leur droit de s'opposer. Enfin, la Banque a soutenu que la règle d'exclusion énoncée dans *Mohan*, si elle s'applique, n'a pas pour effet d'exclure l'affidavit du professeur Sadinsky, parce que le Tribunal admet la preuve d'expert sur les questions de droit lorsque cette preuve est probante sur le plan logique, qu'elle est utile et que son admission ne causera aucun préjudice. L'affidavit du professeur Sadinsky serait utile, parce qu'il permet de démontrer les répercussions des dispositions pertinentes du *Code criminel* pour la Banque.

[255] Chacun des arguments formulés par la Banque a été examiné.

[256] En ce qui a trait à l'applicabilité des règles de preuve concernant l'admissibilité de la preuve d'expert, l'historique législatif concernant la création du Tribunal traduit l'intention de judiciariser dans une large mesure ses procédures. C'est ce qui ressort du fait que le Tribunal a été constitué à titre de « cour d'archives » en vertu du paragraphe 9(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-19 (2<sup>e</sup> suppl.), du fait qu'un membre judiciaire doit présider les audiences du Tribunal et de l'existence de droits d'appel devant la Cour d'appel fédérale comme si une décision du Tribunal était un jugement de la Cour fédérale. Voir, à cet égard, les commentaires que le Tribunal a formulés dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Air Canada* (18 juillet 1988), CT-88/1, Motifs et ordonnance – Demande d'autorisation d'intervenir (Trib.concurr.), rév. pour d'autres motifs, [1989] 2 C.F. 88 (C.A.); conf. [1989] 1 R.C.S. 236. Dans *Chrysler Canada Ltée c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1990] 2 C.F. 565, rév. [1992] 2 R.C.S. 394, tant la Cour d'appel fédérale que la Cour suprême du Canada ont confirmé que le Tribunal était une cour d'archives inférieure.

[257] Ainsi, dans un certain nombre de décisions, le Tribunal a appliqué les principes que la Cour suprême du Canada avait articulés dans *Mohan* au sujet de l'admissibilité de la preuve d'expert. Dans *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée* (2003), 28 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 335, au paragraphe 36, le Tribunal a rejeté une preuve d'expert qui se composait essentiellement d'arguments juridiques au motif que cette preuve n'était pas nécessaire selon le critère énoncé dans l'arrêt *Mohan*. Voir également les décisions que le Tribunal a rendues le 28 mars 2006 dans *United Grain Growers Limited c. Le commissaire de la concurrence* et les 9, 10 et 11 mai 2006 dans *La commissionnaire de la concurrence c. Gestion Lebski Inc. et al.*

[258] Le Tribunal a donc rejeté l'allégation de la Banque selon laquelle, en qualité de tribunal administratif, le Tribunal de la concurrence ne peut appliquer les principes de preuve qui s'appliqueraient aux instances judiciaires. Cet argument est incompatible avec la nature judiciarisée du Tribunal ainsi qu'avec les décisions antérieures qu'il a rendues au sujet de la réception de la preuve d'expert. Le fait que le Tribunal est tenu, en vertu de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, « dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent ... d'agir sans formalisme, en procédure expéditive » ne suffit pas en soi à empêcher l'application de règles de preuve qui ont évolué, du moins en partie, pour assurer l'équité. Cette directive est plutôt compatible avec le fait qu'il n'est pas interdit au Tribunal de s'éloigner d'une règle de preuve stricte lorsqu'il le juge à propos.

[259] En ce qui a trait à la façon dont le professeur Sadinsky a caractérisé la question fondamentale et les deux questions préliminaires à trancher, citées plus haut au paragraphe 252, le Tribunal est d'avis que l'opinion était essentiellement une opinion portant sur une question de droit national. Il n'était donc pas convaincu que l'opinion était nécessaire au sens du critère énoncé dans l'arrêt *Mohan*. L'interprétation du droit national relève de la compétence des membres judiciaires du Tribunal.

[260] Subsidiatement, même si une norme d'admissibilité plus souple était appliquée, le Tribunal n'était pas convaincu que la preuve contenue dans l'affidavit serait utile. Il n'y a apparemment aucune décision pertinente sur les questions visées par l'opinion du professeur Sadinsky. Celui-ci a donc formulé son opinion en utilisant des expressions comme [TRADUCTION] « à mon avis, il y a de très bonnes raisons de soutenir que... ». Ce genre d'opinion ne serait pas suffisamment probante ou utile pour justifier son admission en preuve.

[261] Quant à son argument selon lequel les demanderesse avaient renoncé à leur droit de s'opposer à l'admissibilité de l'opinion, la Banque n'a cité aucune décision permettant de dire que l'omission de s'opposer à la présentation de la preuve lors d'une requête interlocutoire a pour effet d'empêcher la présentation d'une objection à l'instruction. Ce résultat est incompatible avec le fait que l'admissibilité de la preuve est une question qui doit être tranchée dans tous les cas par le juge président, qui peut soulever de son propre chef des préoccupations concernant l'admissibilité de la preuve.

[262] Pour les motifs exposés ci-dessus, le Tribunal n'a pas reçu le témoignage du professeur Sadinsky.

### **VIII. LA REQUÊTE DE LA BANQUE EN VUE DE MODIFIER SA RÉPONSE À L'AVIS DE DEMANDE MODIFIÉ**

[263] Avant le début de l'audience, la Banque a signifié aux demanderesse l'affidavit de l'expert David Stewart. Dans cet affidavit, M. Stewart a exprimé l'avis que [TRADUCTION] « les jeux de casino virtuels à l'étranger vont à l'encontre des lois des États et des lois fédérales des États-Unis » et que [TRADUCTION] « toute entreprise qui permet sciemment que ses services soient utilisés à des fins de paris en ligne par les résidents des États-Unis s'expose à être accusée, à tout le moins, de complicité illégale relativement à des activités de jeu en ligne ».

[264] En réponse, les demanderesse ont sollicité, également avant le début de l'audience, une ordonnance déclarant l'affidavit inadmissible au motif qu'il n'était pas pertinent quant aux questions que la Banque avait plaidées dans sa réponse. En plus de faire valoir que l'affidavit était admissible, la Banque a également déposé un avis de requête dans lequel elle a sollicité l'autorisation de modifier sa réponse à la demande modifiée des demanderesse à deux égards. La première demande visait à modifier le paragraphe 19 de la réponse de la Banque comme suit :

[TRADUCTION]

19. La Banque Scotia a des préoccupations sérieuses et fondées au sujet de la légalité des activités de la grande majorité des utilisateurs du service que les demanderesse fournissent. Elle n'est pas disposée à permettre que ses

installations soient utilisées pour des activités qui pourraient être illégales au Canada ou ailleurs, en particulier aux États-Unis, où la Banque Scotia poursuit des activités commerciales, où des résidents ont des comptes de la Banque Scotia pouvant servir à transférer des fonds à l'aide des services des demanderesse ou les deux. L'association de la marque de la Banque Scotia avec les activités des demanderesse pourrait être perçue, aux yeux des clients de celle-ci, comme une approbation du service des demanderesse ou sous-entendre une légitimation des jeux de hasard en ligne à l'étranger.

[265] La deuxième modification, non liée à la première, que la Banque voulait faire autoriser (modification relative au profit sur opérations de change) était l'ajout à sa réponse du paragraphe 21 suivant :

[TRADUCTION]

21. Les demanderesse soutiennent qu'elles agissent comme mandataires du client bancaire en ce qui concerne le transfert du compte de celui-ci à leur compte par l'entremise du système de paiement de factures ou des VFC. Elles affirment qu'elles sont fiduciaires des sommes d'argent reçues dans leur compte pour les commerçants clients, qui en sont les bénéficiaires. Les demanderesse touchent un bénéfice de la conversion des fonds du Canada en fonds américains en ce qui a trait aux sommes d'argent transférées des comptes des clients bancaires canadiens. Les demanderesse ne divulguent pas le fait qu'elles touchent un bénéfice de cette conversion de fonds canadiens en fonds américains, que ces fonds soient transférés à leurs clients bancaires qui sont leurs mandants ou à leurs clients commerçants qui sont bénéficiaires. La Banque Scotia ne peut continuer à offrir des services bancaires aux demanderesse, sachant que celles-ci touchent un bénéfice non divulgué dans ces circonstances.

[266] Les parties ont déposé des observations écrites et précisé qu'elles ne souhaitent pas formuler d'observations verbales. En conséquence, la juge présidente a tranché la requête de la Banque au vu du dossier. Dans une ordonnance dont il devait faire connaître les motifs en même temps que les motifs finaux, le Tribunal a autorisé la Banque à modifier sa réponse de la façon demandée. En conséquence, le témoignage de M. Stewart serait pertinent quant à l'acte de procédure modifié et admissible. La question des dépens a été différée jusqu'à ce que le Tribunal tranche cette question de façon générale. Voici les motifs écrits de cette décision.

[267] Lorsque le Tribunal a examiné les questions soulevées par les parties, il a présumé, sans se prononcer à ce sujet, que le témoignage de M. Stewart n'était pas admissible en l'absence de la modification demandée touchant le paragraphe 19. La question est alors devenue celle de savoir s'il y avait lieu d'autoriser les modifications.

[268] Toutes les parties ont convenu que le principe de droit applicable est celui que la Cour d'appel fédérale a articulé dans *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3 (C.A.), aux pages 9 et 10. Dans cet arrêt, la Cour s'est exprimée comme suit :

[...] même s'il est impossible d'énumérer tous les facteurs dont un juge doit tenir compte en décidant s'il est juste, dans une situation donnée, d'autoriser une modification, la règle générale est qu'une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice.

[269] En ce qui concerne la modification relative au paragraphe 19, qui visait à plaider expressément une violation des règles de droit américaines, la Banque a fait valoir que la modification ne touchait pas la nature de sa défense, mais avait plutôt pour effet de préciser davantage son acte de procédure. Les demanderesses ont répondu que la modification élargissait la portée de la défense de la Banque et qu'elles subiraient un préjudice irréparable si la Banque était autorisée à modifier sa réponse.

[270] Les demanderesses n'ont produit aucun affidavit établissant le préjudice en question.

[271] Au paragraphe 19 de sa réponse initiale, la Banque a formulé ses préoccupations en termes généraux au sujet du risque d'illégalité. La preuve que la Banque a produite au sujet de la requête portant modification a permis de voir que la préoccupation qu'elle avait relativement à la législation américaine n'était pas nouvelle et ne devrait pas prendre les demanderesses par surprise. En effet, en réponse à la demande d'autorisation que les demanderesses ont présentée afin d'engager la présente instance, M. Rosatelli a signé un affidavit dans lequel il a déclaré que la Banque avait des succursales et des employés un peu partout dans le monde, que ses titres étaient cotés dans des bourses de valeurs américaines et que la Banque était donc régie par un vaste éventail de textes législatifs américains.

[272] L'affidavit de M. Stewart a été signifié aux demanderesses conformément au calendrier dont les avocats avaient convenu. Lorsque les demanderesses ont soulevé leurs préoccupations au sujet de la pertinence de l'affidavit, la Banque leur a proposé un délai de trois semaines pour leur permettre d'obtenir et de produire un affidavit de réponse.

[273] Appliquant le principe selon lequel les modifications devraient être autorisées à tout stade de l'instance lorsqu'elles permettent de trancher les véritables questions et controverses en jeu, pourvu que cette admission ne donne pas lieu à un préjudice irréparable et qu'elle serve les intérêts de la justice, le Tribunal estimait que la modification faciliterait l'admission des éléments de preuve pertinents. Étant donné que les demanderesses sollicitaient une ordonnance sommant la Banque de leur fournir des services, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice que le Tribunal envisage la possibilité de rendre cette ordonnance sans savoir si celle-ci exposerait la Banque à un risque de responsabilité criminelle aux États-Unis.

[274] Les demanderessees n'ont présenté aucun élément de preuve montrant l'existence d'un préjudice irréparable et elles auraient pu solliciter un ajournement afin d'obtenir une preuve en réponse à l'affidavit en question.

[275] Dans ces circonstances, le Tribunal a conclu qu'il était nécessaire, dans l'intérêt de la justice, d'autoriser la Banque à modifier le paragraphe 19 de sa réponse.

[276] Quant à la modification concernant le profit sur opérations de change, la Banque a soutenu encore là que la modification permettait simplement de préciser davantage sa défense. Les demanderessees ont répondu à nouveau que la Banque était au courant de la question depuis le 22 juin 2006, de sorte que la modification demandée était sollicitée trop tard.

[277] Il appert de la preuve de la Banque que, le 22 juin 2006, les demanderessees lui ont fait parvenir un affidavit supplémentaire de documents comportant les états financiers de NPAY et GPAY pour l'exercice 2004, que les avocats ont passé en revue ces états le 24 juin 2006, après que la Banque eut produit sa réponse à la demande modifiée le 22 juin 2006, que M. Grace a été interrogé au sujet de ces documents les 27 et 28 juin 2006 et que, avant l'audience, la Banque a informé les demanderessees de son intention de faire valoir qu'elles ne pouvaient faire un profit non divulgué à titre de mandataires des clients de la Banque et de fiduciaires de leurs propres clients commerçants.

[278] La modification soulevait une question que le Tribunal a jugée pertinente et aucun élément de preuve ou allégation n'a été présenté quant au préjudice que les demanderessees subiraient si la modification était autorisée. En conséquence, la demande de modification a été accueillie.

## **IX. LA PROCÉDURE MINUTÉE**

[279] Il s'agit de la première instance au cours de laquelle le Tribunal a utilisé la procédure minutée (fondée sur le principe de l'horloge du jeu d'échecs) au sujet de la gestion de l'audience.

[280] La procédure tire son nom de la façon dont la durée du jeu est chronométrée dans certaines parties d'échecs. Généralement, les parties disposent d'un délai fixe pour présenter leur cause et sont ensuite chronométrées, le chronométrage ayant pour but de veiller à ce qu'elles ne dépassent pas le temps qui leur a été alloué. Grâce à ce type de gestion, les audiences se terminent à l'intérieur du délai fixé, ce qui constitue un avantage majeur. Ainsi, les parties peuvent déterminer à l'avance le coût de l'audience et éviter les délais et frais supplémentaires occasionnés par le prolongement de l'audience au-delà de la date prévue à l'origine.

[281] Dans la présente affaire, les parties ont convenu au cours du processus de gestion de l'instance que chacune d'elles disposerait de 45 heures pour présenter sa cause. Plus précisément, chaque partie disposait de 45 heures pour présenter sa déclaration préliminaire, ses interrogatoires en chef, contre-interrogatoires et réinterrogatoires, ses objections à la preuve, ses requêtes verbales et sa plaidoirie finale. Le consentement des parties à cette répartition du temps a été consigné dans une ordonnance préliminaire du Tribunal.

[282] Au cours de l'audience, le sténographe judiciaire a pris note du temps utilisé par les avocats. Chaque matin, les parties recevaient un relevé du temps que chaque partie avait utilisé jusqu'à la fin du jour précédent, sur une base quotidienne et cumulative. Le Tribunal a précisé que toute contestation de la répartition du temps devait être soulevée immédiatement et aucune contestation de cette nature n'a été soulevée.

[283] De l'avis de tous les membres du Tribunal, la procédure a bien fonctionné. La juge présidente n'est pas convaincue que l'audience se serait terminée à temps si cette procédure n'avait pas été utilisée. Nous avons recommandé la procédure à d'autres membres du Tribunal.

## **X. DIRECTIVES AUX PARTIES AU SUJET DES MOTIFS PUBLICS**

[284] Les présents motifs sont confidentiels. Afin de permettre au Tribunal d'émettre une version publique des présents motifs, les parties doivent se rencontrer et s'efforcer d'en arriver à un accord sur les éléments à supprimer des présents motifs confidentiels de manière à protéger les données confidentielles. Les parties doivent correspondre ensemble avec le Tribunal au plus tard à la fermeture des bureaux du greffe le vendredi 12 janvier 2007 afin de faire connaître leur accord et les points sur lesquels elles sont en désaccord en ce qui concerne les éléments à supprimer des présents motifs. (Le Tribunal ne croit pas qu'il y aura des désaccords majeurs.)

[285] En cas de désaccord, les parties devront correspondre séparément avec le Tribunal et énoncer leurs observations respectives au sujet de tout élément des présents motifs dont la suppression est proposée, lorsque cette proposition est contestée. Ces observations doivent être signifiées et produites au plus tard à la fermeture des bureaux du greffe le vendredi 19 janvier 2007.

## **XI. DÉPENS**

[286] Comme les parties l'ont demandé, la question des dépens sera décidée à une date ultérieure. Les parties doivent se rencontrer et s'efforcer d'en arriver à un accord à ce sujet. Au plus tard le vendredi 19 janvier 2007, elles devraient communiquer avec le greffe afin de lui dire si elles ont besoin de temps supplémentaire pour en arriver à un accord au sujet des dépens. Si les parties ne peuvent s'entendre au sujet des dépens, le Tribunal recevra des observations écrites sur cette question conformément aux directives supplémentaires qu'il donnera.

[287] Une fois que la question des dépens aura été tranchée, le Tribunal rendra une ordonnance portant rejet de la demande et comportant les mesures dont les parties auront convenu ou qu'il aura déterminées au sujet des dépens.

FAIT à Ottawa, ce 20<sup>e</sup> jour de décembre 2006

(s) Eleanor R. Dawson

(s) Lorne R. Bolton

(s) Lilla Csorgo

\*\*\*

Traduction certifiée conforme  
Christiane Bélanger, LL.L.

---

<sup>1</sup> Nous soulignons que, lorsque le mot « Tribunal » ou « nous » est utilisé et que la décision concerne une question de droit seulement, cette décision est celle uniquement de la juge présidente.

<sup>1</sup> L'alinéa 75(1)e renvoie à « un marché », tandis que l'alinéa 75(1)b porte sur « ce marché ». Cette différence donne à penser que, bien que le marché examiné dans le cadre de l'analyse fondée sur l'alinéa 75(1)b soit celui qui est défini à l'alinéa 75(1)a, tel n'est pas nécessairement le cas lorsque l'analyse porte sur l'alinéa 75(1)e.

<sup>1</sup> Dans la décision *Chrysler*, à la page 19, le Tribunal s'est exprimé comme suit : « Lorsque des produits sont achetés à des fins de revente, l'effet sur l'entreprise du refus d'approvisionnement imposé à une personne dépendra de la demande des clients de cette personne et de l'acceptation, par eux, de produits de remplacement. Par conséquent, le point de départ de la définition de « produit », aux termes de l'article 75, est la clientèle de l'acheteur ». Nous soulignons que ces commentaires ont été formulés explicitement dans le contexte des produits qui sont achetés à des fins de revente. Cela étant dit, la manière dont un extrant peut être modifié par suite d'un changement touchant un intrant et les effets que cette modification peut avoir sur la demande de la part des clients de l'acheteur sont toujours pertinents dans la mesure où ils touchent l'entreprise de l'acheteur. Ce qui nous intéresse en dernier ressort dans l'analyse fondée sur l'alinéa 75(1)a, c'est l'acheteur du produit dont la vente a été refusée.

<sup>1</sup> Ni les demanderesses non plus que la Banque ne proposent, pour les comptes de dépôt des VFC, des substituts différents de ceux qui sont proposés en ce qui concerne le statut d'inscrit au service de facturation électronique. Par conséquent, nous n'examinons pas séparément les substituts possibles aux comptes bancaires permettant le dépôt des VFC.

<sup>1</sup> Nous soulignons ici que cette possibilité couvre le transfert à d'autres produits, non pas directement par les demanderesses, mais par les clients de celles-ci. Toutefois, ce changement permettrait aux demanderesses d'utiliser davantage leur statut d'inscrit au service de facturation électronique d'autres banques afin de desservir les clients qui sont ou étaient à l'origine des déposants de la Banque Scotia.

[288] ANNEXE A

Article 75 de la *Loi sur la concurrence* :

**75.** (1) Lorsque, à la demande du commissaire ou d'une personne autorisée en vertu de l'article 103.1, le Tribunal conclut :

*a)* qu'une personne est sensiblement gênée dans son entreprise ou ne peut exploiter une entreprise du fait qu'elle est incapable de se procurer un produit de façon suffisante, où que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normales;

*b)* que la personne mentionnée à l'alinéa *a)* est incapable de se procurer le produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché;

*c)* que la personne mentionnée à l'alinéa *a)* accepte et est en mesure de respecter les conditions de commerce normales imposées par le ou les fournisseurs de ce produit;

*d)* que le produit est disponible en quantité amplement suffisante;

*e)* que le refus de vendre a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut ordonner qu'un ou plusieurs fournisseurs de ce produit sur le marché en question acceptent

**75.** (1) Where, on application by the Commissioner or a person granted leave under section 103.1, the Tribunal finds that

*(a)* a person is substantially affected in his business or is precluded from carrying on business due to his inability to obtain adequate supplies of a product anywhere in a market on usual trade terms,

*(b)* the person referred to in paragraph *(a)* is unable to obtain adequate supplies of the product because of insufficient competition among suppliers of the product in the market,

*(c)* the person referred to in paragraph *(a)* is willing and able to meet the usual trade terms of the supplier or suppliers of the product,

*(d)* the product is in ample supply, and

*(e)* the refusal to deal is having or is likely to have an adverse effect on competition in a market,

the Tribunal may order that one or more suppliers of the product in the market accept the person as a

cette personne comme client dans un délai déterminé aux conditions de commerce normales à moins que, au cours de ce délai, dans le cas d'un article, les droits de douane qui lui sont applicables ne soient supprimés, réduits ou remis de façon à mettre cette personne sur un pied d'égalité avec d'autres personnes qui sont capables de se procurer l'article en quantité suffisante au Canada.

2) Pour l'application du présent article, n'est pas un produit distinct sur un marché donné l'article qui se distingue des autres articles de sa catégorie en raison uniquement de sa marque de commerce, de son nom de propriétaire ou d'une semblable particularité à moins que la position de cet article sur ce marché ne soit à ce point dominante qu'elle nuise sensiblement à la faculté d'une personne à exploiter une entreprise se rapportant à cette catégorie d'articles si elle n'a pas accès à l'article en question.

3) Pour l'application du présent article, « conditions de commerce » s'entend des conditions relatives au paiement, aux quantités unitaires d'achat et aux exigences raisonnables d'ordre technique ou d'entretien.

4) Le Tribunal saisi d'une demande présentée par une personne autorisée en vertu de l'article 103.1 ne peut tirer quelque conclusion que ce soit du fait que le commissaire a

customer within a specified time on usual trade terms unless, within the specified time, in the case of an article, any customs duties on the article are removed, reduced or remitted and the effect of the removal, reduction or remission is to place the person on an equal footing with other persons who are able to obtain adequate supplies of the article in Canada.

(2) For the purposes of this section, an article is not a separate product in a market only because it is differentiated from other articles in its class by a trade-mark, proprietary name or the like, unless the article so differentiated occupies such a dominant position in that market as to substantially affect the ability of a person to carry on business in that class of articles unless that person has access to the article so differentiated.

(3) For the purposes of this section, the expression "trade terms" means terms in respect of payment, units of purchase and reasonable technical and servicing requirements.

(4) In considering an application by a person granted leave under section 103.1, the Tribunal may not draw any inference from the fact that the Commissioner has or has not taken

accompli un geste ou non à l'égard  
de l'objet de la demande.

any action in respect of the matter  
raised by the application.

**[289] ANNEXE B**

**Les témoins experts des demandresses**

*M. Jack Bensimon*

Jack Bensimon était un expert qualifié pour donner un témoignage d'opinion au sujet des programmes et politiques de lutte contre le blanchiment d'argent ainsi que du respect des règlements adoptés en la matière au Canada et aux États-Unis. Après avoir entendu son témoignage en chef et son contre-interrogatoire concernant ses titres et qualités, le Tribunal a conclu qu'il avait également la compétence voulue pour présenter un témoignage d'opinion au sujet des programmes et politiques de lutte contre la fraude. M. Bensimon a examiné la nature de l'entreprise des demandresses et confirmé que celles-ci exploitent une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables au sens du RRPCFAT. Voici les éléments importants de l'opinion de M. Bensimon :

- (i) dans l'ensemble, le risque auquel La Banque de Nouvelle-Écosse était exposée par suite de l'exploitation des comptes des demandresses est relativement faible;
- (ii) malgré tout, les politiques et procédures des demandresses en matière de lutte contre le blanchiment d'argent comportent des lacunes importantes qui doivent être corrigées le plus tôt possible;
- (iii) la Banque devait prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que les demandresses avaient en place un ensemble de politiques et procédures de base afin de respecter les exigences de CANAFE.

*M. Lawrence Schwartz*

M. Lawrence Schwartz a été reconnu à titre [TRADUCTION] « d'économiste spécialisé en économie de la concurrence, notamment en ce qui concerne la définition du marché, les répercussions sur la concurrence et les répercussions sur l'entreprise de GPAY, du moins sur le plan économique ».

Afin de déterminer le marché de produit pertinent, M. Schwartz a utilisé le critère du monopoleur hypothétique. Il n'a pas préparé son rapport en se fondant sur le fait que le marché mentionné à l'alinéa 75(1)a) de la Loi était ou pouvait être différent de celui que vise l'alinéa 75(1)e) de la Loi.

De l'avis de M. Schwartz, la résiliation des services bancaires que la Banque offrait aux demanderesse pouvait nuire à la concurrence sur trois marchés de produit et entraîner l'incapacité pour elles de s'approvisionner en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs. Ces marchés de produit étaient les suivants :

- (i) le marché de service de paiement par débit en ligne pour les déposants de la Banque Scotia qui achètent à des sites web de commerçants, soit le service UseMyBank et le service Interac en ligne;
- (ii) le marché des commerçants, où les demanderesse font concurrence aux acquéreurs d'opérations effectuées par l'entremise d'Interac en ligne afin d'offrir des services de traitement de paiements;
- (iii) le statut d'inscrit au service de facturation électronique de la Banque Scotia en ce qui concerne la façon d'offrir le service de paiement par débit en ligne à ses déposants, sauf en ce qui a trait aux comptes commerciaux qui acceptent des dépôts au moyen de VFC.

Dans son rapport initial, M. Schwartz ne s'est pas attardé à la question de savoir si les demanderesse avaient été sensiblement gênées dans leur entreprise par suite de la résiliation des services bancaires que la Banque leur offrait. Il n'était pas d'accord avec l'opinion de M. Mathewson à ce sujet, parce que la conduite des demanderesse après la résiliation en question n'est pas un renseignement à prendre en compte dans la définition du marché à l'aide du critère du monopoleur hypothétique. Cependant, même en se fondant sur la méthode utilisée par M. Mathewson, M. Schwartz a conclu que les demanderesse avaient été sensiblement gênées dans leur entreprise par la résiliation, parce que la valeur totale des paiements traités par GPAY n'a dépassé qu'en janvier 2006 le niveau qu'elle avait atteint en septembre 2005. Cette donnée montrait, selon lui, que les opérations de GPAY provenant d'autres banques n'ont pas permis de compenser la perte des volumes de paiements provenant des déposants de la Banque Scotia après la résiliation. Les paiements provenant de la Banque Scotia n'avaient pas encore atteint les niveaux de septembre 2005 lors du dernier mois pour lequel des données sont disponibles.

### **Les témoins experts de la Banque**

#### *M. Christopher Mathers*

Christopher Mathers a été reconnu comme expert dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent, la fraude et le financement des activités terroristes, notamment dans le contexte de l'industrie du jeu en ligne. M. Mathers était d'avis que les demanderesse exploitaient, avec leur coentrepreneur UMB, une entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables.

M. Mathers a décrit les trois stades du blanchiment d'argent et l'utilisation fréquente des sites de jeu en ligne pour blanchir les produits de la criminalité. Il a décrit certains exemples de mécanismes de blanchiment d'argent qui pouvaient être appliqués aux sites de jeu en ligne. Il a décrit une situation réelle, que la Banque a récemment identifiée et qui se caractérisait par l'absence de lien apparent entre la provenance des gains d'un client de la Banque Scotia et le site de jeu en ligne où le pari gagnant était inscrit. M. Mathers a commenté le rapport de M. Bensimon, décrit sa propre expérience liée aux casinos Internet à l'étranger et donné son opinion au sujet du risque auquel la Banque de Nouvelle-Écosse serait exposée si elle offrait des services bancaires aux demanderesse.

*M. James Dingle*

M. James Dingle est un employé à la retraite de la Banque du Canada où il a été, notamment, vice-président du conseil d'administration de l'Association canadienne des paiements. Il a été reconnu comme expert sur les questions liées à l'exploitation des banques à charte canadiennes et aux risques inhérents aux activités quotidiennes de celles-ci, surtout en ce qui concerne les flux de paiement et les défis que représentent les services bancaires en ligne, selon la description figurant dans son rapport. M. Dingle a témoigné au sujet de l'objet et de l'importance des mécanismes de réglementation qui s'appliquent aux banques canadiennes et a dit qu'à son avis, la façon dont les demanderesse exploitaient leur entreprise risquait de conduire les déposants des banques à une conduite imprudente. Il a donné son avis au sujet des risques de nature réglementaire auxquels la Banque était exposée en raison du modèle d'entreprise des demanderesse. M. Dingle a commenté l'élaboration de la règle E2 par l'Association canadienne des paiements et a dit qu'à son avis il y aurait contravention à cette règle si les paiements versés aux demanderesse passaient par le système de compensation. Il a donné son avis au sujet des risques découlant des lignes directrices du BSIF sur le blanchiment d'argent, de la LRPCFAT, du *Code criminel* ainsi que des risques auxquels la Banque était exposée en faisant affaires avec les demanderesse. Il a également parlé des risques pour la réputation auxquels la Banque était exposée par suite d'opérations frauduleuses ou non autorisées.

*M. David Stewart*

David Stewart est avocat et exerce le droit à Washington, D.C. Il a été reconnu comme expert en droit américain en matière de jeu, y compris en droit fédéral américain concernant le jeu en ligne. Le Tribunal l'a également reconnu comme expert habilité à donner son opinion sur les règles de droit en vigueur dans les États. De l'avis de M. Stewart, le jeu en ligne va à l'encontre des lois fédérales des États-Unis ainsi que des lois de chacun des 50 États. De plus, a-t-il souligné, toute entreprise qui permet sciemment que ses services soient utilisés pour faciliter les paris en ligne par un résident des États-Unis risque d'être accusée, à tout le moins, de complicité illégale relativement à des activités de jeu en ligne.

*M. Frank Mathewson*

M. Frank Mathewson est professeur d'économie et le directeur de l'Institute for Policy Analysis à l'Université de Toronto. Il a été reconnu comme économiste spécialisé dans le domaine de l'organisation industrielle, notamment sur les questions qui concernent le pouvoir sur le marché et les restrictions verticales.

Pour déterminer le marché de produit pertinent, M. Mathewson a appliqué le critère que le Tribunal a articulé pour la première fois dans l'affaire *Chrysler*. En ce qui concerne l'alinéa 75(1)a) de la Loi, il a jugé que le marché pertinent était celui des services de facturation électronique à la Banque Scotia et les dépôts des VFC [CONFIDENTIEL]. En ce qui a trait à l'alinéa 75(1)e) de la Loi, il a dit qu'à son avis le service UseMyBank et le service Interac en ligne ne faisaient pas partie du même marché de produit et que les produits comme les cartes de crédit et les portefeuilles électroniques sont vraisemblablement des substituts plus proches d'Interac en ligne que le service UseMyBank.

### **Les témoins ordinaires des demandereses**

*M. Joseph Iuso*

Joseph Iuso est le président, directeur général et fondateur de UMB. Il a identifié l'entente de coentreprise intervenue entre UMB et NPAY et décrit les rôles respectifs de UMB et des demandereses. Il a expliqué les aspects techniques de la méthode par laquelle UMB transfère un paiement d'un compte bancaire d'un client au compte de GPAY, les caractéristiques de sécurité et le mécanisme de détection des fraudes en place chez UMB ainsi que les mesures que celle-ci a prises pour faire connaître ses services à différents commerçants.

*M. Raymond Grace*

Raymond Grace est le président de GPAY et de NPAY. Il a témoigné au sujet de ses rapports avec la Banque de Nouvelle-Écosse, notamment quant à l'ouverture de différents comptes bancaires, à l'obtention du statut d'inscrit au service de facturation électronique, à l'expérience de GPAY relativement aux dépôts de VFC à la Banque de Nouvelle-Écosse (notamment le problème de l'impossibilité de comptabiliser des éléments de paiement dans un compte dès que le nombre de paiements dépassait 100 opérations) et à la résiliation des services bancaires. Il a confirmé les conditions de l'entente de coentreprise intervenue entre NPAY et UMB ainsi que les responsabilités de ses entreprises en vertu de ladite entente. Il a décrit les services bancaires que ses entreprises recevaient d'autres banques ainsi que la résiliation des services bancaires que TD et CIBC offraient. Il a aussi décrit la relation entre le client (l'acheteur de produits ou de services), le client de la coentreprise (le commerçant ou vendeur) et la coentreprise elle-même et la façon dont le paiement est versé aux clients commerçants. Il a décrit la nature des vérifications de sécurité que la coentreprise mène relativement aux opérations ainsi que l'expérience qu'elle a

vécue en matière d'opérations frauduleuses. Il a expliqué comment les opérations étaient effectuées lorsque les clients commerçants devaient recevoir des sommes d'argent en fonds américains et le profit de change qui découlait de ces opérations. Il a décrit le rôle qu'il a joué dans le domaine de la commercialisation pour le compte de la coentreprise ainsi que de la déclaration des opérations à CANAFE et l'attitude de ses entreprises devant les préoccupations liées à la lutte contre le blanchiment d'argent. Enfin, il a commenté la conduite de la coentreprise depuis la résiliation des services bancaires précédemment offerts par la Banque de Nouvelle-Écosse.

*M. Ryan Woodrow*

Ryan Woodrow est un employé de la Banque de Nouvelle-Écosse qui, à tout moment pertinent, était le directeur des comptes de petite entreprise à la succursale de la Banque située à Sherwood Park, en Alberta. Il était le dirigeant responsable des comptes des demanderesses. Il a témoigné au sujet de la procédure généralement suivie pour l'ouverture des comptes des petites entreprises et la façon dont cette procédure a été suivie en août 1999, en octobre 2004 et en novembre 2004 relativement aux comptes de GPAY, de B-Filer et de NPAY. Il a décrit la nature des privilèges associés aux comptes exploités par les demanderesses, les plafonds d'opération se rapportant aux VFC et les conséquences observées en pratique lorsqu'un certain nombre d'opérations de cette nature par mois était dépassé. Il a également décrit les critères que la Banque appliquait afin de décider si une entreprise donnée était une petite entreprise. Il a témoigné au sujet de la décision de ne pas ouvrir d'autres comptes pour les demanderesses, au motif que celles-ci n'étaient plus considérées comme une petite entreprise, ainsi qu'au sujet de l'enquête subséquente tenue par le siège social de la Banque de Nouvelle-Écosse à Toronto au sujet de M. Grace et des comptes de celui-ci.

*M. Darren Morgenstern*

Darren Morgenstern est le propriétaire de l'agence Ashley Madison Agency, qui est un service de rencontres en ligne dont la clientèle ciblée se compose de personnes qui sont déjà dans une relation mais qui [TRADUCTION] « cherchent autre chose ». Depuis juillet ou août 2003, l'agence Ashley Madison Agency a utilisé UseMyBank comme option de paiement, en plus de la carte de crédit et du paiement par dépôt direct. Il a expliqué que la décision d'ajouter UseMyBank comme option de paiement traduisait l'intention de son entreprise d'offrir le plus grand nombre d'options de paiement possible. Il a ajouté que, lorsque son entreprise a adopté UseMyBank comme option de paiement, son chiffre de ventes a augmenté presque instantanément, de sorte qu'à l'heure actuelle, environ 23 p. 100 de l'ensemble des services en ligne que l'agence Ashley Madison Agency offre au Canada sont payés par l'entremise de UseMyBank. De l'avis de ce témoin, même si la fraude liée à l'utilisation des cartes de crédit représente un problème « envahissant » dans le cas des opérations en ligne, le nombre d'opérations frauduleuses associées à son entreprise et traitées par l'entremise de UMB est restreint voire nul.

## **Les témoins ordinaires de la Banque**

*M<sup>me</sup> Margaret Parsons*

À tout moment pertinent, M<sup>me</sup> Margaret Parsons était la directrice de la succursale de la Banque de Nouvelle-Écosse située à Sherwood Park. Elle a témoigné au sujet de l'organisation de la succursale, des critères de la Banque au sujet des entreprises pouvant être considérées comme des petites entreprises ainsi que de la notion de lien entre une petite entreprise et son propriétaire. Elle a également témoigné au sujet de la rencontre qu'elle a eue avec M. Grace lorsque celui-ci a exprimé pour la première fois le désir d'ouvrir un compte et elle a dit qu'elle a renvoyé M. Grace à M. Woodrow. Elle a précisé qu'elle avait approuvé les documents concernant l'ouverture d'un compte au nom de B-Filer, faisant affaires sous le nom de GPAY. Elle a ajouté avoir été informée, en mars ou avril 2004, du nombre d'opérations qui ne pouvaient être comptabilisées dans les comptes des demanderesses. Elle a également expliqué qu'elle a appris en novembre 2004 le nombre de nouveaux comptes ouverts par les demanderesses et décrit l'inquiétude qu'elle a alors ressentie, ce qui l'a incitée à tenir une rencontre avec M. Woodrow et une autre employée de la Banque, M<sup>me</sup> Sharon Gibson-Nault. Après cette rencontre, elle a demandé à M. Woodrow de découvrir ce qui se passait, notamment les raisons pour lesquelles un nombre aussi élevé d'opérations ne pouvaient être comptabilisées dans les comptes des demanderesses et pour lesquelles les demanderesses ouvraient autant de comptes. Elle a également donné l'ordre à M. Woodrow de ne pas permettre d'autres ouvertures de compte pour les demanderesses. Elle a appris plus tard que, alors qu'elle se trouvait en vacances, M. Grace a fait ouvrir 30 nouveaux comptes par l'entremise d'un centre d'appel téléphonique et qu'un total de 80 nouveaux comptes avaient été ouverts au cours d'une période de deux semaines. Elle-même et M<sup>me</sup> Gibson-Nault ont alors préparé une note dans laquelle elles ont recommandé que la Banque mette fin aux relations qu'elle entretenait avec M. Grace et les entreprises de celui-ci. Enfin, elle a mentionné que, lorsqu'elle a fait cette recommandation, elle ignorait en quoi consistait Interac en ligne.

*M<sup>me</sup> Sharon Gibson-Nault*

À tout moment pertinent, M<sup>me</sup> Sharon Gibson-Nault était la directrice du service à la clientèle à la succursale de Sherwood Park. Elle a témoigné au sujet de sa responsabilité concernant l'examen des nouvelles ouvertures de comptes, de l'expérience qu'elle a vécue au début de l'année 2004, lorsqu'un certain nombre d'opérations n'ont pu être comptabilisées dans les comptes des demanderesses, de l'inquiétude qu'elle a ressentie en novembre 2004 au sujet du nombre de nouveaux comptes que les demanderesses ouvraient et de la conversation qu'elle a eue par la suite avec M<sup>me</sup> Parsons. Elle a dit que, alors que M<sup>me</sup> Parsons se trouvait en vacances, elle a signalé aux Services partagés de la Banque le problème du nombre important de nouveaux comptes ouverts et qu'une enquête a été ouverte. Enfin, elle a décrit le rôle qu'elle a joué lors de la recommandation de mettre fin à la relation que la Banque entretenait avec les demanderesses.

*M<sup>me</sup> Susan Graham-Parker*

Susan Graham-Parker est première vice-présidente, Services bancaires aux particuliers et Services aux petites entreprises, Ontario pour la Banque de Nouvelle-Écosse. Elle a témoigné au sujet de l'environnement réglementaire dans lequel la Banque fonctionnait et de la confiance que cet environnement engendre chez les clients qui font affaires avec elle. Elle a également témoigné au sujet des critères que l'entreprise devait respecter pour être considérée comme une petite entreprise à la Banque et au sujet de la façon dont les critères s'appliquaient au niveau des clients individuels. Elle a décrit la nature des comptes Maître Compte que les demandereses exploitaient ainsi que la diligence raisonnable exigée d'une succursale lorsque des comptes sont ouverts. Elle a décrit les plafonds d'opération applicables aux VFC envoyés et reçus et expliqué que les entreprises qui ne respectaient pas les critères prescrits pour être considérées comme de petites entreprises ne pouvaient recevoir ce type de virement à la Banque. Elle a décrit la méthode qui est suivie lorsque les opérations d'une entité dépassent les plafonds applicables aux petites entreprises et la façon dont le client est transféré aux services bancaires commerciaux. Elle a parlé d'un certain nombre de questions liées à la sécurité des clients, identifié le Contrat Carte scotia et l'obligation qu'il impose aux clients en ce qui concerne la protection de leurs signatures électroniques. Elle a décrit d'autres documents dans lesquels la Banque explique cette obligation aux clients ainsi que la procédure suivie lorsque le titulaire d'une procuration écrite valable demande l'accès électronique aux comptes appartenant au mandant. Enfin, elle a exprimé son opinion quant aux préoccupations de la Banque au sujet de la nature de l'entreprise exploitée par les demandereses et au sujet du service de regroupement de comptes connu sous le nom de CashEdge.

*M. Colin Cook*

Colin Cook est vice-président, Services aux entreprises à la Banque de Nouvelle-Écosse. Il a décrit la procédure suivie lorsqu'un client est dirigé vers les services bancaires commerciaux, les critères qui s'appliquent au moment de décider s'il convient d'offrir des services bancaires commerciaux à un client donné, les exigences applicables aux clients commerciaux en ce qui concerne l'ouverture d'un compte et l'impossibilité pour lesdits clients d'obtenir des services liés aux VFC. Il a parlé du rôle qu'il a joué dans la conception d'un projet devant permettre à la Banque de mieux se conformer à ses exigences découlant de la règle de la notoriété du client ainsi que les obligations de diligence raisonnable qui incombent à la Banque dans le cadre des relations commerciales qu'elle entretient avec un client. Il a parlé des signes qui devraient susciter chez la Banque des préoccupations liées au blanchiment d'argent ainsi que de la nature des préoccupations soulevées par le modèle d'entreprise des demandereses et de la façon dont elles ont procédé pour ouvrir des comptes. Il a parlé de l'importance de la confiance qui doit caractériser la relation bancaire et des éléments clés de la règle de la notoriété du client et décrit le guide de la Banque intitulé Guide sur la lutte contre le blanchiment d'argent et la règle de la notoriété du client. Il a conclu en disant qu'à son avis les demandereses n'auraient pas été acceptées à titre de clients commerciaux de la Banque à la date de la résiliation des services et ne le seraient pas non plus à la date de l'audience.

*M. Douglas Monteath*

Douglas Monteath est directeur général adjoint des Services partagés de la Banque. Il a témoigné au sujet de la nature des services offerts par cette unité, du rôle que celle-ci a joué dans la décision de mettre fin aux services bancaires offerts aux demanderesse, de l'enquête menée en 2005 au sujet de l'entreprise de celles-ci, des préoccupations découlant de l'enquête et des facteurs qui ont incité la Banque à mettre fin aux privilèges bancaires des demanderesse.

*M. Robert Rosatelli*

Robert Rosatelli est vice-président, Libre-service bancaire à la Banque de Nouvelle-Écosse. Il a témoigné au sujet de l'importance de la Carte Scotia pour les opérations bancaires électroniques et décrit les deux éléments dont se compose la signature électronique du client ainsi que les mesures que la Banque a prises pour expliquer à ses clients l'importance de leur signature électronique et la nécessité d'en préserver le caractère confidentiel. Il a décrit le rôle de l'Association Interac, le réseau de celle-ci et les caractéristiques de sécurité que le réseau applique à la signature électronique des clients. Il a également décrit les efforts que la Banque avait déployés pour rehausser la sécurité applicable aux opérations bancaires en ligne ainsi que les mesures que les demanderesse ont prises, à son avis, pour contrecarrer ces efforts. Il a commenté l'expérience que la Banque a vécue relativement à un certain nombre de VFC frauduleux effectués dans les comptes des demanderesse. Il a ensuite décrit le rôle de CertaPay et de la société Acxsys Corporation au sujet des VFC, l'introduction par Acxsys d'une période de retenue de 30 minutes relativement aux VFC et l'objet de cette mesure. Il a parlé des plafonds applicables aux VFC envoyés et reçus. Il a également témoigné au sujet de la création d'Interac en ligne, de la façon dont ce service fonctionne du point de vue des clients, du flux de fonds, des plafonds applicables aux opérations, des aspects d'Interac en ligne qui diffèrent des caractéristiques du service UseMyBank et de la rentabilité du service Interac en ligne jusqu'à maintenant. Il a identifié les commerçants qui utilisent Interac en ligne à l'heure actuelle comme mécanisme de paiement. Il a décrit la démarche liée à l'obtention du statut d'inscrit au service de facturation électronique de la Banque et les plafonds applicables aux opérations des bénéficiaires de factures et il a identifié l'entente antérieure et l'entente actuelle en matière de services de paiement des factures en expliquant l'objet de la révision apportée à la formule précédente. Il a décrit le flux de fonds que comporte une opération de paiement de factures et les raisons pour lesquelles les demanderesse ne peuvent se conformer aux dispositions de la nouvelle entente. Enfin, il a parlé du rôle qu'il a joué relativement aux services bancaires offerts aux demanderesse, des enquêtes menées en 2003 et 2005 au sujet des comptes des demanderesse et des résultats de ces enquêtes.

*M. Ronald King*

Ronald King est vice-président et chef, Lutte contre le blanchiment d'argent pour le groupe de sociétés de la Banque Scotia. Il a témoigné au sujet de l'évolution des textes de loi en matière de blanchiment d'argent au Canada et de la façon dont les blanchisseurs d'argent ont agi dans le passé pour éviter de se faire prendre. Il a commenté la création du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, la liste annuelle des pays et territoires qui ne participent pas aux efforts de lutte contre le blanchiment d'argent et le rôle du BSIF dans ces efforts. Il a décrit et commenté un certain nombre de lignes directrices du BSIF et de CANAFE. Il a également présenté une description assez détaillée du guide de la Banque intitulé Guide sur la lutte contre le blanchiment d'argent, de la règle de la notoriété du client, de l'obligation de la Banque de mettre fin à des relations bancaires dans certains cas et des dispositions du Guide sur la lutte contre le blanchiment d'argent qui s'appliquent aux entreprises de transfert de fonds ou de vente de titres négociables, aux rapports d'opérations inhabituelles et aux rapports d'opérations douteuses. Il a commenté le rôle qu'a joué le groupe de lutte contre le blanchiment d'argent de la Banque dans la décision de fermer les comptes des demanderesse ainsi que les préoccupations liées au blanchiment d'argent que l'entreprise des demanderesse suscitait dans son esprit. Il a conclu par des commentaires concernant le rapport de M. Bensimon et a dit qu'à son avis les demanderesse ne respectaient pas leurs propres obligations découlant de la législation applicable en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.

*M. David Jones*

David Jones est directeur de Web Business (directeur des opérations commerciales en ligne) chez WestJet. Il a témoigné au sujet de la valeur d'achat moyenne des billets de WestJet et des facteurs dont son entreprise tiendrait compte au moment d'envisager la création d'un partenariat avec de nouveaux fournisseurs de services de paiement et a dit qu'à son avis WestJet ne serait pas disposée à s'associer avec une entité qui admet qu'à certains moments le mot de passe du client n'est pas encodé.

[290] ANNEXE C

Engagement

Les demanders s'engagent à respecter les conditions suivantes qui constituent des conditions préalables à la fourniture par la Banque Scotia du statut d'inscrit au service de facturation électronique, de comptes bancaires connexes et de comptes permettant le dépôt de VFC ou les deux:

**A. Blanchiment d'argent**

1. Les demanders se conformeront à l'ensemble de la législation applicable au Canada en matière de lutte contre le blanchiment d'argent.
2. Les demanders corrigeront toutes les lacunes relevées par M. Bensimon en ce qui a trait à leurs procédures de lutte contre le blanchiment d'argent.
3. Les demanders remettront à la Banque Scotia des copies de tous leurs manuels, procédures et autres documents écrits concernant leurs procédures de lutte contre le blanchiment d'argent.
4. Les demanders remettront à la Banque Scotia une liste de tous leurs clients commerçants actifs actuels.
5. Les demanders remettront à la Banque Scotia une copie des contrats qu'elles ont signés avec leurs nouveaux clients commerçants ainsi que le code d'industrie connexe et la politique qu'elles appliquent en matière de diligence raisonnable.
6. Les demanders remettront à la Banque Scotia un rapport du volume de fonds envoyés à chaque client commerçant selon la fréquence qui sera déterminée (laquelle fréquence ne pourra dépasser une fois par mois).
7. Les demanders remettront à la Banque Scotia leurs états financiers annuels.
8. Les demanders s'abstiendront de traiter des fonds lorsqu'il existe des raisons de croire que ceux-ci sont destinés à un pays figurant sur la liste des PTNC.
9. Les demanders se soumettront, à la demande de la Banque Scotia, à des vérifications périodiques (à une fréquence ne pouvant dépasser une année) qui seront menées par un spécialiste de la lutte contre le blanchiment d'argent acceptable de part et d'autre.
10. Les demanders corrigeront toutes les lacunes relevées lors d'une vérification de cette nature en ce qui a trait au respect de leur part de la législation relative à la lutte contre le blanchiment d'argent et adopteront toutes les pratiques exemplaires raisonnables recommandées par suite de cette vérification.

## **B. Sécurité informatique**

11. À la demande de la Banque Scotia, les demanderesses se soumettront (à une fréquence ne pouvant dépasser une année) à des vérifications périodiques en matière de sécurité informatique qui seront menées par un spécialiste dans le domaine de la sécurité informatique acceptable de part et d'autre.

12. Les demanderesses corrigeront toutes les lacunes relevées lors d'une vérification de cette nature en ce qui a trait à leurs procédures de sécurité informatique et adopteront toutes les pratiques exemplaires raisonnables recommandées par suite de cette vérification.

## **C. Accès aux personnes se trouvant aux États-Unis**

13. Les demanderesses conviennent qu'elles n'auront pas le statut d'inscrit au service de facturation électronique en ce qui a trait aux clients de la Banque Scotia qui ne résident pas au Canada.

14. Les demanderesses bloqueront les paiements aux casinos virtuels ou aux sociétés de gestion de ceux-ci lorsqu'elles sont en mesure de déterminer d'après le profil du détenteur de compte figurant sur le site des opérations bancaires en ligne de la Banque Scotia que le détenteur en question réside aux États-Unis.

## **Généralités**

15. Les renseignements que les demanderesses ou UseMyBank communiquent à la Banque Scotia sont fournis à la condition que celle-ci en respecte le caractère confidentiel.

FAIT À OTTAWA (ONTARIO), le 5 octobre 2006

Pour B-Filer Inc.

(signé) Raymond Grace

Raymond F. Grace, prés.

Pour NPAY Inc.

(signé) Raymond Grace

Raymond F. Grace, prés.

Pour B-Filer Inc., faisant  
affaires sous le nom de  
GuaranteedPayment GPAY

(signé) Raymond Grace

Raymond F. Grace, prés.

PERSONNES AYANT COMPARU

Pour les demandereses

B-Filer Inc., B-Filer Inc., faisant affaires sous le nom de GPAY GuaranteedPayment, et  
Npay Inc.

Michael Osborne  
Sharon Dalton  
Jennifer Cantwell

Pour la défenderesse

La Banque de Nouvelle-Écosse

Paul Morrison  
Lisa Constantine  
Ben Mills  
Tanya Pagliaroli

---