



CT - 1995 / 002 – Doc # 93b

DANS L'AFFAIRE d'une demande présentée par le directeur des enquêtes et recherches en vertu des articles 79 et 105 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34;

ET DANS L'AFFAIRE d'un abus de position dominante dans la fourniture de services de réseau électronique partagé relativement à des services financiers électroniques partagés exécutés par le consommateur.

ENTRE :

Le directeur des enquêtes et recherches
Demandeur

- et -

Banque de Montréal
La Banque de Nouvelle-Écosse
Les Hypothèques Trustco Canada
Banque Canadienne Impériale de Commerce
La Confédération des caisses populaires et
d'économie Desjardins du Québec
La Centrale des caisses de crédit du Canada
Banque Nationale du Canada
Banque Royale du Canada
La Banque Toronto-Dominion
Interac Inc.

Défenderesses

- et -

Tel Pay, une division de CTI-Comtel Inc.
Conseil canadien du commerce de détail
Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes
Midland Walwyn Capital Inc., Richardson Greenshields du Canada Limitée,
Corporation Financière Mackenzie et Gestion de placements Trimark Inc.

Intervenants



MOTIFS DE L'ORDONNANCE PAR CONSENTEMENT

Date de l'audience :

Les 4, 5 et 6 mars 1996
Les 15-19, 22, 25-26 avril 1996

Membres :

M. le juge McKeown (président)
M. Frank Roseman
M. le juge Noël

Avocats pour le demandeur :

Le directeur des enquêtes et recherches

D. Martin Low, c.r.
Peter A. Vita, c.r.
John D. Bodrug

Avocats pour les défenderesses :

**Banque de Montréal
La Banque de Nouvelle-Écosse
Les Hypothèques Trustco Canada
Banque Canadienne Impériale de Commerce
La Confédération des caisses populaires et
d'économie Desjardins du Québec
La Centrale des caisses de crédit du Canada
Banque Nationale du Canada
Banque Royale du Canada
La Banque Toronto-Dominion
Interac Inc.**

Neil Finkelstein
John J. Quinn
Sandra L. Walker
Steven G. Thompson
Stephen D. Bodley

Avocats pour les intervenants :

TelPay, une division de CTI-Comtel Inc.

Harold K. Irving, c.r.
Brian J. Meronek, c.r.

Conseil canadien du commerce de détail

S. John Page
Frank P. Monteleone

Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes

James B. Musgrove
Daniel G. Edmondstone
Frank Palmay

Midland Walwyn Capital Inc.
Richardson Greenshields du Canada Limitée
Corporation Financière Mackenzie
Gestion de placements Trimark Inc.

Lorie Waisberg, c.r.
Laura Stuart

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION	1
II. CONTEXTE	5
III. TENEUR DE LA DEMANDE	7
IV. CRITÈRE APPLICABLE EN MATIÈRE D'APPROBATION	13
V. DESCRIPTION DU POC	19
A. ACCÈS AU RÉSEAU	19
B. DIRECTION 23	
C. NOUVEAUX SERVICES	26
D. DROITS ET ÉTABLISSEMENT DES PRIX	27
VI. PORTÉE DE LA DEMANDE	29
VII. ÉVALUATION DÉTAILLÉE DU POC : PREUVE ET ARGUMENTATION	42
A. MARCHÉS PERTINENTS	43
B. DISPOSITIONS DU POC	46
1) Adhésion des IF et direction.....	46
2) Nouveaux services.....	48
3) Établissement des prix.....	50
4) Nouveaux membres : adhésion des entités autres que des IF à titre d'acquéreurs seulement	52
5) Accès indirect des entités autres que des IF (comptes balayeurs, etc.).....	56
a) États-Unis.....	57
b) Canada.....	59
i) Midland Walwyn - Banque Laurentienne	59
ii) London Life - Compagnie Trust Royal	61
iii) General Motors Acceptance Corporation - Compagnie Trust Royal	63
c) Conclusion	66
VIII. MOTIFS DU JUGE MCKEOWN (concordants quant au résultat)	73

LISTE DES ACRONYMES

ACCAP	Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes
ACP	Association canadienne des paiements
CCCD	Conseil canadien du commerce de détail
EAIFDB	entité autre qu'une institution financière directement branchée
EIBSP	entité indirectement branchée à un service partagé
EMFS	exposé des motifs et des faits substantiels
EROC	exposé des répercussions de l'ordonnance par consentement
GAB	guichet automatique bancaire
GMAC	General Motors Acceptance Corporation
IF	institution financière
IFDB	institution financière directement branchée
NIP	numéro d'identification personnel
PDI	paiement direct Interac
PDV	point de vente
POC	projet d'ordonnance par consentement
RI	réseau intermembres
RN	retrait de numéraire
SADC	Société d'assurance-dépôts du Canada
SCRA	système de compensation et de règlement automatisé
SDCP	<i>Le service destiné à la clientèle privilégiée</i>
SFEP	services financiers électroniques partagés

SREP

services de réseau électronique partagé

TÉF

transfert électronique de fonds

TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

MOTIFS DE L'ORDONNANCE PAR CONSENTEMENT

Le directeur des enquêtes et recherches

c.

Banque de Montréal et les autres

I. INTRODUCTION

Le 14 décembre 1995, le directeur des enquêtes et recherches (le « directeur ») a présenté au Tribunal, sur le fondement des articles 79 et 105 de la *Loi sur la concurrence*¹ (la « Loi »), une demande en vue d'obtenir une ordonnance dont les défenderesses et lui ont convenu de la teneur. La demande vise le réseau bancaire électronique mis sur pied par neuf des défenderesses au milieu des années 80, le réseau « Interac »². Le directeur allègue et, aux fins de la présente demande, les défenderesses ne contestent pas, que grâce au contrôle d'Interac et à l'établissement d'un règlement exclusif régissant l'adhésion au réseau et l'exploitation de celui-ci, les défenderesses ont abusé conjointement de leur position dominante, contrairement à l'article 79 de la Loi. Le directeur demande au Tribunal d'approuver le projet d'ordonnance par consentement («

¹ L.R.C. 1985, c. C-34.

² Les membres du réseau font partie de l'Association Interac, laquelle n'est pas constituée en personne morale. À moins qu'une plus grande précision ne soit nécessaire dans un contexte particulier, « Interac » désigne le réseau ou l'association.

POC ») dont les défenderesses et lui ont convenu pour remédier efficacement aux problèmes liés à la concurrence qui découlent des agissements des défenderesses.

Parmi les dix défenderesses en l'espèce, on compte les six principales banques à charte canadiennes, une société de fiducie et de prêt, deux coopératives représentant différentes caisses d'épargne et de crédit et coopératives de crédit, d'une part, et Interac Inc., une société appartenant en totalité aux neuf autres défenderesses, d'autre part. Essentiellement, le réseau Interac se compose de guichets automatiques bancaires (« GAB »), de terminaux aux points de vente (« PDV ») et des comptes de la clientèle des différents membres qui sont reliés les uns aux autres grâce à un logiciel qui permet aux membres de communiquer entre eux. Interac Inc. est propriétaire du logiciel utilisé pour l'exploitation du réseau, le logiciel du réseau intermembres (« RI »). Les membres individuels possèdent ou contrôlent les autres éléments. Les terminaux PDV et les GAB qui font partie du réseau sont identifiés par la marque de commerce Interac.

La présente affaire permet au Tribunal, pour la deuxième fois seulement, de se prononcer sur une ordonnance par consentement dans un cas d'abus de position dominante, et non de fusionnement. La première fois, il s'agissait également d'une affaire d'abus conjoint de position dominante³, mais elle a suscité peu de controverse. Les commentaires de deux intéressés seulement avaient été déposés, et aucune demande d'autorisation d'intervenir n'avait été formulée. Les parties avaient présenté une plaidoirie, mais aucune audience n'avait été tenue relativement à la preuve.

³ *Directeur des enquêtes et recherches c. AGT Directory Limited* (18 novembre 1994), CT9402/19, Ordonnance par consentement, [1994] D.T.C.C. n° 24 (QL).

À l'opposé, la présente espèce a fait l'objet de commentaires considérables de la part d'intéressés et de vigoureuses interventions, sous réserve de chevauchements importants quant aux personnes qui ont participé à un titre ou à l'autre. Sept intéressés ont déposé des commentaires, et quatre d'entre eux ont demandé et obtenu l'autorisation d'intervenir. Parmi les auteurs de commentaires qui n'ont pas demandé le statut d'intervenant, mentionnons M^e Daniel Bellemare, un avocat de Montréal qui s'intéresse au droit de la concurrence et à la politique afférente, la Banque Amex du Canada, qui est actuellement membre d'Interac, et la *Retail Merchants' Association* de la Colombie-Britannique. Le Conseil canadien du commerce de détail (« CCCD »), l'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes (« ACCAP »), un groupe composé de quatre sociétés d'investissement (« Midland et les autres ») et TelPay, une division de CTI-Comtel Inc. (« TelPay »), qui exploite un service de banque par téléphone, ont formulé des commentaires et ont obtenu l'autorisation d'intervenir. Les trois premiers intervenants, qui représentent des détaillants et des institutions qui sont en concurrence avec les défenderesses dans le vaste secteur des services financiers, se sont vu accorder le droit de présenter certains éléments de preuve. Les parties ont également produit des éléments de preuve, de sorte que l'audition a duré 11 jours et s'est terminée à la fin avril. Les motifs qui suivent font état, à la rubrique appropriée, de la teneur des commentaires et des éléments de preuve pertinents⁴. Les inquiétudes exprimées par la *Retail Merchants' Association* de la Colombie-Britannique s'apparentent largement à celles formulées plus en détail par le CCCD, et il n'en sera pas fait mention indépendamment. C'est donc la

⁴ Les commentaires de M^e Bellemare ne justifient qu'un bref examen. Selon lui, le projet d'ordonnance par consentement se révélera inefficace parce qu'il ne prévoit que des mesures de redressement de nature comportementale et qu'il ne rétablit pas la concurrence dans le marché. Il soutient que l'« efficacité » du réseau Interac, alléguée par le directeur, ne devrait pas être prise en considération et que la mesure de redressement appropriée est le dessaisissement d'Interac en faveur d'un tiers qui n'a pas besoin d'avoir accès au réseau pour l'exercice de ses **activités**. Les deux parties ont dûment répondu aux commentaires de M^e Bellemare. Dans la mesure où la solution préconisée par M^e Bellemare nécessiterait le remplacement du monopole que se partagent actuellement les défenderesses par un monopole détenu par un seul « tiers », il ne nous semble pas que cela apporterait une amélioration.

première fois que le Tribunal est appelé à trancher des questions difficiles propres à une demande d'ordonnance par consentement dans une affaire d'abus conjoint de position dominante, soulevées par les participants. En outre, le Tribunal a dû se pencher sur des questions complexes se rapportant à la portée de la demande. Celle-ci vise le secteur de l'économie canadienne correspondant aux services financiers, lesquels sont assujettis à différents régimes réglementaires et législatifs issus de choix politiques de grande portée. Déterminer quel est l'objectif poursuivi par le directeur en formulant le POC, dans ce contexte, et si le POC sera efficace, compte tenu de la preuve et de l'argumentation qui nous ont été présentées, s'est révélé extrêmement difficile.

II. CONTEXTE

Dès les années 70, les banques et les sociétés de fiducie canadiennes ont commencé à offrir à leurs clients un accès électronique à leurs comptes de chèques ou d'épargne à partir d'un GAB et à l'aide d'une carte codée émise par la banque du client (une « carte de débit »), de pair avec un numéro d'identification personnel unique (le « NIP »). Un client ne pouvait utiliser sa carte qu'à un GAB de sa banque ou de sa société de fiducie (le « réseau individuel » de l'institution) et, généralement, le seul service offert était le retrait de numéraire.

Dans les années 80, les banques et les sociétés de fiducie ont commencé à conclure des ententes de partage afin de permettre à leurs titulaires de carte d'utiliser les GAB d'autres institutions. La Banque Royale du Canada et la Banque de Montréal étaient chacune reliées à un réseau international différent de GAB partagés⁵; elles ont alors offert à d'autres institutions

⁵ Les réseaux « Plus » et « Cirrus », respectivement.

canadiennes la possibilité de se brancher à leurs réseaux individuels et d'ainsi avoir accès au réseau international. À la fin de 1984, les cinq principales institutions canadiennes émettant des cartes VISA⁶ ont annoncé leur intention de relier leurs réseaux individuels entre eux afin de créer le réseau partagé national Interac. À la fin de 1985, les quatre principales institutions émettant des cartes MasterCard se sont jointes à elles⁷.

Les neuf membres fondateurs d'Interac, qui en sont les « membres principaux », sont les défenderesses en l'espèce. D'autres membres se sont joints depuis à Interac à titre de « membres affiliés »; ils sont actuellement 18 sur un total de 27 membres. Les membres principaux sont à l'heure actuelle les seuls à pouvoir se « brancher directement » au réseau⁸. Ainsi, seul un membre principal peut mettre au point et contrôler un « commutateur » qui donne directement accès au logiciel RI et au réseau. Les membres affiliés sont indirectement branchés au réseau et doivent avoir recours au commutateur d'un membre principal.

Actuellement, le consommateur a accès à deux services bancaires par l'entremise d'Interac, soit le retrait de numéraire (« RN ») et le paiement direct Interac (« PDI »). Le service RN a été le premier service partagé offert au début de l'exploitation du réseau en 1986. Ce service permet à tout titulaire d'une carte de débit ou de crédit émise par un membre d'Interac de

⁶ La Banque de Nouvelle-Écosse, la Confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec, la Banque Canadienne Impériale de Commerce, la Banque Royale du Canada et la Banque Toronto-Dominion.

⁷ La Banque de Montréal, les Hypothèques Trustco Canada, la Centrale des caisses de crédit du Canada et la Banque Nationale du Canada.

⁸ La Banque Laurentienne du Canada a été le dixième membre principal d'Interac de mai 1988 à mai 1989. Même s'il s'agit désormais d'un membre affilié, la Banque Laurentienne demeure directement branchée à Interac pour ce qui concerne le retrait de numéraire.

prélever des espèces sur un compte de cette institution ou d'obtenir une avance de fonds prélevée sur la carte de crédit à un GAB d'un autre membre d'Interac.

En 1989, les membres principaux ont annoncé leur intention d'ajouter le PDI au nombre des services partagés Interac. Un projet pilote a été lancé à Ottawa à la fin de 1990, et le service PDI a finalement été offert à l'échelle nationale en 1994. Le service PDI permet le virement électronique de fonds à un point de vente. À partir d'un terminal PDV loué à un détaillant par un membre d'Interac, le client peut utiliser sa carte de débit pour régler un achat en virant directement des fonds, prélevés sur son compte, au compte du détaillant.

Les membres actuels d'Interac participent au réseau à titre d'« émetteurs » et d'« acquéreurs » ou d'émetteurs seulement. L'émetteur est un membre qui détient des comptes et émet des cartes de débit ou de crédit, ou les deux, à ses titulaires de compte afin de permettre à ceux-ci d'avoir électroniquement accès à leurs fonds. L'acquéreur est un membre qui met en place des GAB et des terminaux PDV. Toute opération sur le réseau requiert la participation tant d'un acquéreur que d'un émetteur. Lorsqu'un consommateur utilise un GAB ou un terminal PDV, le membre d'Interac qui possède le GAB ou le terminal PDV se porte « acquéreur » de l'opération et, grâce au réseau, transmet une demande d'autorisation au membre qui a émis la carte utilisée. L'émetteur répond par une autorisation ou un refus. Sur réception d'une autorisation, l'acquéreur verse les espèces ou exécute le virement de fonds au PDV.

III. TENEUR DE LA DEMANDE

Comme elle est présentée sur le fondement de l'article 79 de la Loi, la demande du directeur reprend le libellé de cette disposition. Dans l'exposé des motifs et des faits substantiels (« EMFS »), le directeur allègue que les défenderesses contrôlent sensiblement ou complètement, ensemble, une catégorie ou espèce d'entreprises au Canada, c'est-à-dire qu'elles sont dotées d'une puissance commerciale collective dans un marché pertinent. Le marché pertinent auquel renvoie le directeur est celui de la fourniture de services de réseau électronique partagé (« SREP »), également appelé le marché « intermédiaire ». Les défenderesses se seraient livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels qui a, a eu ou, à moins d'être restreinte, aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence au Canada, sur *deux* marchés, le premier étant le marché intermédiaire de la fourniture de SREP, et le second, le marché de détail pour la fourniture des services financiers électroniques partagés (« SFEP ») aux consommateurs.

Plus concrètement, le marché intermédiaire est celui de la fourniture de services, partagés ou de réseau, dont un participant au réseau a besoin pour assurer à un consommateur auquel une carte a été émise par une institution financière un accès électronique direct à un compte détenu par l'institution financière sur lequel des fonds peuvent être prélevés à la demande du consommateur. Le terme « institution financière », ou l'abréviation « IF » employée dans les présents motifs, est défini de façon détaillée et précise dans le POC⁹. Les établissements habituellement assimilés à des « institutions financières », comme les compagnies d'assurance et les sociétés d'investissement intervenantes, ne constituent pas des « IF » au sens du POC. Une IF,

⁹ Paragraphe 1.

au sens du POC, est une institution de dépôt membre de l'Association canadienne des paiements (« ACP »)¹⁰, ce qui englobe les banques, les sociétés de fiducie ou de prêt, les centrales de caisses de crédit et les organismes publics provinciaux comme les succursales du Trésor de l'Alberta ou les caisses d'épargne de l'Ontario. On en compte environ 155 au Canada. Vingt-sept (dont deux « centrales » de sociétés de crédit) sont déjà membres de l'Association Interac.

Le marché intermédiaire se compose du réseau Interac, y compris les GAB et les terminaux PDV mis à la disposition d'Interac (par opposition aux GAB et aux terminaux individuels), le logiciel RI, les commutateurs et les autres composants permettant la transmission de messages électroniques entre les membres et la conclusion d'accords de collaboration entre les membres afin de circonscrire les utilisations autorisées du réseau par les membres. Les participants, sur ce marché, sont Interac et les membres principaux, en tant que fournisseurs et les personnes qui sont des « acquéreurs » actuels ou éventuels de SREP, y compris les IF et les entités autres que des IF, comme les détaillants, d'autres fournisseurs de services, les processeurs d'opérations et les propriétaires de terminaux.

Le marché intermédiaire et le marché de détail sont inextricablement liés. Les participants du marché intermédiaire veulent avoir accès aux SREP ou au réseau Interac afin de fournir des SFEP aux consommateurs; les SREP sont un composant des SFEP. Pour reprendre les termes employés par le directeur, l'entreprise exploitée par Interac est la fourniture de SREP [TRADUCTION] « qui permettent aux participants du réseau de fournir des services financiers

¹⁰ Il peut y avoir chevauchement entre ces deux éléments, c'est-à-dire que l'un peut emporter l'autre. L'expert des parties en droit bancaire, Bradley Crawford, définit le dépôt comme étant [TRADUCTION] « une dette d'un type particulier d'une institution financière, qui est membre du système de paiements dans la zone économique où le dépôt se trouve ». Affidavit du témoin expert B. Crawford (29 mars 1996) : pièce R-15, para. 19.

électroniques partagés exécutés par le consommateur ... » Selon la définition que lui attribue le directeur, le marché de détail n'englobe pas tous les services financiers électroniques éventuels, mais seulement les services partagés qui permettent au consommateur d'avoir accès électroniquement, grâce à une *carte émise par une IF, à un compte détenu par celle-ci* sur lequel des fonds peuvent être prélevés à sa demande à partir d'un GAB ou d'un terminal PDV que possède et qu'exploite un membre d'Interac autre que l'IF détenant le compte du consommateur.

Le directeur allègue que, ensemble, les défenderesses contrôlent sensiblement ou complètement la fourniture de SREP à la grandeur du Canada, par l'entremise d'Interac. Elles contrôlent conjointement l'Association Interac et établissent les différents règlements, normes et règles d'exploitation qui régissent l'exploitation du réseau.

Au Canada, les autres réseaux partagés et réseaux individuels ne constituent pas un véritable substitut à Interac pour les consommateurs, les détaillants ou les IF, non plus que pour les autres participants possibles à des réseaux électroniques partagés. Ces réseaux ont généralement une ampleur et une étendue géographique restreintes et offrent donc aux consommateurs un choix moins grand de GAB ou de terminaux PDV et une moins grande commodité qu'Interac. Au Canada, Interac gère plus de 90 p. 100 des opérations de RN et il n'existe pas d'autre service partagé de virement électronique de fonds au PDV que le PDI.

Le directeur insiste également sur le fait que les membres principaux, ou des sous-groupes de ceux-ci, contrôlent d'autres organismes de services financiers qui pourraient autrement rendre le secteur plus concurrentiel. Un sous-groupe des membres principaux contrôle

l'association de carte de crédit VISA au Canada, lequel organisme contrôle et gère le réseau partagé international Plus. Un autre sous-groupe particulier des membres principaux contrôle l'autre association d'envergure en matière de cartes de crédit au Canada, MasterCard. Les membres principaux détiennent également le nombre de voix qui leur permet de désigner la majorité des membres du conseil d'administration de l'ACP, lequel a établi des normes et des règles concernant les opérations exécutées par le consommateur à des GAB partagés et les TEF/PDV. Un sous-groupe des membres principaux contrôle CANNET, une société qui, jusqu'à récemment, était le fournisseur prédominant au Canada de services électroniques d'autorisation d'opérations sur carte de crédit et qui effectue toutes les opérations de RN d'Interac.

Les membres principaux d'Interac se seraient livrés à une pratique d'agissements anticoncurrentiels en adoptant un règlement ayant un effet ou un but d'« exclusion », c'est-à-dire empêcher ou restreindre la concurrence sur le marché de la fourniture de SREP à des participants éventuels au réseau. Les dispositions du règlement Interac qui auraient un effet d'exclusion sont celles qui portent sur l'adhésion à titre de membre principal ou affilié d'Interac ainsi que sur les frais et les services. Précisons que, à l'heure actuelle, les membres affiliés n'ont pas un nombre de voix suffisant pour infléchir le vote relativement aux questions importantes qui exigent la modification du règlement.

Cinq des membres principaux, les émetteurs VISA, auraient également monté le réseau Plus, qu'ils contrôlent et gèrent au Canada, notamment au chapitre des droits d'adhésion exigibles des nouveaux membres affiliés, de façon à empêcher ou à exclure la concurrence avec Interac pour les opérations de RN nationales. Le réseau Plus donne accès à seulement 75 p. 100 des

GAB reliés au service de RN d'Interac, et un nouveau membre paie néanmoins le même montant pour se joindre au réseau Plus, en ce qui concerne les opérations de GAB nationales, que s'il se joignait à Interac. Cela ne revêt pas une importance particulière, le directeur estimant que, une fois remédié à la situation au sein d'Interac grâce au POC, les agissements anticoncurrentiels se rapportant au réseau Plus n'auront plus pour effet de diminuer sensiblement la concurrence.

Le directeur allègue que l'adoption d'un règlement à caractère exclusif par les membres principaux d'Interac a eu pour effet et continue d'avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché intermédiaire et sur le marché de détail. Voici ce qu'il dit au paragraphe 63 de l'EMFS :

[TRADUCTION]

Plus particulièrement, la pratique des agissements anticoncurrentiels a accru et facilité l'exploitation de la puissance commerciale des défenderesses sur les deux marchés ... ce qui s'est manifesté par a) la restriction de l'accès au réseau Interac pour certaines catégories de participants au marché intermédiaire, dont les fournisseurs et les acheteurs de services, b) l'absence de concurrence dans l'établissement des prix exigés pour l'accès des consommateurs aux services partagés à l'échelle du réseau et c) le manque d'innovation en ce qui a trait aux services et aux produits offerts sur les marchés des services de réseau électronique partagé et des services financiers électroniques partagés.

Afin de remédier à la diminution sensible de la concurrence, le directeur demande au Tribunal d'approuver le POC dont le « principal objet », selon le paragraphe 5 de l'exposé des répercussions de l'ordonnance par consentement (« EROC »), est d'introduire dans ces marchés une « discipline concurrentielle appropriée »

[TRADUCTION]

en ouvrant l'accès au branchement direct au réseau à d'autres entreprises que les neuf membres principaux (y compris les institutions non financières), en modifiant la structure de direction d'Interac pour faire en sorte que celles-ci soient mieux représentées au sein du conseil d'administration d'Interac, et en enlevant les obstacles actuels à la concurrence en ce qui a trait à l'établissement de prix et à l'offre de nouveaux services.

IV. CRITÈRE APPLICABLE EN MATIÈRE D'APPROBATION

Le critère de base aux fins de l'évaluation d'un projet d'ordonnance par consentement, dans une affaire de fusionnement, est énoncé dans la décision *Directeur des enquêtes et recherches c. Air Canada*, où le Tribunal dit ce qui suit :

Le Tribunal se range à l'argument du directeur selon lequel le rôle du Tribunal n'est pas de demander si l'ordonnance par consentement est la solution optimale aux effets anticoncurrentiels qui, est-il supposé, résulteraient du fusionnement. Le Tribunal accepte que son rôle consiste à établir si l'ordonnance par consentement répond à un critère minimal. Ce critère réside dans la question de savoir si le fusionnement, assorti des conditions de l'ordonnance par consentement, entraîne une situation où la diminution sensible de la concurrence, qui est présumée découler du fusionnement, a selon toute vraisemblance été éliminée¹¹.

En matière d'abus de position dominante, le critère analogue qui permet d'évaluer un projet d'ordonnance par consentement consiste à déterminer si, selon toute vraisemblance, l'ordonnance par consentement aura pour effet d'éliminer la diminution sensible de la concurrence qui est censée résulter de la pratique des agissements anticoncurrentiels visés par la demande. Les parties et les intervenants qui ont abordé la question du critère applicable ont énoncé ce critère en des termes assez semblables.

Les parties, et en particulier le directeur, ont la charge ultime de prouver au Tribunal que le POC satisfait à ce critère de base. Sur le plan pratique, toutefois, comme le Tribunal considère

¹¹ (7 juillet 1989), CT-8801/576, Motifs de l'ordonnance par consentement du 7 juillet 1989 à la p. 75, [1989] D.T.C.C. n° 29 (QL).

initialement la proposition du directeur avec égards et tient d'emblée pour acquis que le projet d'ordonnance par consentement permettra, dans les faits, d'atteindre l'objectif poursuivi¹², la preuve voulant que le POC ne soit pas adéquat proviendra d'une façon ou d'une autre des intervenants. En effet, une fois que le directeur a présenté une preuve *prima facie*, les intervenants signalent les lacunes du projet.

Les parties attirent notre attention sur deux caractéristiques d'une demande d'ordonnance par consentement dans une affaire d'abus de position dominante qui, selon elles, distinguent celle-ci d'une demande d'ordonnance par consentement dans une affaire de fusionnement. L'avocat du directeur fait valoir que, contrairement à ce qui se produit dans le contexte d'un fusionnement, le POC ne sanctionne aucun comportement visé par la Loi qui a un effet anticoncurrentiel reconnu. Les deux parties ont mis en relief la portée du paragraphe 79(3) de la Loi.

Le premier argument est quelque peu embêtant vu la demande dont nous sommes saisis. Il ne fait aucun doute qu'une affaire d'abus de position dominante diffère fondamentalement d'une affaire de fusionnement. Dans une procédure par consentement relative à un fusionnement, la nature et l'importance du fusionnement comme tel constituent un fait. Le directeur énonce les effets du fusionnement qu'il juge anticoncurrentiels (qui, ensemble, emportent la diminution sensible de la concurrence dans le marché en cause) et propose un projet d'ordonnance par consentement afin de remédier convenablement aux effets néfastes de façon que toute diminution de la concurrence qui subsiste ne soit pas « sensible ». Dans une affaire d'abus de position

¹² *Directeur des enquêtes et recherches c. La Compagnie Pétrolière Impériale Limitée* (26 janvier 1990), CT 8903/390, Motifs et décision à la p. 18, [1990] D.T.C.C. n° 1 (QL) (Trib. conc.).

dominante, rien n'est établi d'emblée. Dans sa demande, le directeur doit énoncer des agissements précis qui, selon lui, sont anticoncurrentiels, et la définition du marché pertinent fait partie intégrante de sa démarche.

Il ne serait pas surprenant qu'un projet d'ordonnance par consentement, dans une affaire d'abus de position dominante, vise tous les agissements anticoncurrentiels énoncés dans la demande, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Les activités de celles des défenderesses qui contrôlent le réseau Plus sont assimilées, dans l'EMFS, à une pratique d'agissements anticoncurrentiels, mais le POC ne cherche pas à remédier à ces pratiques pour le motif que si le problème inhérent à Interac est résolu, les restrictions afférentes au réseau Plus cesseront d'avoir un effet sensible. Nous ne voyons aucune raison de contester cette manière de traiter la question. Interdire certains des agissements anticoncurrentiels ou prendre quelque autre mesure peut faire en sorte qu'il n'y ait plus de diminution sensible même si certains autres agissements jugés anticoncurrentiels subsistent.

Quoi qu'il en soit, l'avocat du directeur ne fait pas état, relativement à l'application du critère d'approbation par le Tribunal, de conséquences susceptibles de découler du fait que le POC ne sanctionnerait pas tout comportement anticoncurrentiel qui subsisterait. Par conséquent, nous ne pouvons faire davantage que reconnaître qu'il y a certes des différences entre les affaires de fusionnement et celles d'abus de position dominante. Toutefois, dans les deux cas, le Tribunal met généralement l'accent sur la diminution sensible de la concurrence et sur la question de savoir s'il y a été remédié.

Le directeur soutient que l'objectif du législateur, au paragraphe 79(3), est « au coeur » de la mesure de redressement recherchée en l'espèce. Voici le libellé de cette disposition :

Lorsque le Tribunal rend une ordonnance en application du paragraphe (2) [une ordonnance qui s'ajoute ou se substitue à une ordonnance d'interdiction visée au paragraphe (1), qui enjoint aux intéressés de prendre les mesures jugées raisonnables et nécessaires dans le but d'enrayer les effets de la pratique d'agissements anticoncurrentiels sur le marché], il le fait aux conditions qui, à son avis, ne porteront atteinte aux droits de la personne visée par cette ordonnance ou à ceux des autres personnes touchées par cette ordonnance que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de l'ordonnance.

Nous convenons que le premier objectif du Tribunal est de rétablir la concurrence ou, en d'autres termes, de faire cesser la diminution sensible de la concurrence. S'il existe plusieurs avenues pour atteindre cet objectif, le Tribunal doit retenir celle qui est la moins gênante. Le fait que, à l'issue de négociations, les défenderesses en aient accepté le libellé actuel indique que le POC empiète le moins possible sur leurs droits. Il n'est donc pas nécessaire que le Tribunal se penche davantage sur la question de savoir si le POC n'irait pas au-delà de ce qui est nécessaire. Il faut plutôt se demander s'il permet d'atteindre le premier et principal objectif qui consiste à faire cesser la diminution sensible de la concurrence. Les défenderesses ont semblé prétendre que les intervenants qui s'opposent au POC ont le « fardeau » supplémentaire d'établir qu'il est *à la fois* nécessaire *et* raisonnable de modifier le POC pour que le Tribunal puisse rejeter celui-ci. Nous sommes d'avis que, si le POC ne satisfait pas au critère qui consiste à remédier à la diminution sensible, il ne devrait pas être accepté. Les intervenants n'ont aucun fardeau « supplémentaire » aux termes du paragraphe 79(3), lequel ne s'applique que lorsque le Tribunal élabore une mesure de redressement, ce qu'il n'a pas le pouvoir de faire dans le cadre d'une

demande d'ordonnance par consentement. Les défenderesses font valoir que le POC ne peut être évalué en fonction de solutions que le directeur ne pouvait y demander. Il s'agit d'un élément pertinent, mais qui touche la portée de la demande et la diminution sensible de la concurrence s'y rattachant, ce dont il est question ci-après.

Dans son argumentation, l'avocat du directeur cite le jugement de la *United States District of Columbia Circuit Court of Appeals* qui a renversé la décision de la cour de district refusant d'entériner un jugement par consentement dans l'affaire *United states v. Microsoft Corp.*¹³ Microsoft ayant soutenu que l'énonciation, par le gouvernement, des questions à trancher dans une procédure par consentement était totalement à l'abri d'un contrôle judiciaire et que le rôle du tribunal, dans l'examen d'un jugement par consentement, était très limité, notamment en raison de la répartition des compétences, nous ne pouvons appliquer cette décision¹⁴.

Il existe des différences importantes, sur les plans constitutionnel et législatif, entre nos régimes respectifs.

À notre avis, il est loisible à un tiers qui participe à une procédure par consentement devant le Tribunal de contester la formulation, par le directeur, d'une allégation d'abus de position dominante, dans le cadre d'une demande d'ordonnance par consentement, pour le motif

¹³ (1995), 56 F. 3d 1448.

¹⁴ Par exemple, la cour d'appel dit, *ibid.* à la page 1462, que [TRADUCTION] « lorsque l'État et un défendeur putatif soumettent un projet de jugement par consentement à l'examen d'une cour de district en application de la *Tunney Act*, le tribunal peut et doit s'attarder ... à l'objet, au sens et à l'efficacité du jugement ... Et, évidemment, si des tiers prétendent que le jugement leur infligerait un préjudice réel, un juge de district peut fort bien hésiter avant d'arriver à la conclusion que le jugement est adéquat. Toutefois, lorsqu'il est reproché à l'État de ne pas prendre une mesure suffisante, un juge de district doit veiller à ne pas outrepasser ses attributions constitutionnelles. Même lorsqu'il intervient dans le cadre d'un règlement préalable au procès, le jugement constitue une mesure judiciaire, en sorte que le juge de district n'est pas tenu de l'accepter si, de prime abord et même après des explications de la part de l'État, il semble bafouer le pouvoir judiciaire. Hormis ce cas, la *Tunney Act* ne peut être interprétée comme autorisant un juge de district à usurper la fonction de procureur général ».

que, par exemple, le directeur a défini de manière artificielle ou simplement erronée les marchés pertinents, a omis à tort certaines pratiques dans la liste des agissements anticoncurrentiels et, par conséquent, n'a pas fait état exhaustivement de la diminution sensible de la concurrence reprochée. Évidemment, comme le Tribunal présume initialement que le directeur agit dans l'intérêt public, seule une preuve convaincante peut réformer son jugement en ce sens.

V. DESCRIPTION DU POC

Aux termes du POC, les défenderesses sont tenues de faire en sorte que certaines modifications soient apportées à l'acte d'association et au règlement de l'Association Interac, de même qu'au règlement et à la convention des actionnaires d'Interac Inc. Les modifications proposées peuvent être regroupées en quatre rubriques correspondant aux objectifs que le POC permettra d'atteindre selon le directeur.

A. ACC S AU RÉSEAU

Le directeur prétend que les alinéas 3a) à e), r), s) et t), de même que les alinéas 4c) et e) du POC auront pour effet de rendre le réseau Interac largement accessible à toute entité commerciale qui est en mesure de fournir un service partagé ou d'en faciliter la fourniture¹⁵. Cela rend possible, fait-on valoir, l'admission de nouveaux membres qui peuvent se brancher directement ou indirectement et qui peuvent agir en tant qu'acquéreurs ou émetteurs. Le directeur

¹⁵ L'alinéa 4c) supprime un obstacle à l'admission en tant que membre principal, à savoir l'exigence de rendre les actions d'Interac Inc. en contrepartie d'un dollar advenant la perte de la qualité de membre principal. Il s'agit d'une disposition mineure qu'il n'y a pas lieu d'analyser plus avant.

prévoit un accroissement important du nombre d'entités directement ou indirectement branchées et il s'attend à ce que l'amélioration qui en résultera quant à la diversité des intérêts chez les membres, de pair avec les autres mesures prévues dans le POC, débouche sur un éventail plus étendu de services partagés offerts sur le marché de détail.

La plupart des mesures énumérées (sauf celle correspondant à l'alinéa 3t)) visent les restrictions actuelles afférentes à l'adhésion à Interac ou à l'accès *direct* à ce réseau. Le règlement d'Interac prévoit des critères stricts d'adhésion à titre de membre principal, de sorte que, dans les faits, seules les neuf défenderesses sont devenues des membres principaux. Un membre principal doit être membre adhérent de l'ACP; il doit à *la fois* être un émetteur et être doté de GAB, investir une somme égale à celle investie par chacun des autres membres dans le développement de la partie commune d'un service partagé et participer en tant qu'entité directement branchée à tous les services partagés indépendamment de sa taille et de l'utilisation qu'il prévoit faire d'un service partagé en particulier. Le membre principal doit également être actionnaire d'Interac Inc. (ce qui lui coûte de 15 à 20 millions de dollars environ) et, s'il perd la qualité de membre principal, il est tenu de rendre ses actions d'Interac Inc. en contrepartie de un dollar.

Le règlement confère aussi d'importants avantages au petit groupe d'IF, les défenderesses, qui sont des membres principaux. En effet, seul un membre principal peut être une entité directement branchée et voter relativement à toute question importante touchant les services partagés d'Interac. Les autres IF doivent se brancher aux services partagés à titre de membres affiliés, par l'entremise d'un membre principal, dans la plupart des cas à un coût supérieur à celui

supporté par un membre principal, et ce, sans avoir voix au chapitre, ou presque, en ce qui concerne les activités d'Interac. Selon le directeur, le coût supérieur exigé des membres affiliés les défavorise sur le plan de la concurrence par rapport aux membres principaux.

Le groupe des membres affiliés fait également l'objet de restrictions. Le règlement prévoit que le membre affilié doit être une IF et un émetteur. L'entité autre qu'une IF ne peut se brancher aux services partagés d'Interac, et aucun membre ne peut se brancher à la seule fin d'acquérir des opérations.

L'alinéa 3a) du POC prévoit que l'exigence selon laquelle un membre d'Interac doit être membre de l'APC est supprimée et remplacée par une disposition voulant que toute entité commerciale puisse devenir membre d'Interac, mais que la qualité d'émetteur au sein d'Interac peut demeurer réservée aux IF. Cette mesure fera en sorte que toute entité commerciale pourra devenir membre d'Interac dans le but d'acquérir des opérations, mais non afin d'émettre des cartes.

Par ailleurs, le POC dispose que tout membre peut devenir une entité directement branchée (alinéa 3d)) et que les membres ne sont pas tenus d'être à la fois émetteurs *et* acquéreurs (alinéa 3e)). Ainsi, l'IF qui désire participer à Interac en tant qu'émetteur seulement n'est plus confinée au branchement indirect, et les entités autres que des IF sont admises à participer en tant qu'acquéreurs seulement et peuvent se brancher directement, alors que toute participation leur était auparavant interdite. Le conseil d'administration peut cependant établir

des critères et des règles raisonnables relativement au branchement direct et à la participation d'un membre (alinéas 3b) et c)). Des dispositions connexes font en sorte qu'une éventuelle entité directement branchée puisse obtenir les renseignements et les précisions nécessaires afin de déterminer si elle peut se brancher directement et pour obtenir ce branchement le cas échéant (alinéas 3r) et s)). De façon incidente, l'alinéa 4e) garantit que tout membre qui participe à un service partagé utilisant la marque de commerce Interac obtienne sans frais d'Interac Inc. une licence raisonnable d'emploi de la marque de commerce.

L'alinéa 3t) du POC traite de l'accès *indirect* à Interac ou de l'accès par un non-membre. Le règlement actuel interdit aux membres d'Interac d'avoir recours aux services de RN ou de PDI en liaison avec un compte qui n'est pas un compte « admissible » d'un membre. Plus particulièrement, il leur est interdit d'offrir les services en liaison avec des comptes « à solde nul, de passage ou balayeurs ». Le texte intégral de l'alinéa 3t) vaut la peine d'être cité en entier :

la disposition du règlement qui porte qu'un [TRADUCTION] « compte ne constitue pas un compte admissible s'il permet, par l'intermédiaire de comptes dits de 'passage', 'balayeurs' et 'à solde nul', ou autrement, d'accéder à des comptes ou à du crédit auprès de personnes qui ne sont pas membres de l'association » est révoquée. Interac ne prévoit, pour l'accès aux services, aucune restriction ou condition fondée sur les arrangements conclus entre une institution financière membre et ses clients à l'égard du traitement des comptes à vue.

Les comptes « balayeurs », « à solde nul » et « de passage » ne sont l'objet d'aucune description détaillée dans le cadre des présentes, que ce soit dans le POC, dans les documents connexes ou dans les éléments de preuve. En règle générale, il s'agit d'un mécanisme grâce auquel des fonds détenus par une entité autre qu'une IF, comme une maison de courtage, sont accessibles par le client de l'entité autre qu'une IF au moyen d'Interac, par l'entremise d'une IF avec laquelle l'entité

autre qu'une IF a conclu un accord en tant que point d'accès¹⁶. En supprimant l'interdiction qui frappe ces comptes et en ordonnant à Interac de ne pas s'immiscer dans de tels arrangements entre des IF membres et leurs clients, le POC permet aux IF membres et aux entités autres que des IF de concevoir des arrangements qui confèrent à l'entité autre qu'une IF un accès indirect à Interac, suivant les modalités dont les intéressées conviennent.

Les propos du directeur concernant cette disposition, dans l'EROC, sont également importants. Voici ce qu'il dit au paragraphe 14 de ce document :

¹⁶ L'expression « comptes balayeurs » renvoie ci-après à de tels accords.

[TRADUCTION]

Tandis que l'alinéa 3a) permet au règlement d'Interac de continuer à interdire aux entités commerciales qui ne sont pas des institutions financières de devenir des émetteurs, la mesure correctrice 3t) offre à ces entités un accès indirect à Interac, en éliminant les restrictions quant à la capacité du titulaire de carte d'accéder à des comptes « de passage », « balayeurs » ou « à solde nul ». Le directeur reconnaît que, même si certaines entités commerciales ne satisferont pas aux critères établis pour le statut d'émetteurs, l'élimination de restrictions à l'égard des comptes admissibles facilitera l'accès indirect au système pour les non-membres.

B. DIRECTION

Les alinéas 3f) à l) et l'alinéa 4a) du POC porte sur la représentation au conseil d'administration de l'Association Interac et sur la prise de décision par celui-ci. Selon le directeur, ces mesures visent à faire en sorte que le pouvoir décisionnel en matière de services partagés passent des membres principaux au conseil d'administration et à garantir à chacun des membres une « représentation raisonnable » dans la prise de décision. Il fait valoir que la représentation accrue des membres, jumelée à une plus grande diversité d'intérêts chez les nouveaux membres, aura pour effet de créer un environnement plus concurrentiel au sein d'Interac, ce qui favorisera l'innovation dans les services offerts par le réseau.

Suivant l'alinéa 3g), le conseil d'administration est l'unique responsable de toutes les décisions se rapportant à l'administration et à l'exploitation des services partagés. L'alinéa 4a) exige d'Interac Inc., qui est propriétaire du logiciel RI utilisé pour fournir les services partagés, qu'elle fonctionne comme un organisme sans but lucratif aux fins de l'administration du RI pour le compte d'Interac, empêchant ainsi les membres principaux d'abuser du contrôle qu'ils exercent sur le RI.

L'alinéa 3l) prévoit que chacun des administrateurs a droit à une voix et que les décisions concernant l'amélioration des services partagés, les nouveaux services partagés et les frais d'échange sont prises à la majorité simple des voix. Le conseil d'administration peut déterminer la majorité requise (jusqu'à concurrence des deux tiers des voix) à l'égard de toute autre question, sauf une « modification fondamentale »¹⁷, laquelle doit toujours être approuvée par les deux tiers des voix. Le directeur prétend que soustraire les nouveaux services et l'amélioration des services existants à l'obligation actuelle d'obtenir l'approbation des deux tiers des voix permettra la reconnaissance des intérêts des nouveaux membres malgré le volume d'opérations initialement beaucoup plus considérable des anciens membres principaux et, partant, le pouvoir de ceux-ci au sein du conseil d'administration.

Par ailleurs, les alinéas 3f) à k) portent sur la composition du conseil d'administration. Trois catégories de membres d'Interac sont créées : (1) les IF directement branchées (« IFDB »), (2) les entités autres que des institutions financières directement branchées (« EAIFDB ») et (3) les entités indirectement branchées à un service partagé (« EIBSP »), qu'il s'agisse ou non d'une IF. Sauf pendant la période de transition où il pourrait ne pas y avoir suffisamment de nouveaux membres EAIFDB ou EIBSP, le conseil d'administration comptera au moins 14 administrateurs, dont un maximum de neuf seront nommés par les IFDB, un minimum de deux seront nommés par les EAIFDB et un total de trois seront nommés par les EIBSP.

¹⁷ Il s'agit d'une décision du conseil d'administration se rapportant à la sécurité, aux normes minimales d'exécution, à l'emploi des marques de commerce, à la structure d'Interac et aux critères d'adhésion, à la composition du conseil d'administration et aux règles afférentes au scrutin, ainsi qu'aux droits et frais (sauf les frais d'échange).

Au sein d'une catégorie, le membre ayant le volume le plus important de messages annuels est assuré d'un siège au conseil d'administration, mais un membre ne peut désigner qu'un seul représentant. Dans la mesure où il y a au moins deux EAIFDB et trois EIBSP, ces catégories y sont assurées de deux et de trois sièges respectivement; si l'une ou l'autre des catégories compte moins de membres, le nombre de sièges assurés est réduit en conséquence. Les IFDB et les EAIFDB sont considérées comme une seule et même catégorie aux fins de la nomination de membres au conseil d'administration, sauf pour ce qui concerne les deux sièges réservés aux EAIFDB au conseil d'administration. En conséquence, il est possible que les EAIFDB nomment plus que deux membres au conseil d'administration si l'une d'entre elles a un volume de messages qui la hisse parmi les neuf principales entités directement branchées. Les entités indirectement branchées n'ont droit qu'à trois sièges au conseil d'administration, quel que soit leur rang en ce qui a trait au volume de messages transmis par rapport à l'ensemble des membres. Le directeur soutient que ces dispositions favorisent l'équilibre et la diversité de la représentation au conseil d'administration.

C. NOUVEAUX SERVICES

Le directeur fait valoir que les alinéas 3h), 4b), 4f), 4g) et 4h) du POC favorisent en outre la mise sur pied de nouveaux services financiers électroniques. À l'heure actuelle, le règlement doit être modifié pour qu'un nouveau service puisse être offert sur le réseau Interac, que ce nouveau service implique la participation de tous les membres (un service partagé) ou d'un sous-

groupe composé de deux membres ou plus (un service bilatéral/multilatéral). Par conséquent, les membres principaux, en tant que groupe, décident des nouveaux services qui sont offerts.

Pour stimuler l'offre de nouveaux services, l'alinéa 4b) exige qu'Interac Inc. accorde une licence d'exploitation de logiciel raisonnable sur le plan commercial autorisant les membres à utiliser le RI pour se brancher directement à un service et autorisant les entités directement branchées à brancher indirectement d'autres membres au service. La prestation de nouveaux services n'est toutefois pas laissée à l'entière discrétion des membres individuels. Les alinéas 4f), g) et h) du POC établissent une procédure de demande d'approbation d'un nouveau service, qu'il s'agisse d'un service partagé ou bilatéral/multilatéral. Le membre qui souhaite offrir un nouveau service doit convaincre la haute direction d'Interac Inc. que le service projeté exige, pour sa viabilité commerciale, un accès réseauté en direct aux comptes des IF membres, qu'il ne constitue pas un service partagé déjà offert par Interac et que son ajout n'aura pas d'effet nuisible sur le fonctionnement technique du RI ou des services actuels utilisant celui-ci. Le conseil d'administration d'Interac Inc. (les membres principaux) ne peut renverser la décision de la haute direction que si cette dernière n'a pas bien étudié la demande présentée par le promoteur du service et ne peut que lui renvoyer la décision. La décision finale de la haute direction peut être soumise à l'arbitrage. Le fournisseur d'un nouveau service, lorsque celui-ci est approuvé, doit devenir membre d'Interac et payer la totalité des frais afférents à l'adaptation du RI qui est nécessaire à l'offre du nouveau service.

Les membres principaux conservent un certain contrôle sur l'exploitation d'un nouveau service partagé grâce à leur représentation importante au conseil d'administration de l'Association Interac. En ce qui a trait à un service bilatéral/multilatéral, l'alinéa 3h) énonce que ce sont les membres qui participent à un tel service qui prennent toutes les décisions relatives à son exploitation, et non le conseil d'administration, sous réserve uniquement des règles raisonnables établies par ce dernier pour assurer la sécurité et le bon fonctionnement technique.

D. DROITS ET ÉTABLISSEMENT DES PRIX

Le directeur soutient que les alinéas 3m), n), o), p) et q), de même que l'alinéa 4d) du POC auront pour effet de supprimer toute restriction visant l'établissement de prix concurrentiels au sein d'Interac.

L'alinéa 3m) empêche Interac d'établir et de répartir entre les membres principaux les droits d'accès exigés des nouveaux membres. Interac peut toutefois recouvrer les frais directs et prouvables liés à l'adhésion d'un nouveau membre. Les alinéas 3m) et n) font en sorte que les revenus d'Interac proviennent en totalité des « frais de commutation » exigés des utilisateurs du RI pour chaque message transmis. Les frais de commutation sont fondés sur la somme des frais engagés par Interac pour fournir le service et mettre au point le RI, déduction faite des « droits d'accès » déjà perçus¹⁸.

¹⁸ Paragraphe 1 du POC.

Les « droits d'accès » correspondent aux frais exigés d'un nouveau membre affilié en application du règlement actuel pour l'accès au service de RN ou au service de PDI. Les droits s'établissent actuellement à 7,50 \$ par carte devant être émise au cours des trois premières années, compte tenu d'un minimum de 100 000 \$, pour chacun des services. Une amende est infligée lorsque le nombre de cartes émises est supérieur au nombre initialement prévu. Le directeur soutient qu'exiger des droits d'accès minimums équivaut à exercer une discrimination envers les IF qui ont un petit nombre de cartes en circulation et qui pourraient vouloir devenir membres d'Interac. De même, les droits perçus pour chacune des cartes découragent l'adhésion des IF susceptibles d'émettre un grand nombre de cartes, en raison de leur montant prohibitif et de l'amende qui peut être infligée advenant que le nombre de cartes émises soit supérieur à celui prévu.

Les droits d'accès exigibles d'un nouveau membre affilié sont en partie partagés entre les membres principaux même si le nouveau membre se branche grâce à un commutateur mis au point, possédé et exploité par un seul membre principal. Le directeur fait valoir que la disposition qui prévoit ce partage n'incite pas les membres principaux actuels à recruter de nouveaux membres affiliés concurrents.

À l'heure actuelle, les membres principaux établissent collectivement les « frais d'échange » exigibles à l'égard de chacun des services de RN et de PDI et interdisent à tout membre de percevoir des « frais supplémentaires » lors de l'utilisation d'une carte émise par un autre membre à un de ses GAB ou de ses terminaux PDV. Les frais d'échange sont les frais que

verse l'émetteur de la carte à l'acquéreur pour chacune des opérations. Ils s'établissent actuellement à 0,75 \$ par opération de RN et à 0,00 \$ par opération de PDI. Le directeur allègue que la perception de frais d'échange et l'interdiction d'exiger des frais supplémentaires ont eu pour effet, ensemble, de diminuer la concurrence entre les membres pour ce qui concerne la mise en place de terminaux et la fourniture de SFEP aux consommateurs.

Les alinéas 3o), p) et q), ainsi que l'alinéa 4d) suppriment l'interdiction des frais supplémentaires, exigent d'Interac Inc. qu'elle fasse en sorte que le RI puisse permettre l'établissement individuel de prix au terminal et empêchent les membres d'exercer une discrimination dans l'établissement des prix vis-à-vis des titulaires de cartes émises par certains autres membres.

VI. PORTÉE DE LA DEMANDE

Nous avons déjà déterminé que le critère applicable en matière d'approbation est que le POC soit susceptible de remédier à la diminution sensible de la concurrence qui est présumée découler des agissements anticoncurrentiels allégués par le directeur. En l'espèce, toutefois, en raison des contraintes liées à l'ACP et à ses règles, et vu les considérations d'ordre politique afférentes, il importe également de trancher la question de savoir si l'efficacité du POC doit être évaluée en fonction de la portée de ces contraintes ou indépendamment de celles-ci. Pour simplifier, disons que nous ne saurions être d'accord avec le directeur s'il laissait entendre que le

POC est adéquat indépendamment de ces contraintes. Si, par contre, il laisse entendre qu'il a agi adéquatement compte tenu de ces contraintes, nous pouvons convenir que tel est le cas.

Dès le tout début, nous avons éprouvé certaines difficultés à cerner la position du directeur à cet égard, ce qui est très ennuyeux. Il incombe au directeur de veiller à ce que le Tribunal comprenne parfaitement la nature de la demande et le point de vue qu'il défend. Il est le fonctionnaire de l'État chargé de l'administration de la Loi. Dans une demande d'ordonnance par consentement, tout particulièrement, le Tribunal est invité à s'en remettre au jugement du directeur. Il compte donc beaucoup sur le caractère direct et exhaustif de la demande d'ordonnance par consentement formulée par le directeur et son avocat.

Le directeur a amplement l'occasion de préciser l'objet de sa demande et sa position, que ce soit lors du dépôt de la documentation écrite conformément aux *Règles du Tribunal de la concurrence*¹⁹ ou durant l'étape des commentaires du public jusqu'à la tenue de l'audience, le cas échéant. Dans la présente affaire, nous sommes d'avis que la question fondamentale de la portée de la demande, en ce qui a trait au rôle de l'ACP et à la position du directeur concernant cette question cruciale aurait pu et aurait dû être rendue parfaitement claire, et ce, dès le dépôt de l'avis de demande et des documents à l'appui. Tel n'a pas été le cas. L'ACP ne fait l'objet que de remarques incidentes dans les documents produits. Dans l'énumération des autres mesures de redressement envisagées, au paragraphe 32 de l'EROC, le directeur ne mentionne que la possibilité [TRADUCTION] «d'intenter des procédures visant des restructurations, notamment un

¹⁹ DORS/94-290.

projet de partage du réseau Interac en réseaux concurrents ». Il n'est aucunement fait mention de la possibilité de contraindre Interac à effectuer la compensation et le règlement sans recourir à l'ACP. Ce n'est que pendant l'audience qu'il est apparu clairement qu'il s'agissait d'une possibilité qui, si elle était retenue, permettrait aux activités d'Interac d'échapper à l'application des règles de l'ACP.

Même si la plupart des questions pertinentes ont finalement été examinées d'une façon ou d'une autre au cours de l'argumentation finale, la présentation s'est caractérisée par l'absence de fil conducteur et un manque d'exhaustivité qui nous ont gênés et nous gênent toujours. Le Tribunal ne devrait pas avoir, relativement à une demande d'ordonnance par consentement, à élaborer une analyse cohérente à partir de déclarations faites ici et là par l'avocat du directeur pendant la plaidoirie. En fin de compte, nous avons résolu d'attribuer au directeur la seule position qui, selon nous, est susceptible de mener à l'approbation du POC.

Partant, nous arrivons à la conclusion que la position du directeur est qu'il existe dans ce secteur des contraintes d'ordre réglementaire et politique, à la fois importantes et omniprésentes, qui revêtent une pertinence particulière pour ce qui est de la question qui intéresse au plus haut point les intervenants, soit l'accès à Interac. Selon le directeur, ces contraintes limitent dans les faits sa capacité d'agir et, par conséquent, la portée des mesures de redressement qui *auraient pu* être présentées au Tribunal.

Les contraintes qui sont en cause sont liées à l'existence et au fonctionnement de l'ACP.

Le directeur a choisi d'élaborer une mesure de redressement en fonction des paramètres actuels de la compensation et du règlement, en sorte qu'il propose une mesure de redressement qui tient compte de certaines contraintes découlant de l'incidence possible sur le contrôle du système des paiements par l'ACP. Nous insistons sur le fait que si l'ACP restreint la portée de la demande, ce n'est pas simplement en raison de l'application de la loi. En déterminant l'angle sous lequel aborder les questions en litige aux fins de la présente demande, le directeur a pris deux décisions cruciales interdépendantes.

Premièrement, le directeur a décidé de ne pas ajouter à la liste des agissements anticoncurrentiels reprochés le recours continu, par Interac, au mécanisme de compensation et de règlement de l'ACP. Deuxièmement, il a conclu que l'interdiction faite par Interac aux entités autres que des IF d'émettre directement des cartes et toute tentative de modifier cette interdiction soulèverait la question de l'opportunité d'autoriser des entités autres que des IF à permettre à leurs clients de virer des fonds détenus par elles directement à des tiers. Il arrive par ailleurs à la conclusion que l'ACP a le pouvoir d'établir des règles dans ce secteur d'activités et qu'il lui appartient de déterminer si ces règles ont pour effet de restreindre l'émission directe ou, [TRADUCTION] « ce qui revient au même, tout arrangement entre une IF et une entité autre qu'une IF qui, selon l'ACP, a une incidence sur l'intégrité de son système »²⁰. Le directeur qualifie la suppression de l'interdiction des comptes balayeurs par Interac, que prévoit le POC, de substitut à l'émission directe et il conclut que l'adaptation à cette mesure de redressement est également du

²⁰ Plaidoirie de l'avocat du directeur, transcription, vol. 10 à la p. 1767 (25 avril 1996).

ressort de l'ACP, s'agissant d'une question qui relève dûment de sa mission, en sorte qu'elle ne relève pas du directeur, du Tribunal et de la Loi.

Dans sa sagesse, le législateur a mis sur pied l'ACP afin :

d'établir et de mettre en oeuvre un système national de compensation et de règlement et de planifier le développement du système national de paiement²¹.

Dans le cadre de cette mission particulière, l'ACP est investie de larges pouvoirs. C'est elle qui détermine ce qu'est un « instrument de paiement admissible », un instrument qui peut être intégré au système de paiement. Plus particulièrement, le conseil d'administration de l'ACP peut, moyennant l'approbation du gouverneur en conseil, prendre des règlements administratifs portant notamment sur les accords de compensation, les paiements et les questions connexes. Sous réserve des règlements administratifs, le conseil peut établir les règles qu'il juge nécessaires en matière d'accord de compensation et de règlement des instruments de paiement. Les membres de l'ACP peuvent présenter des instruments de paiement et doivent en accepter et en prévoir le règlement conformément aux règles et aux règlements administratifs²².

L'instrument qui n'est pas admissible ne peut faire l'objet d'une compensation et d'un règlement grâce au système de l'ACP, ce qui met en cause deux des mesures de redressement proposées dans le POC, soit l'adhésion au réseau Interac d'entités autres que des IF à titre d'acquéreurs seulement et la suppression de l'interdiction qui frappe les comptes balayeurs et les

²¹ *Loi sur l'Association canadienne des paiements*, L.R.C. 1985, c. C-21, art. 5.

²² *Ibid.* aux art. 18d), 18e), 19 et 29.

autres arrangements qui confèrent aux entités autres que des IF un accès indirect à Interac au lieu d'un accès direct en tant qu'émetteurs de cartes. Dans le cas de la première mesure, même s'il semble que les règles de l'ACP devront s'ajuster pour permettre aux acquéreurs qui ne sont pas des IF d'adhérer à Interac, le directeur général, Robert Hammond, affirme que l'ACP ne nourrit aucune inquiétude importante face à une telle éventualité. Il explique que les règles ont été établies dans un contexte particulier et que l'ACP les examine en vue d'une modification. Dans le deuxième cas, l'ACP a bien certaines inquiétudes, mais le seul élément de preuve dont le Tribunal est saisi concernant sa position est de nature préliminaire²³. Une bonne partie de la preuve et de l'argumentation qui nous ont été présentées porte essentiellement sur les mesures que l'ACP pourrait prendre et les effets qui pourraient en découler.

L'adhésion à l'ACP est limitée par une loi²⁴. Selon l'expert en droit des parties, Bradley Crawford, seules les institutions financières de dépôt qui fournissent des services de paiement aux Canadiens sont admissibles à titre de membres. L'adhésion est facultative, sauf pour les banques et la Banque du Canada. M. Crawford ajoute qu'il [TRADUCTION] « importe que le statut de membre ne soit accordé qu'aux institutions financières dont la solvabilité et la réputation sont établies afin de préserver la confiance du public dans le système de paiement²⁵ ». Nul ne conteste devant nous que, même s'ils étaient des émetteurs Interac, les intervenants ne rempliraient pas les conditions d'utilisation du système de règlement et de compensation de l'ACP. Comme le dit M. Crawford :

²³ De plus amples détails sur les éléments connus de la position de l'ACP sont donnés plus loin dans les présents motifs.

²⁴ *Supra* note 21 à l'art. 30.

²⁵ *Supra* note 10 au para. 9.

[TRADUCTION]

aucun des intervenants n'est en mesure de satisfaire à ces exigences, et ce, pour un certain nombre de raisons, qui découlent toutes de dispositions législatives étroitement liées entre elles qui restreignent et réglementent la participation au système canadien de paiement :

- a) aucun des intervenants n'est autorisé à recevoir des dépôts du public, de sorte que,
- b) aucun des intervenants n'est admissible à titre de membre de la Société d'assurance-dépôts du Canada (« SADC ») ou d'un autre organisme ou programme d'assurance-dépôts reconnu, de sorte que,
- c) aucun des intervenants n'est admissible à titre de membre de l'ACP, de sorte que,
- d) aucun des intervenants n'est admis à recourir au SCRA ou à d'autres services de l'ACP pour compenser et régler ses obligations de paiements vis-à-vis des membres de cette association²⁶.

Le conseil d'administration de l'ACP se compose de 11 membres, dont cinq sont choisis par les banques, deux par les sociétés de fiducie et de prêt, deux par les centrales de caisses de crédit, un par les autres institutions de dépôt et un par la Banque du Canada, qui occupe le poste de président. Chacun des membres a droit à une seule voix, mais lorsqu'une question est soulevée à une réunion du conseil ou du comité de direction (le président plus au moins deux autres administrateurs) quant à savoir si une règle proposée est conforme aux règlements administratifs, le président a voix prépondérante et sa décision est sans appel²⁷.

Il est devenu évident, lors de l'argumentation finale, que la décision initiale du directeur de permettre à Interac de continuer d'avoir recours au mécanisme de compensation et de règlement de l'ACP résultait d'un choix, et non de l'application implacable d'une loi ou d'un règlement. Dans son argumentation écrite, le directeur affirme qu'il n'y a aucun « lien direct »

²⁶ *Ibid.* au para. 15.

²⁷ *Supra* note 21 aux art. 8, 9, 10, 15, 19(2) et 20.

entre Interac et l'ACP, car [TRADUCTION] « c'est plutôt chacun des membres d'Interac qui participe à l'Association canadienne des paiements à des fins de règlement ». Il ajoute :

[TRADUCTION]
un autre mécanisme pourrait être utilisé pour la compensation et le règlement, pourvu qu'il soit acceptable et susceptible d'utilisation par les autres membres du réseau. Toutefois, à l'heure actuelle, le SCRA est le seul service de règlement auquel tous les membres participent. Si les membres d'Interac procèdent à la compensation et au règlement grâce au SCRA, ils doivent se conformer aux exigences de l'Association canadienne des paiements²⁸.

Il en ressort seulement que le directeur ne cherche pas à obliger les membres principaux d'Interac à créer un autre mécanisme de règlement auquel tous les membres d'Interac devraient avoir recours. Il n'y est pas dit que le directeur n'a jamais eu la possibilité de prendre une telle mesure²⁹.

Le directeur adopte également la position, du moins implicitement, que l'émission de cartes et les arrangements conférant un accès indirect sont des sujets liés à l'accès au système de paiement qui mettent en cause l'intégrité et la sécurité de ce système. Ce postulat n'a pas été contesté devant nous. Le directeur est d'avis que, le POC ayant été rédigé en fonction du système de l'ACP, ses modalités soulèvent des questions qui semblent ressortir clairement au mandat de l'ACP et qui échapperaient donc à la compétence du Tribunal.

Le choix du directeur de permettre à Interac de continuer d'effectuer la compensation et le règlement sous les auspices de l'ACP était-il approprié? Évidemment, pour contraindre les

²⁸ Argumentation écrite du directeur, para. 139 et 143.

²⁹ *Ibid.* au para. 144.

défenderesses à mettre sur pied un nouveau système, le directeur aurait dû engager une procédure qui aurait été contestée et dont l'issue n'aurait nullement été prévisible. Outre les frais et les délais inhérents à tout litige, le directeur aurait dû, en l'espèce, surmonter les obstacles créés par les questions de compétence et de politique sous-jacentes dont il faut tenir compte dans ce domaine. Le moyen de défense fondé sur l'activité réglementée aurait certainement été invoqué. Des questions de principe de plus grande portée, comme celles qui seront abordées lors de la prochaine révision générale des institutions financières, sont également en cause en raison de l'objet de la demande. Par contre, un règlement négocié permet d'obtenir des résultats favorables, bien que restreints, en consacrant moins de ressources. Choisir entre les deux options est un exercice délicat et, dans les circonstances de la présente espèce, nous ne pouvons conclure que le choix arrêté par le directeur était inadéquat.

Nous signalons, cependant, que l'un des arguments qui nous ont été présentés afin de justifier, sur la base du coût, le maintien d'Interac au sein de l'ACP, n'était pas convaincant. En plaidoirie, l'avocat du directeur est allé jusqu'à dire que la solution de rechange au recours à l'ACP aurait été d'obliger les défenderesses à faire partie d'un système de compensation et de règlement [TRADUCTION] « inefficace et coûteux pour elles »³⁰. Très peu d'éléments appuient cette assertion. Les parties ont produit le témoignage de M. Hammond selon lequel l'intégration des opérations Interac au système de l'ACP, même en tenant compte de la croissance rapide depuis 1986-1987 jusqu'à ce jour, n'a pas occasionné de frais d'investissement ou d'autres coûts supplémentaires à l'association. Aussi, M. Hammond confirme que si toutes les opérations

³⁰ Transcription, vol. 11 à la p. 2049 (26 avril 1996).

Interac étaient réglées grâce à un autre mécanisme, il n'en résulterait aucun effet important sur le budget de l'ACP, étant donné que le système devrait néanmoins demeurer en place. Même s'il ressort de ce témoignage que le coût marginal du traitement des opérations Interac par l'ACP est très bas, il ne s'ensuit pas automatiquement qu'un autre système serait inefficace et coûteux.

Un autre témoin des parties, Liam Carmody, qui a de l'expérience dans la mise au point de systèmes électroniques de compensation aux États-Unis, a été interrogé relativement à ce qu'il en coûterait à Interac pour mettre sur pied son propre système. Voici ce qu'il a répondu :

[TRADUCTION]

Vous pourriez en fait établir un système de compensation où les opérations Interac seraient inscrites à la main sur une feuille de grand livre. Des règlements ne sont effectués qu'entre neuf organisations. Chaque jour, le règlement intervient sur la base du solde net, de sorte que les sommes en cause ne sont pas si considérables³¹.

L'avocat du directeur signale qu'il y aurait vraisemblablement plus de neuf membres si la restriction frappant l'émission de cartes était supprimée. Il admet cependant ne pas connaître le coût de la mise sur pied d'un autre système, mais il avance que s'il est [TRADUCTION] « supérieur à zéro » et que les défenderesses doivent néanmoins faire partie de l'ACP, dont une partie de la capacité sera inutilisée, il en résultera une [TRADUCTION] « inefficience économique »³². Nous ne sommes pas d'accord. La question qu'il faut se poser n'est pas de savoir si les défenderesses se verraient imputer un coût supérieur à zéro, mais plutôt si la suppression des obstacles à la concurrence qui en résulterait, c'est-à-dire l'avantage pour le public, justifie l'imputation d'un coût quel qu'il soit. Une inefficience ne serait créée que si le coût n'était pas justifié.

³¹ Transcription, vol. 5 à la p. 857 (16 avril 1996).

³² Transcription, vol. 11 aux pp. 2051-52 (26 avril 1996).

Par ailleurs, il serait naïf de notre part de ne pas tenir compte du fait que les membres principaux d'Interac disposent des voix nécessaires pour nommer la majorité des membres du conseil d'administration de l'ACP, comme le fait remarquer le directeur au paragraphe 57 de l'EMFS. Il ne s'agit ni d'un tiers sans lien de dépendance ni d'un tiers neutre. Il est également établi que les défenderesses font « concurrence » à des entités comme les intervenants pour l'obtention des fonds des consommateurs. Lorsqu'elles ont décidé de procéder à la compensation et au règlement des opérations Interac sous les auspices de l'ACP et, par conséquent, d'assujettir le réseau aux restrictions de celle-ci, les défenderesses ont pu le faire pour différents motifs.

Même si ces faits ne peuvent être ignorés, le directeur, qui en avait connaissance, a choisi de ne pas assimiler à des agissements anticoncurrentiels le recours au système de l'ACP ou les agissements des défenderesses en tant que membres de celle-ci. Bien que nous ne croyions pas que les décisions prises par le directeur en ce sens soient à l'abri d'un contrôle judiciaire par le Tribunal, nous sommes d'avis qu'il faudrait des éléments plus convaincants pour conclure que le directeur a commis une erreur en n'assimilant pas le recours continu au mécanisme de compensation et de règlement de l'ACP (la source des restrictions frappant l'émission de cartes et les arrangements conférant un accès indirect) ou les agissements des défenderesses en tant que membres de cette association à des agissements anticoncurrentiels. Toute demande du directeur est considérée avec égards pour ce qui concerne la délimitation de sa portée; dans une demande d'ordonnance par consentement, ces égards constituent un obstacle difficile à surmonter. Les intervenants en l'espèce n'ont pas, dans les faits, contesté directement la portée de la demande, mais ils l'ont fait indirectement en adoptant, en fin de compte, le point de vue selon lequel le

POC est inadéquat parce qu'il ne permet pas l'émission de cartes, dans le réseau Interac, par une entité autre qu'une IF.

Essentiellement, la prétention du directeur semble être qu'il a établi le POC « comme il a pu selon les circonstances » relativement à l'accès à Interac et, partant, le Tribunal devrait approuver le POC même s'il est possible que certaines de ses dispositions n'aient aucun effet en raison de mesures prises légitimement dans le secteur réglementé. Nous croyons qu'il s'agit d'une interprétation raisonnable du point de vue que défend le directeur, compte tenu, entre autres, des déclarations suivantes que ce dernier a faites :

[TRADUCTION]

La suppression des obstacles à l'accès au marché des services de réseau électronique partagé ... permettra aux forces du marché d'agir aussi librement que le permet la réglementation actuelle (y compris la *Loi sur l'Association canadienne des paiements* advenant le maintien du recours au système de compensation de l'Association canadienne des paiements) ... et, de l'avis du directeur, le POC fera vraisemblablement cesser sur ces marchés la diminution sensible de la concurrence découlant de l'application du règlement actuel de l'Association Interac.

...

Le directeur fait valoir que le POC s'attaque adéquatement à la pratique d'agissements anticoncurrentiels des défenderesses sur les deux marchés pertinents. Bien qu'il ne puisse garantir l'efficacité du POC, le directeur estime qu'il ne peut y avoir de concurrence efficace sur les marchés pertinents sans qu'une ordonnance ne soit rendue conformément au POC afin de supprimer les obstacles à la concurrence créés par les membres principaux au sein d'Interac³³.

En d'autres termes, le POC doit être évalué en fonction des contraintes dont le directeur a tenu compte et le Tribunal ne saurait s'immiscer à moins qu'un élément de preuve irrésistible n'établisse que le directeur a indûment entravé l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire

³³ *Supra* note 28 aux para. 8 et 38.

d'agir ou a indûment limité la portée de la demande. Un tel élément de preuve ne nous a pas été présenté. Ainsi, en dernière analyse, le fait que le POC puisse se révéler inefficace du fait qu'un autre organisme, présumément aux fins de la réalisation légitime de ses objectifs, ne puisse s'y adapter, n'est pas pertinent aux fins de l'évaluation du POC par le Tribunal. C'est pourquoi nous avons écarté la suggestion faite par l'un des intervenants de rejeter la demande d'ordonnance par consentement pour le motif qu'elle serait prématurée. Attendre que l'ACP agisse de façon à pouvoir évaluer le POC n'est pas une solution pratique, car ni le directeur ni le Tribunal ne peuvent contraindre cet organisme à établir des règles qui régissent les comptes balayeurs. Le directeur aurait pu attendre indéfiniment et, dans l'intervalle, les autres avantages découlant du POC auraient été suspendus. Vu les circonstances de l'espèce, le Tribunal ne peut que se demander si, dans les faits, le directeur a exercé convenablement son pouvoir en soumettant le POC à notre approbation. Nous croyons que tel est le cas.

VII. ÉVALUATION DÉTAILLÉE DU POC : PREUVE ET ARGUMENTATION

Comme on la mentionné précédemment, une ordonnance sera rendue conformément au POC proposé par les parties. Comme il s'agit d'une affaire compliquée où des questions difficiles doivent être tranchées, nous nous estimons tenus de faire état, de façon relativement détaillée, de notre analyse des principaux arguments et éléments de preuve présentés concernant le POC. Nous avons fait de notre mieux pour évaluer le POC globalement, comme le souhaitaient les parties.

A. MARCHÉS PERTINENTS

L'ACCAP et Midland et les autres ont pressé le Tribunal de refuser de rendre une ordonnance conformément au libellé du POC parce que le seul moyen de remédier à la diminution sensible de la concurrence dénoncée par le directeur est de permettre aux intervenants d'émettre des cartes. Ces regroupements font valoir que le libellé du POC ne saurait permettre la réalisation de l'objectif inhérent à celui-ci, car il ne leur assure pas un accès véritable à Interac, les arrangements conférant un accès indirect, comme ceux relatifs à des comptes balayeurs, constituant un substitut inadéquat à l'émission de cartes.

Bien que ces intervenants n'aient pas aussi expressément contesté la définition du directeur en ce qui a trait aux marchés pertinents en l'espèce, pour le motif qu'elle serait erronée ou établie artificiellement, en particulier en ce qui concerne le marché des services de détail, ils l'ont fait de façon indirecte. Dans son argumentation, l'ACCAP signale que, même si les SFEP correspondent au marché défini dans la demande, il s'agit d'un [TRADUCTION] « sous-groupe » du [TRADUCTION] « marché des services financiers » et qu'on ne peut faire abstraction de ce contexte plus étendu³⁴. L'avocat ajoute que les banques et les assureurs exercent [TRADUCTION] « de toute évidence » une concurrence dans le secteur des services financiers. Il fait valoir par ailleurs que, dans la demande, la mention de l'accès au moyen de comptes balayeurs vise à faire en sorte que d'autres institutions aient davantage accès à Interac. Dans le même ordre d'idées, voici le début de l'argumentation présentée par Midland et les autres :

³⁴ Argumentation écrite de l'ACCAP, para. 20.

[TRADUCTION]

Si la demande présentée par le directeur en vue d'obtenir l'approbation du projet d'ordonnance par consentement (le « POC ») est accueillie, il en résultera qu'un secteur de l'industrie des services financiers (les institutions financières de dépôt) jouira d'un accès illimité aux services de réseau électronique partagé d'Interac, tandis que les autres institutions financières n'auront qu'un accès illusoire. Tous les fournisseurs de services financiers (institutions de dépôt, compagnies d'assurance, courtiers en valeurs mobilières et autres) se livrent à une concurrence pour la fourniture de produits et de services aux consommateurs canadiens. Tous les fournisseurs de services financiers doivent avoir un accès véritable à Interac pour être concurrentiels sur le marché de la fourniture de services financiers électroniques partagés³⁵.

Selon l'ACCAP et les quatre sociétés d'investissement, le refus d'Interac de leur accorder le statut d'émetteurs de cartes nuit à leur position concurrentielle vis-à-vis des institutions de dépôt en ce qui concerne les dépôts autres que des dépôts à vue, car leurs clients, contrairement à ceux des institutions de dépôt, n'ont aucun accès électronique à leurs fonds. L'avocat de l'ACCAP soutient même que l'accès au réseau Interac est « essentiel » afin que sa cliente puisse faire concurrence aux IF pour l'obtention de fonds.

Comme le signale l'avocat de l'ACCAP, il est vrai que certains énoncés des documents produits par le directeur appuient le point de vue des intervenants quant au contexte plus étendu de la demande. Par exemple, il est dit ce qui suit au paragraphe 54 de l'EMFS :

[TRADUCTION]

La demande de services financiers électroniques partagés s'est accrue considérablement au Canada pendant la période qui a suivi l'introduction du service de RN et, par la suite, du service de PDI. Pour faire face à la demande, il est donc devenu essentiel pour les institutions financières de se brancher aux services partagés Interac pour conserver leur clientèle et demeurer réellement concurrentielles sur les autres marchés de détail des services financiers. Aussi, *il devient de plus en plus nécessaire pour les autres institutions financières, les détaillants, les fournisseurs de services et les autres entreprises qui sont en concurrence avec les institutions financières sur le marché de détail des services financiers d'avoir*

³⁵ Argumentation écrite de Midland et les autres, para. 1.

accès aux services de réseau électronique partagé d'Interac.
[Sans italique dans l'original.]

D'autres extraits des documents, considérés isolément, peuvent créer la même ambiguïté.

Il est toutefois indiscutable que, en l'espèce, le marché de détail des services financiers et le marché intermédiaire n'englobent que les comptes *détenus par des IF*. Les effets des prétendus agissements anticoncurrentiels ne visent pas le marché de détail global des services financiers, mais seulement le marché des dépôts à vue ou des dépôts détenus par des IF. Le directeur a certes mis en cause l'accès des intervenants au réseau Interac, mais de façon restreinte. À notre avis, il a exclu de la portée de la demande la question de l'émission directe de cartes par des entités autres que des IF.

Cependant, il faut rappeler qu'il ne fait aucun doute que l'accès des intervenants au réseau Interac, afin que leur clientèle puisse avoir un accès électronique aux fonds qu'ils détiennent pour son compte, est clairement visé par la demande en raison de la disposition du POC se rapportant aux comptes balayeurs.

B. DISPOSITIONS DU POC

1) Adhésion des IF et direction

En ce qui concerne les dispositions du POC relatives aux conditions d'adhésion et à la question connexe des droits d'accès, il ne fait aucun doute, selon nous, que les modifications qu'il

est proposé d'apporter au règlement permettront à d'autres IF de devenir membres d'Interac pratiquement aux mêmes conditions que les défenderesses.

Il ressort de l'EMFS qu'un certain nombre d'IF, désireuses d'offrir des services de réseau partagé, ont tenté, mais en vain, de mettre sur pied leur propre réseau³⁶. La plupart de ces IF sont actuellement des membres affiliés d'Interac ou l'ont été. Une fois le POC approuvé, les principaux avantages dont jouissent les membres principaux par rapport aux membres affiliés, y compris le droit de se brancher directement au réseau et le droit de voter, seront supprimés.

Dans le cas de la Banque Amex, l'un des membres affiliés, le nombre de cartes qu'elle peut émettre est considérablement limité à cause des droits d'accès exigés par Interac. Tel ne sera plus le cas dès l'application du POC. Dans ses observations, la Banque Amex appuie les modifications proposées dans le POC, particulièrement en ce qui concerne les critères d'adhésion et la suppression des droits d'accès. Elle exprime cependant certaines réserves quant au calcul des frais de commutation. La réponse du directeur à ce sujet est détaillée et fournit une justification raisonnable de la façon dont s'effectuera le calcul des frais de commutation.

Le directeur prévoit, une fois l'ordonnance rendue conformément au POC, qu'un nombre important de *nouvelles* IF adhéreront à Interac. Bien que plus de 100 autres IF satisfassent aux

³⁶ En 1991, Amex, la société Central Guaranty Trust, la Banque de Hong Kong, la Compagnie Montréal Trust, la Compagnie Trust National et la Compagnie Trust Royal ont tenté de lancer un réseau appelé « Sunrise ». Le projet a été abandonné lorsqu'il est apparu clairement que le réseau ne pourrait être directement branché à celui d'Interac.

critères d'adhésion, il ne ressort ni des documents produits ni de la preuve qu'elles s'empresseront de devenir membres du réseau. Tout au plus, il leur sera loisible de le faire.

Pour ce qui concerne les modifications relatives à la représentation au conseil d'administration d'Interac qui découlent des dispositions du POC portant sur la direction, même les parties estiment qu'il en résultera des améliorations très minimes. Comme l'avocat des défenderesses l'a dit dans son exposé introductif, le POC n'empêchera pas les défenderesses de détenir la majorité des voix au nouveau conseil d'administration³⁷. Il soutient que le POC rend *possible* un affaiblissement du pouvoir exercé par les neuf défenderesses, mais il reconnaît qu'il est clair qu'elles détiendront vraisemblablement la majeure partie ou une partie substantielle des voix au conseil dans un avenir prévisible. Il explique que l'objet du POC n'est pas d'empêcher les neuf membres principaux d'avoir la main haute sur les activités d'Interac, mais plutôt de faire en sorte que d'autres IF et des entités autres que des IF soient représentées au conseil et d'empêcher ainsi tout abus de la part des défenderesses en favorisant la diversité des intérêts représentés. De toute évidence, le POC permet d'atteindre cet objectif restreint.

2) Nouveaux services

Le mécanisme d'intégration de nouveaux services au réseau, qui est prévu aux alinéas 4f) et g) du POC, pourrait, s'il accélère le lancement de nouveaux services, conférer des avantages

³⁷ La Banque Amex propose, dans ses commentaires, de faire en sorte que la définition de « modification fondamentale » englobe d'autres questions qui doivent être approuvées par les deux tiers des voix, car les membres principaux continueront de détenir la majorité des voix au conseil. Il semblerait que cette mesure aurait l'effet contraire par rapport à l'objectif qui est d'affaiblir le pouvoir exercé par les membres principaux sur le réseau Interac.

importants. Bien que la modification proposée doive en principe entraîner une amélioration, il ne ressort ni de l'EMFS ni de la preuve que le règlement actuel a entravé sensiblement l'innovation en matière de services *partagés* (par opposition aux services bilatéraux/multilatéraux). Comme le signale le directeur, il est vrai que les services comme les dépôts, les demandes de renseignements sur le solde et le paiement des factures sont offerts par d'autres réseaux partagés et réseaux individuels, tandis qu'Interac n'a lancé aucun nouveau service de GAB depuis 1986. Le directeur n'affirme pas, et il n'y a aucune raison de croire, qu'il ne serait pas dans l'intérêt des défenderesses d'offrir de tels services partagés s'il leur semblait exister une demande à cet égard. Aucune explication n'est donnée dans l'information fournie quant à savoir pourquoi l'intérêt qu'ont les défenderesses à utiliser l'infrastructure existante plus intensément ne s'appliquerait pas à l'égard d'autres services. Par ailleurs, le fait que d'autres services partagés n'ont pas été lancés pourrait s'expliquer par l'insuffisance de la demande au regard des frais supplémentaires qui seraient occasionnés.

Le lancement de services bilatéraux/multilatéraux susceptibles de conférer un avantage concurrentiel aux IF participantes sera vraisemblablement la principale source d'améliorations attribuables au POC. Les membres principaux ont eu tendance à décourager l'offre de tels services afin de ne pas avoir à se faire concurrence les uns les autres ou à concurrencer les membres affiliés.

TelPay a été autorisée à intervenir à la seule fin de formuler des observations au sujet du mécanisme d'approbation d'un nouveau service que prévoit le POC. Elle assure actuellement un

service de banque par téléphone à environ 40 IF de petite taille, principalement des caisses de crédit. Les banques offrent un service semblable à leur clientèle. TelPay aimerait offrir son service de paiement de factures par l'entremise d'Interac.

Malheureusement, les observations de TelPay n'ont été d'aucune utilité quant à la question précise pour laquelle l'intervention a été autorisée. Une grande partie de l'argumentation porte sur les difficultés générales rencontrées par TelPay pour offrir ses services dans le contexte actuel des services financiers électroniques, et non sur le POC qui est soumis à notre approbation. La principale objection de TelPay concernant le POC semble se rapporter au fait qu'il est tenu pour acquis, aux fins de la demande dans son entier, que tout nouveau service Interac s'appuiera sur une technologie comportant l'emploi d'une carte plastifiée et le recours à un terminal. Or, le système de TelPay utilise le téléphone. Il est clair que la demande ne remet pas en question la technologie utilisée par Interac, et aucun des arguments de TelPay ne nous incite à conclure que le directeur aurait dû étendre la portée de la demande de façon à contraindre Interac à modifier sa technologie. Les arguments de TelPay jettent un très faible éclairage sur les questions dont nous sommes saisis étant donné qu'ils portent, généralement parlant, sur des questions totalement étrangères à l'objet de la demande.

La Banque Amex a également présenté des commentaires au sujet de l'alinéa 4f). Bien que ses recommandations représentent certes une amélioration, nous ne saurions conclure qu'elles sont nécessaires à l'approbation du POC par le Tribunal.

3) Établissement des prix

Le POC permettra aux entités qui mettent en place des terminaux d'exiger des frais supplémentaires de façon non discriminatoire. Bien qu'il puisse en résulter l'installation de GAB supplémentaires, comme le soutient le directeur, il ressort de la preuve dont nous sommes saisis que, tout bien pesé, cela est improbable.

Le témoin des parties, Scott Engle, affirme que, aux États-Unis, le consommateur est disposé à payer pour la plus grande commodité d'avoir un GAB à sa disposition au moment et à l'endroit où il le souhaite. À partir de son expérience sur le marché canadien, le témoin des intervenants, Kenneth Morrison, énonce un certain nombre de facteurs qui remettent en question l'existence d'un besoin important de GAB supplémentaires au pays. Le Canada est déjà bien doté à cet égard. En fait, il compte plus de GAB par habitant que tout autre pays au monde, sauf le Japon. De plus en plus de nouvelles sources de fonds sont offertes et gagnent en popularité, tandis que la croissance des opérations de RN plafonne. L'évolution récente se caractérise surtout par le recours aux terminaux PDV, en remplacement du versement d'espèces et par la tendance de plus en plus grande, chez les détaillants, à verser des espèces lors d'une opération de PDV³⁸. Le nombre de réseaux individuels s'accroît et ceux-ci offrent une plus grande variété d'opérations; compte tenu des périodes d'accès désormais plus longues, le réseau de succursales bancaires peut également offrir une solution de rechange.

³⁸ Le consommateur demande qu'une somme supérieure au montant de ses achats soit débitée de son compte et que le détaillant lui remette la différence en espèces.

En outre, seulement 30 p. 100 des opérations de retrait de numéraire au Canada sont partagées, comparativement à 40 p. 100 aux États-Unis. Il y a certainement lieu de prendre en considération le fait qu'il y a relativement moins de consommateurs au Canada qui doivent payer (ou qui semblent disposés à le faire) les frais actuels (auxquels des frais supplémentaires s'ajouteraient) exigibles pour l'utilisation d'un GAB autre qu'individuel. Autoriser des frais supplémentaires pourrait également avoir un effet défavorable sur le consommateur dans la mesure où les entités qui mettent en place des GAB pourraient percevoir des frais supplémentaires dans les endroits déjà dotés d'un GAB.

L'alinéa 4d) du POC exige également que le logiciel RI puisse s'adapter à l'octroi de rabais aux consommateurs. Le règlement actuel n'interdit pas les rabais. S'ils devaient se généraliser, les rabais bénéficieraient évidemment aux consommateurs. Si des rabais étaient offerts à certains GAB et pas à d'autres, il est difficile d'imaginer comment cela pourrait être facilement annoncé et, faute de publicité, comment l'entité qui met en place des terminaux pourrait bénéficier de l'offre de rabais. Il importe également de signaler que le postulat qui sous-tend l'autorisation des frais supplémentaires, à savoir que le consommateur ne souhaite pas magasiner en vue de l'utilisation d'un GAB et est disposé à payer davantage pour une commodité accrue, milite contre l'offre éventuelle de rabais.

Dans l'ensemble, les dispositions du POC se rapportant à l'établissement individualisé du prix des services offerts aux consommateurs, à un terminal, semblent conférer peu d'avantages, s'il en est, à celui-ci.

4) Nouveaux membres : adhésion des entités autres que des IF titre d'acquéreurs seulement

La preuve relative à l'effet probable de la disposition du POC qui permet l'adhésion à Interac à titre d'acquéreur seulement est généralement peu concluante. Les intervenants, en particulier le CCCD, soutient que l'adhésion en tant qu'acquéreur seulement ne serait pas viable sur le plan commercial. Les parties, s'en remettant à nouveau au témoignage de M. Engle sur l'expérience américaine, soutiennent qu'une telle adhésion serait viable. Ni les parties ni les intervenants n'ont étudié le marché canadien en détail, notamment en ce qui concerne la réaction possible du consommateur face à différents montants de frais supplémentaires. Il ne fait cependant aucun doute que le témoin des intervenants, M. Morrison, est beaucoup plus au fait de la situation au Canada.

M. Morrison ayant fondé ses conclusions concernant la viabilité de l'adhésion en tant qu'acquéreur seulement sur l'hypothèse d'une adhésion en vue d'acquérir des opérations dans le réseau Interac *seulement*, par opposition à des activités plus générales de fourniture de services, nous convenons à l'instar des parties que son hypothèse est indûment étroite. En supposant même que les parties aient raison de prétendre que l'acquisition constituerait un volet des activités d'un tiers fournisseur de services ou processeur d'opérations, la preuve relative à l'opportunité de mettre en place des GAB supplémentaires au Canada n'est pas encourageante. Comme signalé précédemment, M. Engle fonde son opinion sur l'expérience vécue aux États-Unis, où la présence de tels fournisseurs de services est importante. Les deuxième et troisième principaux propriétaires de GAB aux États-Unis sont des tiers processeurs d'opérations. Les détaillants

jouent également un rôle dans la mise en place de GAB. Le témoignage de M. Morrison, analysé précédemment, fait état d'un certain nombre de raisons valables pour lesquelles il y aurait peu de place, au Canada, pour l'installation de GAB supplémentaires.

Outre ces raisons, il convient de signaler qu'il existe entre les deux pays des différences importantes quant à la structure générale et à l'évolution de l'industrie bancaire qui peuvent avoir une incidence sur la pertinence au Canada de l'expérience américaine afférente aux tiers fournisseurs de services. Au Canada, les banques sont moins nombreuses et leur taille est plus importante qu'aux États-Unis et elles pourraient être moins disposées à recourir à un tiers pour l'obtention de services. Signalons le témoignage de M. Carmody selon lequel la taille des banques américaines qui offrent des arrangements relatifs à des comptes balayeurs est habituellement plus importante, car les *grandes* banques procèdent généralement au traitement des opérations à *l'interne* et peuvent rentabiliser davantage leurs opérations en offrant ce service.

En ce qui concerne la possibilité que des détaillants mettent en place des GAB dans leurs établissements, M. Morrison témoigne qu'il n'y a pas beaucoup d'établissements de vente au détail au Canada qui ne sont pas déjà dotés de GAB. Il explique que, au début, les détaillants payaient les IF pour qu'elles mettent en place des GAB dans leurs établissements, mais qu'aujourd'hui ce sont elles qui font des pieds et des mains pour installer des GAB dans les principaux établissements de vente au détail. En d'autres termes, la concurrence actuelle dans ce domaine particulier de l'acquisition ne fait pas défaut.

Il ressort des commentaires du CCCD que la concurrence pourrait être insuffisante dans la mise en place de terminaux PDV, dans la mesure où, selon cet organisme, le coût actuel du service PDI pour les détaillants est « beaucoup trop élevé », en particulier pour ceux dont l'entreprise est modeste et qui ne disposent pas d'un volume d'opérations suffisant pour accroître leur pouvoir de négociation vis-à-vis des IF. Selon le témoignage de M. Engle, depuis l'avènement des opérations effectuées grâce aux terminaux PDV aux États-Unis, « bon nombre de gros commerçants » se sont branchés directement aux réseaux partagés à la première occasion. En 1994, 47 p. 100 des terminaux PDV étaient exploités par des détaillants directement branchés. M. Morrison ne se montre pas optimiste quant à la possibilité qu'une entité autre qu'une IF s'adonne aux activités de PDI au Canada, notamment parce qu'elle ne peut traiter l'opération en entier et qu'elle doit conclure un accord supplémentaire avec une IF pour le traitement et le règlement de chacune des sommes créditées au compte d'un détaillant.

Un autre facteur encore plus important est que les IF, et en particulier les membres d'Interac, jouissent d'une avance confortable en matière de GAB et de PDI. En ce qui concerne le PDI, les membres d'Interac ont plus de 170 000 terminaux installés dans plus de 140 000 établissements de vente au détail. La totalité des 17 000 GAB au Canada appartiennent à des IF, et environ 98 p. 100 d'entre eux sont branchés à Interac. Même M. Engle reconnaît que l'avance dont jouissent les IF canadiennes, du fait qu'elles ont été à ce jour les seuls acquéreurs, leur confère un net avantage à ce titre, par rapport aux entités autres que des IF. Le fait que les banques soient établies sur le marché défavorise les nouveaux venus. Aux États-Unis, les

institutions autres que des institutions de dépôt ne se sont jamais vu interdire la participation aux activités d'acquisition.

L'avocat du directeur confirme que cette disposition du POC n'est pas le fruit de la demande particulière d'une entité désireuse de s'adonner à des activités d'acquisition non plus que de la manifestation d'un intérêt en ce sens par une telle entité. Les parties estiment que si la possibilité de le faire leur est accordée, les tiers fournisseurs de services s'amèneront probablement sur le marché comme ils l'ont fait aux États-Unis. Nous avons déjà fait état de la difficulté de transposer l'expérience américaine au Canada. Comme l'interdiction prévue dans le règlement Interac ne semble avoir lésé personne de façon particulière, sa suppression ne peut être considérée comme un élément important qui milite en faveur de l'approbation du POC. Finalement, bien que la suppression de l'interdiction ne cause aucun préjudice et puisse, même si nous ne sommes pas convaincus que cela soit probable, avoir quelque effet favorable, il ne s'agit pas vraiment d'un élément essentiel de l'ordonnance.

5) Acc s indirect des entités autres que des IF (comptes balayeurs, etc.)

Bien que l'accès indirect au moyen, notamment, de comptes balayeurs soit clairement visé par la demande, malheureusement, la nature de celle-ci fait en sorte que le Tribunal ne peut pas faire grand chose pour garantir aux intervenants qu'il sera donné suite à leurs inquiétudes. Cependant, il est à tout le moins possible que la disposition relative aux comptes balayeurs soit l'un des éléments les plus importants du POC.

Comme le révèle la preuve présentée par les parties et les trois intervenants que préoccupe la question de l'accès indirect, il existe un large éventail d'arrangements possibles entre les IF et les entités autres que des IF. Les parties ont présenté des éléments de preuve concernant la situation aux États-Unis et un arrangement au Canada, tandis que la preuve offerte par les intervenants porte davantage sur l'expérience canadienne. Les arrangements en cause sont décrits brièvement ci-après. En résumé, du point de vue des entités autres que des IF, c'est lorsque l'IF est plutôt une partie « invisible » à l'arrangement qui prévoit l'accès indirect que celui-ci fonctionne le mieux. Ainsi, le client de l'entité autre qu'une IF ne fait affaire qu'avec celle-ci plutôt qu'avec l'IF et l'entité autre qu'une IF, ou même, principalement avec l'IF.

a) États-Unis

Aux États-Unis, l'entité autre qu'une IF, essentiellement une maison de courtage, qui conclut un arrangement avec une IF peut offrir à ses clients un produit financier appelé « compte de gestion des actifs » qui jumelle services de courtage et services bancaires. M. Carmody décrit ce compte comme suit :

[TRADUCTION]

Une fonction de balayage vire automatiquement intérêts et dividendes touchés à l'égard de valeurs mobilières et le produit de la vente de valeurs mobilières à un fonds du marché monétaire portant intérêt. Auparavant, la maison de courtage transmet un chèque par la poste au client ou dépose les fonds dans un compte d'espèces non productif d'intérêts. Le consommateur de services de courtage obtient ainsi un accès souple et pratique (par chèque ou carte de débit) non seulement aux sommes déposées dans le fonds du marché monétaire, mais également à des valeurs mobilières pouvant permettre une opération sur marge³⁹.

³⁹ Affidavit du témoin expert L.J. Carmody (27 mars 1996) : pièce A-26 au para. 12.

Merrill Lynch a été la première à offrir ce produit. Actuellement, plus de 40 maisons de courtage américaines offrent un service semblable à celui offert initialement par Merrill Lynch, et plus de deux millions de petits épargnants utilisent ces comptes. Environ 90 p. 100 des fonds du marché monétaire aux États-Unis offrent également un accès par chèque ou carte de débit aux fonds des investisseurs. Pour leur part, les fonds communs de placement américains offrent rarement un accès par carte de débit, mais offrent généralement un accès par chèque. Ni les détaillants ni les compagnies d'assurances américaines n'ont pris de mesures en vue d'offrir des services liés à l'emploi d'une carte de débit.

Le rôle de l'IF, dans le cadre de ces arrangements, comporte deux volets. Premièrement, il s'agit d'offrir l'accès au système de compensation et de règlement des opérations VISA ou MasterCard et, deuxièmement, d'autoriser les opérations. Les règles de VISA et de MasterCard exigent que les membres principaux du réseau soient des institutions de dépôt réglementées. En adhérant au réseau VISA ou MasterCard, la banque s'engage à garantir le paiement de toute opération dûment acceptée par un détaillant ou un acquéreur et dûment autorisée par elle. Lorsque le client d'une maison de courtage utilise sa carte de débit VISA ou MasterCard à un GAB ou à un terminal PDV, l'opération est acheminée à la banque de la maison de courtage en vue de son autorisation. La banque compense l'opération du client de la maison de courtage en vue de son règlement.

Même si c'est la banque qui autorise l'opération, dans les faits, la maison de courtage conserve la maîtrise de celle-ci, car elle donne à la banque des instructions concernant le plafond

du compte et d'autres critères que la banque applique aux fins d'autorisation de l'opération. La banque peut exercer un recours contre la maison de courtage lorsque l'opération est autorisée malgré l'absence de provision.

Dans le cadre d'aucun des arrangements américains mentionnés par M. Carmody, le client de la maison de courtage n'est tenu d'être titulaire d'un compte de fonctionnement de l'IF. Bien que l'IF puisse disposer d'une liste des numéros de comptes et des titulaires de ceux-ci, elle ne détient pas les fonds de clients individuels, ceux-ci étant déposés dans un compte de gestion des actifs de la maison de courtage. Celle-ci a la maîtrise des rapports avec le client, tant à l'ouverture du compte que par la suite. Pour reprendre les termes employés par M. Carmody, l'IF est [TRADUCTION] « quasi invisible » dans le cadre de ces rapports, pour le client⁴⁰.

En règle générale, il ressort du témoignage de M. Carmody que, aux États-Unis, ces arrangements extrêmement innovateurs constituent désormais des produits recherchés et se sont révélés efficaces sur le plan opérationnel, en particulier pour les entités autres que des IF.

b) Canada

i) Midland Walwyn - Banque Laurentienne

⁴⁰ *Ibid.* au para. 22.

Les intervenants ont appelé un témoin à la barre concernant un arrangement intervenu entre Midland Walwyn, un courtier en valeurs mobilières canadien offrant une gamme complète de services, et la Banque Laurentienne, un membre affilié d'Interac, qui s'applique depuis 1994. Le vice-président directeur, avocat général et directeur de la gestion des risques de Midland Walwyn, Bradley Doney, a témoigné que, depuis le début des années 90, Midland Walwyn offre à ses clients *Le service destiné à la clientèle privilégiée* (« SDCP »). Ce service a initialement été offert en collaboration avec la Compagnie Trust Royal aux termes d'un arrangement qui a été résilié lors de l'acquisition de cette dernière par la Banque Royale.

Le SDCP permet aux clients de Midland Walwyn de faire des chèques et d'utiliser une carte de débit, leur donne droit à des taux préférentiels sur les soldes créditeurs et débiteurs et leur fournit des relevés mensuels détaillés. Selon la brochure pertinente, il comporte trois éléments, soit un compte de gestion de placements auprès de Midland Walwyn, un compte d'épargne à la Banque Laurentienne ainsi qu'une carte « Oscar » émise par la banque et une carte VISA Or émise par Midland Walwyn et la Banque Laurentienne⁴¹. Le client de Midland Walwyn peut tirer des chèques et avoir accès au réseau Interac (GAB et terminal PDV) grâce au compte à la Banque Laurentienne. La carte Oscar est la carte de débit qui donne accès à Interac.

Même si le SDCP s'inspire d'un arrangement conclu par Merrill Lynch aux États-Unis, l'IF est plus visible dans leur cas que dans celui des arrangements américains correspondants

⁴¹ La carte VISA ne permet aucunement d'avoir accès aux fonds de l'investisseur détenus par Midland Walwyn.

dont M. Carmody a fait mention. Bien que rien n'indique dans le témoignage de M. Doney que le client de Midland Walwyn doive se rendre en personne à la Banque Laurentienne afin d'ouvrir le compte bancaire, d'obtenir la carte Oscar ou de choisir un NIP, dans les faits, il doit avoir deux comptes *actifs* distincts, l'un à la Banque Laurentienne et l'autre auprès de Midland Walwyn. Selon le témoignage de M. Doney, pour avoir accès aux fonds détenus dans le compte de Midland Walwyn à l'aide de la carte Oscar et du réseau Interac, le client de Midland Walwyn doit soit virer des fonds de ce compte au compte de la Banque Laurentienne au moyen d'un service bancaire téléphonique, soit se prévaloir d'une protection contre les découverts de 5 000 \$, portant intérêt, relativement au compte de la Banque Laurentienne. Il en est ainsi malgré le fait que, lorsque le client de Midland Walwyn utilise sa carte Oscar, la décision d'autoriser l'opération est prise par la Banque Laurentienne à partir de renseignements fournis quotidiennement par Midland Walwyn sur support informatique. Ces renseignements précisent le montant des fonds qui sont à la disposition de chacun des clients de Midland Walwyn bénéficiant du SDCP pour acquitter les obligations de paiement que la Banque Laurentienne a contractées par chèques ou par l'entremise d'Interac.

Lors de son témoignage, M. Doney a affirmé que, d'après Midland Walwyn, le SDCP n'a pas obtenu le succès escompté. Bien que 6 500 comptes soient actuellement ouverts, dans lesquels sont détenus environ 1,3 milliard de dollars, Midland Walwyn projetait initialement l'ouverture de 10 000 comptes avant la fin de 1992, mais elle n'a jamais réussi à atteindre cet objectif. En outre, vraisemblablement à cause du rôle prédominant de l'IF dans le cadre de l'arrangement, tout passage d'une IF à une autre entraîne des bouleversements considérables.

Lorsque l'entente la liant à Compagnie Trust Royal a été résiliée et que le SDCP a été offert conjointement avec la Banque Laurentienne, Midland Walwyn a perdu 25 p. 100 de ses comptes. M. Doney est d'avis que le programme ne survivrait pas à une autre mutation de ce genre.

ii) London Life - Compagnie Trust Royal

Les intervenants ont également présenté des éléments de preuve concernant un arrangement liant London Life, une compagnie d'assurance de personnes constituée sous le régime fédéral, dont l'actif se monte à environ 15 milliards de dollars, et la Compagnie Trust Royal. Le directeur des opérations de gestion bancaire et de dépôt de titres de London Life, Donald McMullin, témoigne que, de 1989 à 1994, l'entreprise a offert aux bénéficiaires de ses polices d'assurance-vie l'ouverture d'un « compte de succession ». L'arrangement a été résilié lors de l'acquisition de la Compagnie Trust Royal par la Banque Royale, cette dernière ne désirant pas le maintenir.

Au lieu de verser immédiatement la totalité du produit d'une police d'assurance-vie, London Life offrait au bénéficiaire la possibilité de déposer les fonds dans un compte de succession qui permettait de tirer des chèques. Aucun accès électronique à ces fonds n'était prévu.

À nouveau, l'IF jouait un rôle important dans l'arrangement. Le bénéficiaire du compte de succession devait avoir deux comptes distincts, un à la London Life et l'autre à la Compagnie

Trust Royal, même si les fonds étaient toujours détenus dans le compte de la London Life. Le compte à la Compagnie Trust Royal, dont le solde correspondait au montant demandé, était « symbolique ». London Life s'occupait des formalités d'ouverture du compte à la Compagnie Trust Royal, mais cette dernière administrait le compte une fois qu'il était ouvert et elle était la seule à disposer, à tout moment, de données précises et à jour sur le solde du compte. Pour sa part, London Life recevait à la fin de chaque mois un relevé donnant le détail des opérations effectuées dans le compte au cours du mois et indiquant le solde⁴². Lorsqu'un bénéficiaire tirait un chèque sur le compte de succession, la Compagnie Trust Royal décidait d'honorer ou non le chèque, selon le solde, comme si des fonds étaient véritablement détenus dans le compte.

Selon le témoignage de M. McMullin, London Life ne considère pas que le programme relatif aux comptes de succession a été une réussite. Pendant les quelque cinq années où le produit a été offert, seulement 1 000 comptes ont été ouverts au total. Jamais plus de 200 à 300 comptes de succession n'ont été actifs en même temps. Pendant la même période, London Life a versé environ 50 000 indemnités de décès totalisant approximativement un milliard de dollars.

iii) General Motors Acceptance Corporation - Compagnie Trust Royal

Selon la preuve produite par les parties, entre le printemps de 1990 et septembre 1994, General Motors Acceptance Corporation (« GMAC ») a mis en oeuvre au bénéfice de ses employés et des membres de leurs familles, par l'entremise de la Compagnie Trust Royal, un programme de « billets à demande » offrant un moyen pratique de faire des placements. Le

⁴² La Compagnie Trust Royal mettait à la disposition tant du bénéficiaire que des représentants de London Life un numéro en 800 afin d'obtenir des renseignements sur le solde.

capital de chaque billet à demande variait en fonction des sommes prélevées ou déposées par l'employé. Aucune date d'échéance n'était stipulée, et le billet à demande était remboursable à tout moment. Le taux d'intérêt afférent aux billets à demande était variable, GMAC l'établissant chaque semaine. L'arrangement avec la Compagnie Trust Royal a pris fin, dans ce cas également, lors de l'acquisition de celle-ci par la Banque Royale. En septembre 1994, GMAC a conclu un arrangement avec une autre IF.

Dans le cadre de ce programme, l'employé de GMAC participant ouvrait un compte de billets à demande auprès de la Compagnie Trust Royal. L'employé pouvait prélever des sommes dans le compte en tirant un chèque, en se présentant à une succursale de la Compagnie Trust Royal ou en utilisant une carte de débit émise par celle-ci, à l'un de ses GAB. Pour obtenir le remboursement du billet à demande, l'employé envoyait une lettre en ce sens à GMAC ou à la Compagnie Trust Royal. Pour faire des dépôts dans le compte de billets à demande, l'investisseur pouvait transmettre un chèque par la poste à GMAC, laquelle l'acheminait à la Compagnie Trust Royal, envoyer un chèque à celle-ci directement, effectuer des dépôts en personne à la Compagnie Trust Royal, faire des dépôts à un GAB de celle-ci ou prendre des mesures afin que des sommes soient déposées directement dans le compte au moyen de retenues sur le salaire.

Au début de l'application de l'entente intervenue entre la Compagnie Trust Royal et GMAC, l'employé avait accès à Interac dans le but de faire des prélèvements sur le compte de billets à demande à des GAB mis en place par d'autres entités que la Compagnie Trust Royal. À partir de septembre 1991, les employés de GMAC n'avaient plus accès à Interac par l'entremise

de la Compagnie Trust Royal en raison de mesures prises par Interac pour faire respecter la disposition de son règlement interdisant les comptes balayeurs adoptée en 1989.

L'employé de GMAC intéressé à participer au programme recevait de la documentation de GMAC, ouvrait un compte et faisait quasi exclusivement affaire avec GMAC. Lorsqu'elle recevait une demande de paiement visant le compte de billets à demande d'un employé de GMAC, la Compagnie Trust Royal prenait la décision d'y faire droit ou non, peu importe comment la demande était formulée. Lorsqu'elle recevait une demande de prélèvement par l'intermédiaire d'un GAB, habituellement, la Compagnie Trust Royal vérifiait le numéro de la carte et le NIP, s'enquérant du solde du compte, puis autorisait l'opération si les fonds étaient suffisants⁴³.

Cet arrangement est unique en ce qu'il visait à fournir aux employés un véhicule de placement, et non à leur permettre d'avoir accès à des fonds déjà détenus par une entité autre qu'une IF, comme une compagnie d'assurance ou une maison de courtage. Aux termes de cet arrangement, un seul compte était ouvert (à la Compagnie Trust Royal); aucuns fonds n'étaient détenus par GMAC, et aucun compte n'était ouvert auprès de cette dernière.

Selon Noreen Devine, la responsable de la surveillance des activités quotidiennes afférentes au programme de GMAC au bureau national de la Compagnie Trust Royal, le rôle de

⁴³ Si, pour quelque motif, le système de vérification des comptes n'était pas opérationnel et que la Compagnie Trust Royal ne pouvait dans les faits connaître le solde du compte, elle vérifiait le numéro de la carte et le NIP puis autorisait l'opération en fonction des limites de prélèvement quotidien et hebdomadaire établies par GMAC.

cette dernière, dans le cadre du programme, était celui d'« agent au traitement », de sorte que la Compagnie Trust Royal tenait différents registres et tenait lieu de « véhicule » grâce auquel GMAC pouvait offrir le programme. La Compagnie Trust Royal tenait des registres indiquant les noms, les adresses et les numéros d'assurance sociale de tous les participants, les numéros de compte individuels, ainsi que le montant des dépôts et des prélèvements effectués; elle fournissait des relevés mensuels et des formules d'impôt aux investisseurs ainsi que des rapports particuliers, sur demande, à GMAC. En raison peut-être de ces caractéristiques uniques, cet arrangement semble avoir été relativement fructueux.

c) Conclusion

Il ressort de la preuve dont nous avons été saisis que les arrangements possibles en matière d'accès indirect appartiennent à une gamme étendue allant de celui où la présence de l'IF est évidente à celui où l'IF se fait presque invisible. À notre avis, outre le programme de billets à demande de GMAC, qui se distingue nettement des autres, les arrangements canadiens se caractérisent par le rôle important des IF et sont très loin des arrangements quasi « anonymes » qui ont cours aux États-Unis. Bien qu'il puisse ne pas être indispensable que l'IF soit « invisible » pour qu'un arrangement relatif à un compte balayeur soit un substitut viable à l'accès direct au réseau Interac, nous sommes d'avis qu'un tel arrangement devrait aller beaucoup plus loin que ceux de Midland Walwyn et de London Life pour qu'il puisse s'agir d'un substitut satisfaisant. L'arrangement de London Life ne comportait même pas d'accès électronique. Nous ne partageons pas l'avis du directeur selon lequel un arrangement comme celui de Midland Walwyn est

adéquat. À l'instar des intervenants, nous estimons qu'une plus grande souplesse est nécessaire à l'application efficace d'un arrangement qui confère un accès indirect.

Nous remarquons que le libellé du POC comme tel est extrêmement général. Il interdit à Interac de s'immiscer dans un arrangement intervenu entre une IF membre et une autre entité concernant les comptes de l'IF. Aucune autre disposition du POC, du projet de règlement ou des documents produits par le directeur à l'appui de la demande ne porte expressément sur les types précis d'arrangements qui sont visés. Selon la présidente d'Interac Inc. et de l'Association Interac, Joanne De Laurentiis, Interac ne dispose pas elle-même d'une définition précise des comptes balayeurs. Dans son argumentation finale, l'avocat des défenderesses confirme que la seule restriction applicable est que l'instrument de paiement qui résulte de l'arrangement soit admissible aux fins de la compensation suivant les règles de l'ACP en vigueur.

Ce que l'ACP peut faire ou ne peut pas faire n'est pas parfaitement clair. Les parties ont déposé en preuve un document de travail établi par cinq membres du conseil d'administration de l'ACP, chacun d'eux représentant une catégorie de membres. En octobre 1994, Interac s'est mise en rapport avec l'organisme, lui a transmis des renseignements sur une proposition qu'elle avait faite au Bureau de la concurrence en vue du prononcé d'une ordonnance par consentement et lui a demandé un avis écrit selon lequel aucune des dispositions de la proposition n'était contraire à la loi constitutive, aux règles, aux règlements administratifs ou aux normes de l'ACP. Cette demande a entraîné l'examen des « comptes balayeurs » par l'ACP dont est issu le document de travail. Ce dernier ne fait que consigner les questions de principe soulevées dans le cadre de

l'examen et propose des avenues possibles à leur égard. M. Hammond confirme que tous les membres du conseil de l'ACP n'ont pas encore pris position sur le sujet, que les discussions se poursuivent.

Le document fait état de deux catégories d'arrangements relatifs à des comptes balayeurs, soit la « catégorie 1 » et la « catégorie 2 ». Signalons que ces définitions revêtent un caractère général et n'englobent pas seulement les opérations électroniques auxquelles Interac est partie.

L'arrangement de la catégorie 1 est décrit comme suit :

[TRADUCTION]

L'investisseur a un compte auprès d'un membre de l'ACP et d'une entité constituée qui offre un programme d'investissement; le compte de l'investisseur auprès du membre de l'ACP lui permet de tirer des chèques et il s'accompagne de documents de signature ainsi que de facilités de caisse; le membre de l'ACP prend la décision de payer ou de ne pas payer; quotidiennement, le solde du compte de chèques du client, qu'il soit positif ou négatif, est viré au compte d'investissement de l'entité constituée⁴⁴.

L'arrangement de la catégorie 2 est décrit comme suit :

[TRADUCTION]

Une entité constituée offrant un programme d'investissement est titulaire d'un compte auprès d'un membre de l'ACP; l'investisseur n'a pas de compte individuel auprès du membre de l'ACP, mais peut rembourser en totalité ou en partie son investissement au moyen d'un « ordre de remboursement attesté par un chèque » tiré sur l'institution membre de l'ACP; l'entité constituée prend la décision de payer ou de ne pas payer⁴⁵.

⁴⁴ Pièce R-15, *supra* note 10, appendice Y, point i.

⁴⁵ *Ibid.*

Le groupe de travail arrive à la conclusion que, tandis que l'arrangement de la catégorie 1 est dûment qualifié de compte balayeur, celui de la catégorie 2 constitue dans les faits un « compte de règlement au moyen d'une traite ». L'arrangement de la catégorie 1 se caractérise par une grande visibilité de l'IF, tandis que ce ne semble pas être le cas de l'arrangement de la catégorie 2. Il est impossible d'être plus précis; le document ne dit pas quelles sont les caractéristiques, parmi celles énumérées, qui distinguent dans les faits les deux types d'arrangement aux yeux du groupe de travail ou, en fait, ce qu'il faut entendre exactement par « compte individuel » et « décision de payer ou de ne pas payer »⁴⁶.

Selon un autre témoignage produit par les parties, il serait à tout le moins possible que des arrangements appartenant à la catégorie 1 soient autorisés en application des règles actuelles de l'ACP. M. Hammond est d'avis que le groupe de travail conclut en ce sens. Il dit être d'accord avec cette conclusion et fait remarquer que si le conseil d'administration n'avait pas été de cet avis, il n'aurait pas approuvé la diffusion du document. M. Crawford exprime pour sa part certains doutes quant à l'admissibilité des instruments de paiement découlant de comptes balayeurs, étant donné que les règles ne les régissent pas expressément.

Le document analyse ensuite les « préoccupations en matière de politique » exprimées par le groupe de travail relativement à ces arrangements. Elles sont au nombre de trois : le risque de confusion chez le consommateur quant à savoir quels actifs sont visés par l'assurance-dépôts, le risque auquel l'actif est exposé du fait que les paiements électroniques et ceux effectués au

⁴⁶ Plus particulièrement, le renvoi à la décision de payer ou de ne pas payer que prend l'entité autre qu'une IF dans le cadre d'un arrangement de la catégorie 2 soulève des interrogations. Même dans les ententes américaines, la décision d'autoriser le paiement est prise par l'IF, bien que ce soit généralement sur les instructions de l'entité autre qu'une IF.

moyen d'un instrument sont garantis par les actifs de non-membres de l'ACP et le risque lié aux traites de règlement.

Le groupe de travail conclut que les caractéristiques particulières des arrangements de la catégorie 1 (participation d'un membre de l'ACP) compense l'inquiétude causée par le risque auquel l'actif est exposé. En ce qui concerne la confusion chez le consommateur, il dit simplement que les organismes de réglementation et d'assurance-dépôts devraient faire en sorte que les documents se rapportant aux comptes balayeurs indiquent clairement que les fonds virés du compte du membre de l'ACP au compte d'investissement ne sont pas assurés. De toute évidence, le troisième risque n'est pas pertinent aux fins des arrangements qui interviennent à l'intérieur du réseau Interac.

Le groupe de travail conclut que les arrangements de la catégorie 2 exposent le système de paiement à un risque supplémentaire dont l'étendue dépend de la nature des actifs du programme d'investissement et des paramètres établis quant à l'emploi de traites de règlement. Il conclut donc que ces arrangements ne devraient pas être « encouragés » avant que les membres de l'ACP et les organismes de réglementation en étudient plus avant les ramifications et les paramètres éventuels. Selon M. Crawford, « ne pas encourager » équivaut dans le milieu bancaire à interdire. M. Hammond laisse entendre qu'il y aurait vraisemblablement une certaine tolérance à l'égard des arrangements qui vont au-delà des caractéristiques de la catégorie 1, sous réserve de conditions à déterminer afin de tenir compte des préoccupations du groupe de travail.

L'analyse détaillée des préoccupations concernant les comptes de la catégorie 2 fournit

des éclaircissements supplémentaires. Pour ce qui concerne la confusion chez le consommateur, la question qui se pose et la conclusion qui est tirée sont les mêmes que pour les arrangements de la catégorie 1 : l'investisseur doit être informé convenablement. En ce qui concerne le risque afférent à l'actif, le groupe de travail conclut qu'il pourrait être important, car les éléments d'actif des fonds communs de placement peuvent être dévalués soudainement et radicalement et parce que les compagnies d'assurance-vie et les autres entités constituées ne sont pas assujetties aux mêmes restrictions réglementaires que les IF. Par ailleurs, l'inquiétude relative aux traites de règlement n'est pas pertinente aux fins des activités d'Interac étant donné qu'elle vise des opérations qui ne sont pas effectuées par mode électronique.

Vu la nature de la demande, nous reconnaissons que la décision quant à savoir quels arrangements seront permis et quels arrangements ne le seront pas est du ressort de l'ACP. Toutefois, nous pouvons au moins faire observer qu'aucun des éléments de preuve qui nous ont été présentés (notamment par les défenderesses qui sont, après tout, des membres importants de l'ACP) n'indique qu'il ne peut être remédié aux préoccupations du groupe de travail concernant le risque afférent à l'actif que comportent les arrangements de la catégorie 2, de façon que de tels arrangements puissent s'appliquer efficacement. Les parties considèrent la situation qui a cours aux États-Unis comme un modèle. Il ne semble y avoir, dans ce pays, aucun obstacle réglementaire à l'existence d'arrangements qui appartiennent clairement à la catégorie 2⁴⁷. Le témoignage de M. Carmody apporte certaines précisions concernant la question du risque. Il confirme que [TRADUCTION] « la banque prendra une décision en matière de crédit quant à la

⁴⁷ Lorsque le groupe de travail a discuté des arrangements de « règlement » avec la *Federal Reserve*, la seule inquiétude soulevée se rapportait à leur utilisation par des banques étrangères dont la clientèle serait inconnue d'une banque nationale, ce qui pourrait permettre le blanchissage de fonds et d'autres emplois non souhaitables du système national.

qualité, à l'intégrité et à la solvabilité de la maison de courtage » et que le risque couru par la banque n'est pas considérable, car ce sont « 24 heures d'opérations de GAB qui sont en cause ce n'est tout simplement pas un grand risque »⁴⁸. Un autre des témoins experts des parties, Jack Carr, affirme également que le risque couru par l'IF en liaison avec de tels arrangements peut être atténué par la stipulation, dans l'accord intervenant entre l'IF et l'entité autre qu'une IF, d'un cautionnement ou d'un dépôt de fonds par l'entité autre qu'une IF au bénéfice de l'IF, comme aux États-Unis. Les IF ne sont pas des dépositaires passifs, vis-à-vis des clients, en ce qui concerne de tels arrangements; elles ne concluront ceux-ci qu'après avoir dûment évalué le risque couru et que si elles sont adéquatement indemnisées pour l'acceptation d'un tel risque.

Malheureusement, vu sa portée, la présente demande ne nous permet pas de faire davantage pour faire en sorte qu'il soit remédié aux préoccupations légitimes des intervenants. Tant que l'ACP n'aura pas agi, les entités autres que des IF tout comme les IF s'abstiendront vraisemblablement de conclure des arrangements permettant un accès indirect, étant donné ce qu'il en coûte pour résilier de tels arrangements. L'ACP peut ne jamais agir ou elle peut établir des restrictions qui font en sorte que seuls les comptes balayeurs de la catégorie 1 soient autorisés. Dans l'un ou l'autre des cas, la disposition du POC prévoyant la suppression de l'interdiction qui frappe les comptes balayeurs au sein d'Interac n'aura aucun effet. Ainsi, le consommateur bénéficiera très peu de l'application du POC.

Quoi qu'il en soit, comme nous avons conclu que les mesures de l'ACP en la matière échappaient à la portée de la présente demande, le Tribunal ne peut faire davantage. Malgré le

⁴⁸ Transcription, vol. 5 aux pp. 843-44 (16 avril 1996).

risque que la disposition de notre ordonnance relative aux comptes balayeurs ne soit jamais opérante et compte tenu du fait qu'il s'agit d'un élément important du POC, nous nous devons néanmoins de rendre une ordonnance conforme au POC, car celui-ci accomplit ce qui peut être accompli à ce stade-ci. Dans le cas où l'ACP adopterait une attitude conciliante vis-à-vis des comptes balayeurs, la suppression de l'interdiction prévue par le règlement Interac, de concert avec les autres dispositions du POC qui permettent l'adhésion d'autres IF à Interac et qui mettent tous les membres qui sont des IF sur un pied d'égalité, bénéficiera considérablement aux entités autres que des IF qui souhaitent conclure des arrangements en vue d'obtenir un accès indirect. Plus il y aura d'IF membres d'Interac susceptibles de vouloir conclure de tels arrangements, plus les entités autres que des IF seront en mesure de négocier des conditions qui répondent au mieux à leurs besoins et à ceux de leur clientèle.

VIII. MOTIFS DU JUGE MCKEOWN (concordants quant au résultat)

De façon générale, je suis en accord avec mes collègues pour ce qui est de l'issue de la demande et des motifs qui sous-tendent la décision rendue. Je conviens que le Tribunal ne peut que se demander si, dans les faits, le directeur a fait de son mieux en formulant le POC dont il demande l'approbation et qu'il y a lieu de répondre par l'affirmative à cette question. Bien que je convienne que la demande ne devrait pas être rejetée pour le motif qu'elle serait prématurée, aucun élément de preuve n'établit que le directeur aurait eu à attendre indéfiniment que l'ACP agisse.

Il me semble impossible de se prononcer sur la validité de la politique de réglementation de l'ACP étant donné que la présente demande a été soumise à notre approbation avant que cet

organisme n'apporte des modifications à ses règles pour permettre que les comptes balayeurs puissent produire des instruments de paiement admissibles.

Même si, en choisissant entre les deux options énoncées dans les motifs de la majorité, soit contraindre Interac de cesser de recourir à l'ACP pour la compensation et le règlement ou lui permettre de continuer de se servir du système de l'ACP, la décision du directeur n'était pas inappropriée; j'aurais préféré que le directeur m'explique pourquoi une troisième solution ne pouvait être envisagée dans les circonstances. Selon moi, le directeur a omis d'expliquer pourquoi la possibilité d'attendre que l'ACP agisse n'a pas été examinée sérieusement. La majorité a dit ce qui suit : « Vu la nature de la demande, nous reconnaissons que la décision quant à savoir quels arrangements seront permis et quels arrangements ne le seront pas est du ressort de l'ACP ». En présentant la demande au moment où il l'a fait, le directeur n'a pas permis au Tribunal de déterminer si les règles établies par l'ACP relativement aux comptes balayeurs permettraient *de fait* l'exploitation efficace de tels comptes et si les règles régissent ces comptes d'une façon qui entrave le moins possible la concurrence.

FAIT à Ottawa, ce 20^e jour de juin 1996.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) W.P. McKeown

W.P. McKeown