

Récipiendaire du Prix commémoratif James H. Bocking 2011 /  
Winner of the James H. Bocking Memorial Award 2011

## **ANALYSE DES RESTRICTIONS IMPOSÉES AUX COMMERÇANTS PAR VISA ET MASTERCARD : MAINTIEN ILLÉGAL DES PRIX OU OUTIL NÉCESSAIRE POUR LE FONCTIONNEMENT EFFICACE DU MARCHÉ DES SERVICES DE RÉSEAU DE CARTES DE CRÉDIT?**

**Daniel Michaels<sup>1</sup>**

*Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l., Toronto*

Translation - English article follows

Traduction - l'article en anglais suit le texte français

Le Bureau de la concurrence teste la nouvelle disposition sur le maintien de prix de la Loi sur la concurrence dans le cadre d'une demande au Tribunal de la concurrence contre Visa et Mastercard pour avoir imposé des règles anticoncurrentielles aux commerçants qui acceptent leurs cartes de crédit. Cette affaire prend place dans le cadre d'un examen mondial de ces règles et un débat sur l'économie des cartes de crédits. Cet article discute de l'application de l'article 76 aux règles imposées aux commerçants, y compris de la question à savoir si l'article 76 exige une revente, si elle exige qu'une influence directe soit exercée sur les prix, et si les règles imposées aux commerçants auront pour effet de nuire à la concurrence. Ultimement, l'approche de la Commissaire à la concurrence concernant le maintien de prix est nouvelle et exigera que la jurisprudence existante sur le maintien de prix soit interprétée de façon plus libérale afin de trouver application au secteur des cartes de crédit. Cependant, vu la preuve empirique limitée et les théories économiques contradictoires en ce qui a trait au marché des cartes de crédit, le Bureau de la concurrence sera probablement incapable de rencontrer le fardeau de preuve requis pour démontrer un effet négatif sur la concurrence.

### **Introduction**

**L**e 15 décembre 2010, le Bureau de la concurrence (ci-après appelé « le Bureau ») a déposé auprès du Tribunal de la concurrence (ci-après appelé « le Tribunal ») une demande contre Visa et MasterCard au motif que celles-ci imposaient des règles restrictives et anticoncurrentielles aux commerçants qui acceptent leurs cartes<sup>2</sup>. Le Bureau a présenté cette demande en vertu de l'art. 76, soit la disposition sur le maintien des prix de la *Loi sur la concurrence*<sup>3</sup>.

Le présent exposé offre un aperçu de l'industrie des cartes de crédit, une analyse des enjeux actuels au sein de l'industrie de même qu'une application de la disposition sur le maintien des prix à Visa et à MasterCard. On retrouve parmi les conclusions essentielles du présent exposé les suivantes :

1. La Commissaire de la concurrence (ci-après appelée « la Commissaire ») a adopté à l'égard du maintien des prix une méthode inédite qui nécessitera un élargissement de la jurisprudence actuelle en matière de maintien des prix pour son application au secteur des cartes de crédit.
2. Le Tribunal conclura vraisemblablement que Visa et MasterCard disposent d'une puissance commerciale.
3. En raison des théories économiques contradictoires sur les marchés des cartes de crédit, le Bureau sera vraisemblablement incapable de relever le fardeau de démontrer la nuisance à la concurrence.

### **Aperçu de l'industrie des cartes de crédit**

Les consommateurs peuvent payer les commerçants au moyen de cartes de crédit plutôt que de les payer en argent, par chèque ou par cartes de débit. Les cartes de crédit sont utiles pour les consommateurs, car elles sont sécuritaires et liquides et offrent un accès instantané au crédit. Toutefois, la structure d'un achat comporte nombre d'étapes complexes faisant intervenir plusieurs parties.

#### **1. Parties**

##### **a. Système de paiement quadripartite**

Le système de paiement concocté par Visa et MasterCard est appelé un système de paiement quadripartite puisqu'en plus des réseaux de cartes de crédit, il y a quatre participants majeurs à chaque transaction : les titulaires de cartes, les émetteurs, les acquéreurs et les commerçants (voir l'annexe A pour consulter un diagramme)<sup>3</sup>. Le système quadripartite diffère d'un système de paiement tripartite, où une seule partie conclue des contrats avec les commerçants et les titulaires de cartes<sup>5</sup>.

- **Titulaires de cartes** : Les personnes qui font des achats auprès de commerçants au moyen de leurs cartes de crédit<sup>6</sup>.
- **Émetteurs** : Les institutions financières qui émettent des cartes aux clients<sup>7</sup>. Les émetteurs établissent les frais et les taux d'intérêt applicables aux titulaires de cartes et donnent à ceux-ci des récompenses liées à leur utilisation d'une carte de crédit<sup>8</sup>.
- **Acquéreurs** : Les banques ou autres sociétés financières qui fournissent des services de réseau de cartes de crédit aux commerçants<sup>9</sup>.

On retrouve parmi ces services l'autorisation et le traitement des opérations par carte de crédit de même, souvent, que l'infrastructure matérielle de traitement des cartes de crédit<sup>10</sup>.

- **Commerçants** : Les commerçants acceptent le paiement en échange de biens et services<sup>11</sup>.

#### b. Réseaux de cartes de crédit

Techniquement qualifiés de systèmes de paiement quadripartite, les réseaux de cartes de crédit jouent un important rôle dans le fonctionnement efficace du système de paiement (voir l'annexe A pour consulter le diagramme). Les réseaux de cartes de crédit, comme Visa et MasterCard, procurent l'autorisation, la compensation et le règlement des opérations des clients qui font leurs paiements au moyen de la marque de carte de crédit de leur réseau<sup>12</sup>. L'autorisation comporte l'obtention de la confirmation, pour l'acquéreur, que l'émetteur a approuvé la transaction<sup>13</sup>. La compensation et le règlement comportent le calcul des positions nettes des émetteurs et des acquéreurs, les émetteurs nets transférant des fonds par le réseau à la fin de chaque jour<sup>14</sup>.

Les deux plus importants réseaux de cartes de crédit au Canada sont Visa et MasterCard. Les réseaux de cartes de crédit gagnent des revenus au moyen du traitement des opérations et de l'évaluation des clients (c.-à-d. les banques émettrices) en fonction de la valeur en dollars bruts des cartes qui portent leur marque<sup>15</sup>. Selon le Bureau, ces deux réseaux représentaient quatre-vingt-dix pour cent de toutes les transactions par carte de crédit au Canada en 2009<sup>16</sup>.

## 2. Frais payés lors des transactions par carte de crédit

Nombre de frais sont payés entre les parties à une transaction par carte de crédit (voir l'annexe B pour voir la façon dont les frais circulent dans une opération par carte de crédit). On retrouve parmi ces frais :

- **Frais d'acceptation de carte**<sup>17</sup> : Les frais que le commerçant paye à l'égard de chaque achat par carte de crédit. Les frais sont répartis entre le réseau de cartes, l'émetteur et l'acquéreur. Les frais d'acceptation de carte se composent des frais d'interchange, des frais de réseau et des frais de service.
- **Frais d'interchange**<sup>18</sup> : La somme conservée par l'émetteur lors d'une transaction par carte de crédit. Ils constituent la composante la plus importante des frais d'acceptation de carte, à savoir environ quatre-vingts pour cent. Les réseaux de cartes créent des barèmes complexes de frais d'interchange par défaut qui diffèrent selon le secteur commercial, la méthode d'acceptation des cartes, le type de carte et l'ampleur de la transaction<sup>19</sup>. Par exemple, un achat réglé au moyen d'une carte de crédit privilégiée comme

Visa Infinite engendrerait généralement des frais d'interchange plus élevés que la même opération faite au moyen d'une carte de crédit de base comme Visa Classique<sup>20</sup>. Au Canada, les frais se situent entre 1 et 3 % du prix d'achat, ce qui est généralement beaucoup plus élevé que les frais d'interchange de débit de douze cents par transaction<sup>21</sup>.

- **Frais de réseau**<sup>22</sup> : Le montant que conservent les réseaux de cartes par transaction par carte de crédit. Visa et MasterCard ne divulguent pas ces frais, mais Visa a déclaré que les revenus en découlant par transaction par carte de crédit s'élèvent généralement à moins de 10 % des frais d'interchange<sup>23</sup>.
- **Frais de service**<sup>24</sup> : (**escompte du commerçant**) : Le montant que conservent les acquéreurs dans le cadre d'une transaction par carte de crédit. Ces frais représentent ce qu'un acquéreur facture à un commerçant en sus des frais d'interchange qui représentent le coût pour l'acquéreur. Contrairement aux frais d'interchange, le gouvernement et les réseaux de cartes ne réglementent pas l'escompte du commerçant.

### L'affaire dont est saisi le Tribunal

Le 15 décembre 2010, le Bureau a déposé auprès du Tribunal une demande conjointe contre Visa et MasterCard en vertu de la disposition sur le maintien des prix de la Loi sur la concurrence<sup>25</sup>. La demande énonce trois restrictions imposées aux commerçants qui auraient pour effet d'éliminer la concurrence pour l'acceptation par les commerçants de cartes de crédit en conservant les frais d'acceptation de carte à des niveaux inefficacement élevés<sup>26</sup>. Les restrictions imposées aux commerçants sont des restrictions ou des règles qu'ils doivent suivre lorsqu'ils utilisent Visa ou MasterCard. Visa et MasterCard imposent ces restrictions dans leurs conventions avec les acquéreurs<sup>27</sup>. On retrouve parmi les restrictions imposées aux commerçants les suivantes :

1. Les commerçants ne peuvent encourager les consommateurs à envisager des modes de paiement moins coûteux comme les cartes de débit ou l'argent comptant. (« Règle de non-favoritisme »).
2. Les commerçants ne peuvent ajouter des frais aux achats effectués à l'aide de cartes de crédit ou de cartes de crédit à coût élevé. (« Règle de non-imposition de frais supplémentaires »).
3. Une fois que les commerçants décident d'accepter une marque de carte de crédit (c.-à-d. Visa), ils doivent accepter l'ensemble des cartes de cette marque, y compris les cartes assorties de

frais beaucoup plus élevés. (« Règle obligeant à honorer toutes les cartes »).

Le Bureau allègue que ces restrictions font en sorte que les commerçants canadiens payent cinq milliards de dollars en frais d'acceptation de carte<sup>28</sup>. Le Bureau demande au tribunal d'interdire ces restrictions.

### **Contexte de la contestation du Bureau**

Se situe au cœur de la contestation du Bureau le niveau des frais d'interchange puisque ces frais dictent la valeur des frais d'acceptation de carte. Les frais d'interchange font l'objet d'un examen à l'échelle du monde en raison de l'importance accrue des cartes de crédit et de la consolidation de la puissance commerciale<sup>29</sup>. Malheureusement, une bonne partie des documents portant sur les frais d'interchange se contredisent à l'égard de l'évaluation des effets de ces frais sur l'efficacité<sup>30</sup>. Par conséquent, dans de nombreux pays du monde, il y a des litiges portant sur les frais d'interchange.

En 2009, le Sénat canadien a publié un rapport non contraignant sur l'industrie des cartes de crédit<sup>31</sup>. Le rapport recommandait notamment que l'imposition de frais supplémentaires par les commerçants soit permise conjointement à l'obligation d'afficher les prix afférents à chaque mode de paiement<sup>32</sup>. Le rapport a aussi recommandé la modification de la règle obligeant à honorer toutes les cartes de manière à ce que les commerçants ne soient pas tenus d'accepter les cartes à frais plus élevés<sup>33</sup>.

Par suite de ce rapport, Visa et MasterCard ont adopté un code de conduite sur les cartes de crédit<sup>34</sup>. Le code comporte plusieurs exigences qui avantagent les commerçants, notamment : 1) une divulgation accrue de la part des réseaux de cartes de crédit et des acquéreurs; 2) des périodes minimales de préavis pour l'augmentation des frais d'acceptation de carte; 3) la possibilité pour les commerçants de refuser des cartes de débit d'un réseau tout en acceptant les cartes de crédit de ce réseau; 4) la possibilité pour les commerçants d'accorder des escomptes afférents à différents modes de paiement<sup>35</sup>. La Commissaire a indiqué que même si le code de conduite constituait un pas dans la bonne direction, il n'allait pas suffisamment loin pour régler les problèmes qui touchent l'industrie des cartes de crédit<sup>36</sup>.

En mars 2011, un recours collectif a été déposé au nom des commerçants en Colombie-Britannique contre les réseaux de cartes de crédit et les diverses banques offrant des cartes de crédit. Les demandeurs réclament des dommages-intérêts pour cause de fixation des prix en vertu de la Loi sur la concurrence ainsi que pour plusieurs autres délits en common law<sup>37</sup>. Ces allégations sont fondées sur les restrictions imposées aux commerçants actuellement contestées par le Bureau.

Aux États-Unis, il y a eu de nombreux litiges sur les frais d'interchange<sup>38</sup>. En 2003, Wal-Mart et Sears ont contesté la règle obligeant à honorer toutes les cartes pour les cartes de débit offertes par les réseaux. Visa et MasterCard ont convenu de payer aux détaillants trois milliards de dollars à titre de règlement et ont modifié leur règle obligeant à honorer toutes les cartes à l'égard des cartes de débit<sup>39</sup>. De plus, en 2010, le Département américain de la Justice a accusé les réseaux de cartes de crédit de comportement anticoncurrentiel en raison des restrictions imposées aux commerçants<sup>40</sup>. Visa et MasterCard ont réglé à l'amiable et ont convenu de permettre aux commerçants d'offrir des es-comptes, des incitatifs et des renseignements aux consommateurs afin de les encourager à utiliser des modes de paiement moins coûteux<sup>41</sup>.

L'imposition de frais supplémentaires est interdite dans la plupart des pays, mais de nombreux marchés émergents ont décomposé les frais de cartes de crédit en permettant les frais supplémentaires<sup>42</sup>. Dans ces pays, les frais d'interchange sont plus élevés<sup>43</sup>. L'Australie constitue un exemple de pays développé qui a éliminé la règle de non-imposition de frais supplémentaires. De plus, l'Australie, le Mexique et le Japon ont prescrit des frais d'interchange plus bas<sup>44</sup>.

### **Application de la disposition sur le maintien des prix aux restrictions imposées aux commerçants**

Jusqu'en 2009, le maintien des prix à la revente constituait une infraction pénale au Canada. En 2009, une nouvelle disposition civile sur le maintien des prix (l'article 76) a été intégrée à la Loi sur la concurrence en remplacement de la disposition pénale. Cette disposition prévoit en partie ce qui suit<sup>45</sup> :

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

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

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

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

(2) Le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à la personne visée au paragraphe (3) de continuer de se livrer au comportement visé

à l'alinéa (1)a) ou exiger qu'elle accepte une autre personne comme client dans un délai déterminé aux conditions de commerce normales.

(3) Peut être visée par l'ordonnance prévue au paragraphe (2) la personne qui, selon le cas :

a) exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit;

b) offre du crédit au moyen de cartes de crédit ou, d'une façon générale, exploite une entreprise dans le domaine des cartes de crédit;

c) détient les droits et privilèges exclusifs que confèrent un brevet, une marque de commerce, un droit d'auteur, un dessin industriel enregistré ou une topographie de circuit intégré enregistrée.

La demande du Bureau est la première demande fondée sur la disposition civile relative au maintien des prix à être présentée au Canada. Par conséquent, les éléments de cette disposition n'ont jamais été appliqués. La méthode adoptée sera vraisemblablement similaire à celle qui a été suivie pour la disposition pénale sur le maintien des prix à la revente<sup>46</sup>.

Voici les éléments de la disposition<sup>47</sup> :

- 1. Application de l'article 76** : La disposition s'applique à toute personne dont l'entreprise fournit un produit ou a trait aux cartes de crédit.
- 2. Entente qui influence le prix** : La disposition s'applique lorsqu'un fournisseur, au moyen d'une menace, d'une promesse ou d'une entente, fait monter ou empêche qu'on réduise le prix.
- 3. Effet de nuire à la concurrence** : La conduite nuit à la concurrence.

Étant donné que la disposition sur le maintien des prix est de nature civile, il faut en démontrer chaque élément selon la prépondérance des probabilités. Chacun de ces éléments est abordé ci-après.

### 1. Application des paragraphes 76(1) à 76(3)

La disposition s'applique à Visa et à MasterCard parce qu'elles exploitent une entreprise liée aux cartes de crédit<sup>48</sup>.

### 2. Entente qui influence le prix – sous-al. 76 (1)a)(i)

Le sous-al. 76(1)a)(i) contient plusieurs sous-éléments, notamment : a) l'existence d'une entente, d'une menace ou d'une promesse; b) l'exigence de revente; c) la question de savoir si l'entente a fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix.

a. Entente, menace ou promesse

Certaines ententes conclues entre les réseaux de cartes de crédit et les banques acquéreurs exigent de ces dernières qu'elles prévoient des restrictions aux commerçants dans leurs ententes avec ceux-ci<sup>49</sup>.

b. Le maintien des prix nécessite-t-il la revente?

Le sous-al.76(1)a)(i) contient les termes « ou toute personne qui le reçoit pour le revendre », ce qui sous-entend que le produit dont le prix est influencé doit être vendu ou revendu. Historiquement, les demandes fondées sur le maintien des prix ont été présentées dans le contexte de rapports fournisseur/revendeur ayant trait à des produits de consommation<sup>50</sup>. L'industrie de cartes de crédit est un modèle complexe de prestation de services qui est moins direct qu'un marché de produits de consommation en aval standard. Ainsi, l'application traditionnelle du maintien des prix à la revente n'est pas adaptée à cette industrie et un élargissement de la jurisprudence est nécessaire pour que l'art. 76 s'applique à l'affaire en cause<sup>51</sup>.

Visa et MasterCard soutiennent que l'art. 76 ne peut s'appliquer puisqu'il n'y a pas de revente. Il n'y a pas de revente parce que les services fournis aux émetteurs et aux acquéreurs (les clients des réseaux de cartes) ne sont pas les mêmes que ceux qui sont fournis aux commerçants et aux titulaires de cartes<sup>52</sup>.

La Commissaire rétorque que la disposition sur le maintien des prix n'exige pas la vente ou la revente; elle exige seulement une entente qui a pour effet de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix d'un produit<sup>53</sup>. De plus, le sous-al. 76(1)a)(i) établit une distinction entre les clients et les non-clients, l'exigence de revente ne s'appliquant qu'aux non-clients<sup>54</sup>. Puisque les émetteurs et les acquéreurs achètent des services auprès de Visa et de MasterCard, on peut soutenir qu'ils sont des clients des réseaux de cartes de crédit même s'ils ne revendent pas les produits de ces réseaux aux commerçants et aux titulaires de cartes.

En définitive, on ne peut établir avec certitude si l'absence de revente et de fournisseur direct entraînera le rejet de la demande de la Commissaire, puisque le sous-al. 76(1)a)(i) peut être interprété des deux façons. Cependant, étant donné que le par. 76(3) identifie expressément l'industrie des cartes de crédit comme secteur d'application de la disposition, il est possible que le législateur ait voulu que l'art. 76 s'applique au modèle complexe de prestation de services dans l'industrie des cartes de crédit<sup>55</sup>.

c. Le comportement a fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix

La Commissaire doit démontrer que les restrictions imposées aux commerçants par les réseaux de cartes de crédit ont fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix des services de réseau de cartes de crédit que fournissent

les clients de Visa et MasterCard. La Commissaire soutient que les restrictions imposées aux commerçants empêchent la réduction des frais d'acceptation de carte<sup>56</sup>. Les commerçants transfèrent le coût des frais majorés à tous les consommateurs, que ceux-ci utilisent ou non des cartes de crédit<sup>57</sup>.

N'eût été les restrictions, les commerçants pourraient adopter diverses pratiques qui obligeraient les titulaires de cartes à internaliser les coûts des modes de paiement qu'ils choisissent<sup>58</sup>. Cette pratique aurait comme effet une réduction de la demande de cartes de crédit, particulièrement les cartes de crédit à frais élevés<sup>59</sup>. Par conséquent, les émetteurs de cartes de crédit soit cesseraient d'offrir des cartes à frais élevés, soit négocieraient des frais d'interchange plus bas relativement à ces cartes, puisqu'il y aurait un excédent de services d'émission de cartes de crédit en raison de la diminution de la demande de services de cartes de crédit<sup>60</sup>.

Visa et MasterCard soutiennent qu'il n'y a aucun lien direct entre les restrictions imposées aux commerçants et les frais d'acceptation de carte facturés à ceux-ci puisque les acquéreurs ne sont aucunement limités dans l'établissement de leur politique de prix à l'égard des commerçants<sup>61</sup>. En outre, les réseaux de cartes prétendent que les frais d'interchange, qui constituent le fondement des frais d'acceptation de carte, ne constituent pas un prix, mais un mécanisme de pondération qui équilibre les deux versants du marché des cartes afin de maximiser la production globale du système<sup>62</sup>.

Historiquement, les déclarations de culpabilité obtenues en matière de maintien des prix visaient les tentatives de faire des pressions directement liées à l'établissement du prix d'un produit. Une méthode indirecte d'influence du prix, comme dans l'affaire en cause, n'a jamais été appliquée<sup>63</sup>. Par conséquent, une conclusion favorable au Bureau nécessiterait un élargissement de la jurisprudence<sup>64</sup>.

La jurisprudence diffère largement sur l'interprétation de l'expression [traduction] « la tentative d'influencer le prix »<sup>65</sup>. Dans *Cluett*<sup>66</sup> et dans *Phillips Electronics*<sup>67</sup>, la disposition a été interprétée restrictivement de manière à ne s'appliquer qu'à un nombre limité de situations claires, ce qui donne à penser que la méthode créative appliquée par la Commissaire en matière d'influence du prix serait vraisemblablement rejetée<sup>68</sup>. Toutefois, dans *Kito Canada*<sup>69</sup> et dans *Shell Canada Products*<sup>70</sup>, les tribunaux ont adopté une interprétation plus téléologique et ont considéré qu'un éventail plus large d'infractions était visé par la disposition<sup>71</sup>. La jurisprudence mitigée donne à penser que le Tribunal pourrait permettre la méthode inusitée qu'a suivi la Commissaire. De plus, maintenant que la disposition n'est plus de nature pénale, peut-être verra-t-on une application plus téléologique de l'art. 76 en raison de la norme de preuve plus faible et des recours plus limités par rapport à l'ancienne disposition sur le maintien des prix.

### 3. Effet de nuire à la concurrence – al. 76(1)b

#### a. Marché pertinent

Afin d'établir la nuisance à la concurrence, il faut d'abord discerner le marché où se produit cette nuisance. Les parties s'entendent pour dire que le marché géographique pertinent est le Canada<sup>72</sup>. Toutefois, les parties ne s'entendent pas quant au marché de produits approprié. La Commissaire avance que le marché de produits approprié est le marché de la prestation des services de réseau de cartes de crédit, tandis que Visa et MasterCard allèguent qu'il s'agit du marché de la prestation de toutes les formes de services de paiement.

Une définition plus étroite du marché peut être acceptée s'il n'y a pas de substitut réel au marché restreint<sup>73</sup>. Dans l'affaire en cause, le Bureau soutient qu'il n'y a aucun substitut réel pour les cartes de crédit dans le marché des paiements<sup>74</sup>. Les cartes de débit, les chèques et l'argent comptant constituent des modes de paiement inférieurs, car ils n'offrent pas de période de crédit sans intérêt, de récompenses d'utilisation ni le même niveau de protection contre la fraude<sup>75</sup>. De plus, les cartes de crédit ont des limites quotidiennes beaucoup plus élevées que les cartes de débit, qui s'en rapprochent le plus sur le plan de l'efficacité et de la sécurité<sup>76</sup>. En outre, la Commissaire cite le fait que les prix moins élevés des cartes de débit n'ont ni influencé ni restreint les décisions d'établissement de prix du marché des cartes de crédit pour démontrer que les cartes de débit ne compromettraient pas le monopole hypothétique d'un réseau de cartes de crédit<sup>77</sup>.

Visa et MasterCard avancent qu'elles se livrent concurrence dans l'industrie mondiale des paiements<sup>78</sup>. Elles font valoir qu'on peut utiliser d'autres modes de paiement pour acheter des produits dans les magasins et en ligne. Par ailleurs, d'autres modes de paiement sont aussi généralement acceptés que les cartes de crédit.

Historiquement, le Tribunal a eu tendance à favoriser des définitions de marché plus restreintes, ce qui appuierait la demande de la Commissaire<sup>79</sup>. De plus, pour les industries de réseau comme le marché des cartes de crédit, certains observateurs estiment qu'une [traduction] « définition de marché plus précise offre un meilleur outil d'analyse de l'effet de l'exclusivité » puisque le marché pertinent ne comprendrait que les parties qui sont touchées, sur le plan concurrentiel, par de telles restrictions de marché<sup>80</sup>.

Aux États-Unis, des décisions sur le marché pertinent ont été rendues à l'égard de Visa et de MasterCard. Dans l'affaire de 1986 NaBanco, le tribunal a conclu qu'une définition large du marché, englobant tous les modes de paiement, était appropriée<sup>81</sup>. Toutefois, dans l'affaire de 2003 Visa USA, le tribunal a rejeté le marché de tous les modes de paiement en faveur d'un marché limité aux services de réseaux de cartes de crédit<sup>82</sup>. Le tribunal a favorisé la définition

de marché plus restrictive en fonction de motifs semblables à ceux qui ont été avancés par la Commissaire et qui sont déjà mentionnés. De plus, le tribunal a jugé convaincants les facteurs suivants :

1. Lorsqu'elles établissent des frais d'interchange, Visa et MasterCard examinent seulement les frais l'une de l'autre, et non pas les frais associés à d'autres modes de paiement.
2. Des documents internes démontrent que Visa et MasterCard reconnaissent l'existence du marché plus restreint des services de cartes de crédit.
3. Des éléments de preuve de nature économique présentés par Michael Katz, expert qui a témoigné dans l'affaire, indiquent qu'il est très improbable que suffisamment de titulaires de carte passent des cartes de crédit à d'autres modes de paiement pour rendre non rentables les augmentations de prix pour un détenteur de monopole hypothétique.

À la lumière de la jurisprudence américaine plus récente et de la tendance canadienne de choisir des définitions plus restreintes de marché, il est probable que la définition plus restreinte du marché l'emportera.

#### b. Puissance commerciale

Le marché pertinent est important pour déterminer si Visa et MasterCard jouissent d'une puissance commerciale. Une définition de marché excessivement large fait souvent en sorte qu'il est difficile de démontrer la puissance commerciale puisque les effets sur la concurrence des restrictions contestées semblent moins importants lorsqu'on les évalue dans un marché plus grand<sup>83</sup>. Ainsi, si on juge que le marché pertinent est le marché de l'offre de tous les modes de paiement, il sera plus difficile d'établir que Visa et MasterCard jouissent d'une puissance commerciale. Visa et MasterCard adoptent l'opinion du marché plus grand et prétendent qu'elles exercent leurs activités dans le marché très concurrentiel des services de paiement<sup>84</sup>.

La Commissaire allègue que Visa et MasterCard jouissent d'une puissance commerciale à la lumière de la définition plus restreinte de marché. Premièrement, Visa et MasterCard représentent conjointement quatre-vingt-dix pour cent du marché des paiements par carte de crédit, soit un niveau très élevé de concentration<sup>85</sup>. Deuxièmement, Visa et MasterCard réussissent à établir une discrimination par les prix lorsqu'elles établissent les frais d'interchange en fonction de l'industrie du commerçant, du type de carte et de l'ampleur de la transaction<sup>86</sup>. Troisièmement, des éléments de preuve indiquent que les réseaux de cartes de crédit ont augmenté leurs prix sans diminution connexe de volume<sup>87</sup>. Enfin, les cartes de crédit sont si généralement acceptées que si un commerçant décide de ne pas les accepter, il se désavantagera sur le plan concurrentiel par rapport aux autres commerçants qui les acceptent<sup>88</sup>.

Il existe aussi plusieurs obstacles majeurs à l'entrée qui démontrent la durabilité de la puissance commerciale de Visa et MasterCard. Le premier obstacle à l'entrée est le coût en capital du développement des réseaux de Visa et MasterCard<sup>89</sup>. Les deux sociétés jouissent de grandes plates-formes et ressources mondiales qui leur permettent de livrer efficacement concurrence. Il serait à la fois difficile et coûteux pour un nouveau concurrent de développer l'infrastructure nécessaire. Les effets de réseau qu'engendre le marché des cartes de crédit constituent un deuxième obstacle à l'entrée, et probablement le plus important<sup>90</sup>. Les effets de réseau signifient que la valeur du produit pour les titulaires de cartes est plus élevée si davantage de commerçants acceptent la carte et que la valeur du produit pour les commerçants est plus élevée si davantage de titulaires utilisent la carte<sup>91</sup>. Par conséquent, un nouveau concurrent éprouverait des difficultés à acquérir des commerçants et des titulaires de cartes parce qu'il n'en aurait aucun au départ. Le coût de développement d'une marque de carte de crédit constitue un troisième obstacle à l'entrée<sup>92</sup>. Visa et MasterCard ont investi des ressources importantes pour développer leurs marques et inspirer confiance aux consommateurs et aux commerçants.

La puissance commerciale de Visa et MasterCard a été évaluée dans plusieurs décisions américaines. La dynamique économique du marché américain est vraisemblablement suffisamment semblable pour qu'on puisse tirer des conclusions valides pour le marché canadien. Dans *Visa USA*, le tribunal a conclu que Visa et MasterCard jouissent d'une puissance commerciale pour les raisons suivantes : 1) les commerçants ne peuvent refuser les augmentations de prix en raison du fait que les clients préfèrent utiliser des cartes de crédit par rapport aux autres modes de paiement; 2) Visa et MasterCard ont une forte concentration du marché; (3) Visa et MasterCard ont réussi à empêcher American Express de faire émettre sa carte par les banques en imposant des règles restrictives aux banques qui voulaient émettre des cartes MasterCard et Visa<sup>93</sup>. Dans *NaBanco*, où on a adopté une définition plus large de marché, la cour a conclu que Visa ne jouissait pas de suffisamment de puissance commerciale<sup>94</sup>. Toutefois, puisque cette affaire ne portait que sur Visa, et non pas sur Visa et MasterCard ensemble, la conclusion est peu pertinente pour l'affaire en cause.

Puisque le marché pertinent sera vraisemblablement le marché plus restreint des services de réseaux de cartes de crédit, et à la lumière de la jurisprudence américaine qui soutient une attribution de puissance commerciale lorsqu'il existe une définition plus restrictive, Visa et MasterCard seront vraisemblablement jugés jouir collectivement d'une puissance commerciale.

### c. Effet de nuire à la concurrence

Le Bureau doit aussi prouver que le marché pertinent est moins concurrentiel en raison des restrictions imposées aux commerçants<sup>95</sup>. Pour prouver la nuisance, il faut faire enquête sur la dynamique économique des marchés des

cartes de crédit. La dynamique économique des cartes de crédit constitue un domaine d'étude controversé qui donne lieu à plusieurs opinions opposées.

Rend le marché des services de cartes de crédit unique le fait qu'il s'agit d'un marché à deux versants<sup>96</sup>. Les marchés à deux versants sont des plates-formes économiques qui comportent deux groupes d'utilisateurs distincts qui se procurent l'un à l'autre des avantages de réseau<sup>97</sup>. Une telle plate-forme peut prospérer seulement si elle peut convenablement coordonner les demandes des deux groupes d'utilisateurs en élargissant les deux marchés pour comprendre un nombre suffisant<sup>98</sup>. Par exemple, les plates-formes de jeu vidéo comme le Wii de Nintendo et le PlayStation de Sony doivent attirer suffisamment d'adeptes du jeu pour convaincre les développeurs de concevoir des jeux pour le système, mais ils ont aussi besoin de jeux afin d'inciter les adeptes à acheter et utiliser la console de jeu vidéo<sup>99</sup>. Comme il a été mentionné, un tel marché fait intervenir des facteurs externes, puisque plus le réseau est grand, plus il est avantageux pour les commerçants et les titulaires de cartes<sup>100</sup>.

Les frais d'interchange représentent le prix appliqué dans un marché à deux versants. Étant donné que les commerçants et les clients ont différentes préférences et élasticités des prix de la demande, le prix qui maximise la participation peut faire en sorte qu'un versant du marché paie un prix moins élevé que l'autre versant<sup>101</sup>.

#### *Visa et MasterCard*

Dans *NaBanco*, la cour a évalué l'efficacité du système de frais d'interchange<sup>102</sup>. En fonction de la théorie économique avancée par le témoin expert de Visa, William Baxter<sup>103</sup>, la cour a conclu que le niveau de frais d'interchange qui maximise les profits de Visa est le niveau socialement optimal<sup>104</sup>. Sans frais d'interchange, le revenu tiré des titulaires de cartes est trop faible pour qu'il vaille la peine pour les banques émettrices d'émettre des cartes et le revenu tiré des commerçants est plus que suffisant pour couvrir le coût de l'acquéreur<sup>105</sup>. Ainsi, ces frais sont socialement optimaux puisque le système règle les déséquilibres entre les coûts et les revenus sur les deux versants du marché. Sans frais d'interchange, il n'y aurait peut-être pas suffisamment de titulaires de cartes sur le marché puisque les frais tirés des banques émettrices seraient trop élevés. La théorie économique de Richard Schmalensee soutient la conclusion de Baxter<sup>106</sup>. Il a énoncé l'hypothèse selon laquelle le niveau de prix privé optimal des banques dans le cadre d'une concurrence imparfaite est aussi le niveau socialement optimal puisque les réseaux de cartes de crédit et la société en général ont le même objectif, qui consiste à maximiser le volume<sup>107</sup>.

Les arguments de Visa et de MasterCard semblent être fondés sur l'ensemble des théories économiques créées par Baxter et Schmalensee. Elles soutiennent que les restrictions imposées aux commerçants favorisent le volume dans

tout le réseau et que sans les restrictions pertinentes, le mécanisme de frais d'interchange ne pourrait pas fonctionner aussi efficacement<sup>108</sup>. L'absence de restrictions rendrait les cartes de crédit moins attrayantes pour les consommateurs, entraînant la diminution des transactions par carte de crédit et une diminution de l'efficacité du marché des services de réseau de cartes de crédit<sup>109</sup>. Les frais d'interchange plus bas ne sont pas plus efficaces contrairement à ce que prétend la Commissaire. Une diminution des frais ne ferait que transférer de la richesse du consommateur au commerçant sans avantage économique<sup>110</sup>. En Australie, la diminution prescrite par règlement des frais d'interchange ne s'est pas traduite par des prix plus bas pour les consommateurs, puisque seulement cinq pour cent des commerçants ont transmis aux consommateurs les économies de coût<sup>111</sup>. Par ailleurs, les émetteurs ont augmenté les tarifs facturés aux titulaires de cartes en raison des frais d'interchange plus bas<sup>112</sup>.

De plus, Visa et MasterCard soutiennent que la règle de non-imposition de frais supplémentaires est une mesure de protection des consommateurs, car elle protège les consommateurs qui préfèrent la commodité, la sécurité et la fiabilité des cartes de crédit comparativement à l'argent comptant et aux chèques<sup>113</sup>. Permettre des frais supplémentaires enrichit les commerçants aux dépens des consommateurs puisque les consommateurs défraient maintenant les coûts des transactions par carte de crédit plutôt que les commerçants<sup>114</sup>. Qui plus est, rien n'indique que les commerçants diminueraient leurs frais puisqu'ils n'ont plus à intégrer les frais de cartes de crédit dans leurs prix. Les commerçants demanderaient vraisemblablement les mêmes prix pour ensuite percevoir des frais supplémentaires en sus<sup>115</sup>. Il y a transfert de richesse, mais aucun gain économique. Ainsi, Visa soutient que [TRADUCTION] « la loi, les considérations de principe et la pratique commerciale n'exigent pas que les coûts liés à un service donné à un commerçant soient pris en charge seulement par un certain sous-ensemble de clients »<sup>116</sup>. De plus, des éléments de preuve de l'Australie, où la règle de non-imposition de frais supplémentaires a été abrogée, indiquent qu'il y a eu une augmentation majeure des frais supplémentaires injustifiés pour les titulaires de cartes, les frais supplémentaires pouvant atteindre dix pour cent par transaction<sup>117</sup>.

La règle obligeant à honorer toutes les cartes est aussi une mesure de protection du consommateur. Sans cette mesure, les consommateurs ignoreraient si leur carte particulière est acceptée avant de se trouver dans le magasin, même si la pancarte indiquait que leur marque de carte est acceptée<sup>118</sup>. En outre, la règle a été instaurée pour empêcher les commerçants de se mettre la main dans le portefeuille des consommateurs et de dicter les produits de paiement qu'ils peuvent utiliser<sup>119</sup>. L'abrogation de la règle susciterait de la confusion auprès des consommateurs et éliminerait leurs choix au point de vente<sup>120</sup>.

La règle de non-favoritisme, qui est anticoncurrentielle selon le Bureau, n'a

pas beaucoup d'effet. En vertu de cette règle, les commerçants peuvent toujours offrir des escomptes aux clients qui paient en argent comptant et peuvent essentiellement se livrer à toute autre forme de favoritisme que l'imposition de frais supplémentaires<sup>121</sup>.

*Le Bureau de la concurrence*

En 2006, Frankel et Champine ont produit une théorie économique opposée. Reconnaissant Baxter, ils admettent que dans un monde parfait, sans frais et sans friction, les frais d'interchange seraient neutres<sup>122</sup>. Toutefois, dans le monde d'aujourd'hui, les réseaux de cartes de crédit n'établissent pas les frais d'interchange efficacement en raison d'effets externes de l'usage<sup>123</sup>. En vertu de la théorie de l'effet externe de l'usage, le niveau optimal de frais d'interchange se situe là où les commerçants ne se soucient pas du mode de paiement choisi<sup>124</sup>.

Le problème qui se pose dans le marché des cartes de crédit découle du fait qu'il existe un effet externe de l'usage, par lequel les acheteurs choisissent le mode de paiement, mais les vendeurs prennent en charge les coûts de ce choix<sup>125</sup>. Cet effet externe existe aussi longtemps que les commerçants ne peuvent pas modifier leurs prix pour refléter les coûts imposés par un mode de paiement donné. En raison des restrictions imposées aux commerçants, ceux-ci sont peu en mesure d'établir les prix de façon souple en fonction des modes de paiement<sup>126</sup>. Plusieurs parties en subissent ainsi des effets économiques néfastes :

- **Commerçants** : Les commerçants ne peuvent choisir les modes de paiement, ce qui permet aux réseaux de leur facturer des frais d'interchange inefficacement élevés sans conséquence<sup>127</sup>.
- **Titulaires de cartes** : Les titulaires de cartes payent le même prix peu importe leur choix de mode de paiement, de sorte que les utilisateurs de cartes de débit, d'argent comptant et de chèque subventionnent les utilisateurs de cartes de crédit<sup>128</sup>. Étant donné que les utilisateurs d'argent comptant sont statistiquement moins riches que les utilisateurs de cartes de crédit, les pauvres subventionnent les riches, résultat socialement indésirable<sup>129</sup>. L'effet net sur les titulaires de cartes en tant que groupe est négatif puisque les émetteurs n'accordent pas d'escompte aux titulaires de cartes pour leur faire profiter pleinement de cet avantage (voir « émetteurs » ci-après)<sup>130</sup>. Malgré la perte nette globale, il existe un problème d'action collective, de sorte que les consommateurs continuent d'utiliser les cartes de crédit parce qu'ils se font demander le même prix, peu importe le coût de la transaction<sup>131</sup>.
- **Émetteurs** : Les émetteurs tirent des profits supranormaux des

frais d'interchange, de sorte que les émetteurs sont rentables sans demander de frais aux titulaires de cartes<sup>132</sup>. De plus, les titulaires de cartes sont assujettis à des frais de substitution et les escomptes qui leur sont consentis ne sont pas sans coût<sup>133</sup>. Par conséquent, plutôt que de transmettre par escompte le plein avantage aux titulaires de cartes, les émetteurs ont un incitatif à exercer des activités promotionnelles visant l'accroissement de l'utilisation des cartes de crédit et des profits supranormaux<sup>134</sup>. La preuve de l'augmentation des offres de cartes de crédit par courrier constitue un exemple de tentative de maximisation des profits<sup>135</sup>. Ces offres engendrent d'importants coûts sociaux.

- **Autres modes de paiement** : L'utilisation des autres modes de paiement diminue puisque les cartes de crédit sont utilisées au-delà du niveau socialement optimal<sup>136</sup>.
- **Réseaux de cartes de crédit** : La concurrence aux points de vente entre les réseaux de cartes est éliminée en raison de l'absence de lien entre le prix et le choix de cartes. Sans incitatif concurrentiel, les réseaux de cartes ne sont pas enclins à agir efficacement<sup>137</sup>.

L'argument du Bureau semble reposer sur cette théorie économique. Le Bureau prétend que les restrictions imposées aux commerçants empêchent le bon fonctionnement du processus concurrentiel. Sans les restrictions, les consommateurs internaliseraient les coûts, la demande de cartes de crédit diminuerait et les émetteurs cesseraient d'offrir des cartes coûteuses ou seraient forcés de négocier des frais d'interchange plus bas<sup>138</sup>. Par conséquent, les frais d'acceptation de carte diminueraient comparativement aux autres modes de paiement, ce qui préviendrait les effets concurrentiels négatifs susmentionnés. Hormis les conséquences formulées par Frankel et Champine, la Commissaire prétend que l'élimination des restrictions imposées aux commerçants préviendrait aussi des frais élevés pour les consommateurs puisque les commerçants transfèrent aux consommateurs les coûts afférents aux cartes de crédit<sup>139</sup>. En outre, puisque les consommateurs ne choisissent pas leurs modes de paiement en fonction de leurs coûts, il n'y a aucun incitatif de concurrence intra-marque entre les types de cartes offertes par Visa et MasterCard, et il existe un obstacle à l'entrée puisqu'un nouveau concurrent ne pourrait livrer concurrence en demandant des frais moins élevés<sup>140</sup>.

Enfin, la Commissaire prétend que la capacité d'imposer des frais supplémentaires réussit mieux à prévenir les effets anticoncurrentiels que l'escompte actuellement permis<sup>141</sup>. Il y a escompte lorsqu'un commerçant diminue le prix d'achat annoncé en cas d'utilisation d'un mode de paiement donné (c.-à-d. l'argent comptant). Il y a imposition de frais supplémentaires lorsque des frais sont ajoutés au prix d'achat en cas d'utilisation d'un certain mode de paiement.

Les frais supplémentaires sont plus efficaces parce qu'ils permettent aux commerçants d'annoncer le prix le plus bas<sup>142</sup>. En outre, la Commissaire soutient que les consommateurs réagissent plus fortement à l'imposition de frais supplémentaires qu'à la renonciation à un escompte<sup>143</sup>.

*Est-ce que cela nuit à la concurrence?*

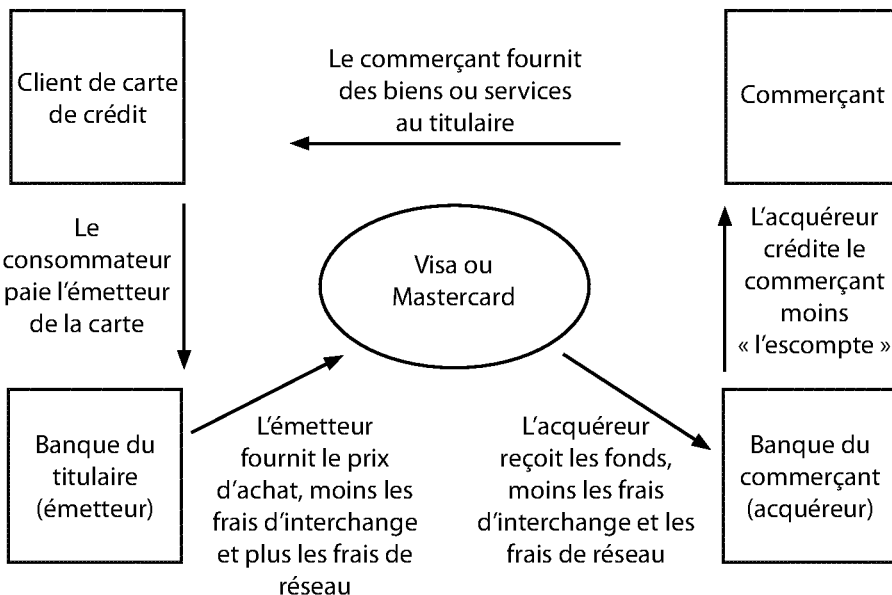
À l'heure actuelle, on ne peut établir avec certitude la qualification convenable des rapports entre les marchés et le niveau socialement optimal des frais d'interchange<sup>144</sup>. Il est extrêmement difficile de démontrer si suffisamment de commerçants iraient à l'encontre des restrictions qui leur sont imposées pour influencer le marché et si les émetteurs et les acquéreurs réagiraient comme prévu devant un nouveau comportement de la part des commerçants<sup>145</sup>. En raison du manque de clarté de la théorie économique et de l'absence de preuve empirique, la Commissaire serait vraisemblablement incapable de relever ce fardeau de preuve<sup>146</sup>. Par conséquent, la Commissaire ne serait vraisemblablement pas en mesure de démontrer la nuisance à la concurrence.

Malgré l'issue juridique probable, j'estime que la théorie économique avancée contre les restrictions imposées aux commerçants est plus convaincante. Selon le modèle actuel, les cartes de crédit ne livrent pas une concurrence équitable aux autres modes de paiement. Des technologies comme le débit sont aussi commodes et aussi généralement acceptées que les cartes de crédit, mais les restrictions imposées aux commerçants maintiennent le prix des cartes de crédit à un niveau bien supérieur au prix des cartes de débit. Si on développait des modes de paiement plus efficaces que les cartes de crédit, il y aurait grandement lieu de craindre que l'obstacle à l'entrée créé par l'effet externe de l'usage entraverait le développement de la technologie.

### **Conclusion**

Cette affaire de politique en matière de concurrence s'inscrit dans l'examen mondial des frais d'interchange et des restrictions connexes imposées aux commerçants. On ne peut établir avec certitude si la méthode créative adoptée par le Bureau mènera à l'application de la disposition sur le maintien des prix puisqu'il n'y a pas de revente et qu'aucun fournisseur direct n'influence le prix au sens traditionnel. Toutefois, si le Tribunal décide d'élargir les règles de droit pour accepter la méthode du Bureau, il est probable que Visa et MasterCard seront jugées jouir d'une puissance commerciale. Néanmoins, en raison de l'incertitude entourant la dynamique économique des cartes de crédit, le Bureau ne réussira vraisemblablement pas à prouver, selon la prépondérance des probabilités, que ces frais et restrictions ont pour effet de nuire à la concurrence. Par conséquent, il est improbable que le Tribunal rende une ordonnance défavorable aux réseaux de cartes de crédit.

### Annexe A : Diagramme du système de paiement quadripartite par carte de crédit<sup>147</sup>



### Annexe B : Les étapes d'une transaction par carte de crédit<sup>148</sup>

1. Le titulaire présente sa carte de crédit pour payer les biens ou les services.
2. Le commerçant glisse la carte et transmet la demande d'autorisation à la banque acquéreur.
3. La banque acquéreur envoie électroniquement la demande d'autorisation au réseau de cartes de crédit.
4. Le réseau de cartes de crédit transmet la demande d'autorisation à l'émetteur.
5. L'émetteur approuve ou refuse la transaction (réponse d'autorisation).
6. Le réseau de cartes de crédit transmet la réponse d'autorisation à la banque acquéreur.
7. La banque acquéreur transmet la réponse d'autorisation au commerçant.
8. Le commerçant reçoit la réponse et termine la transaction en conséquence.
9. Le commerçant dépose le reçu de transaction auprès de la banque acquéreur.
10. La banque acquéreur soumet la transaction au réseau.
11. Le réseau facilite le règlement avec l'émetteur, payant à l'acquéreur le prix des biens et services, moins les frais d'interchange (les frais de réseau sont aussi perçus dans le processus).
12. La banque émettrice porte le prix au relevé mensuel du titulaire.
13. L'acquéreur crédite au commerçant le produit de la vente, déduction faite de l'escompte du commerçant.

## Bibliographie

### LOIS

*Loi sur la concurrence*, LRC 1985, ch. C-34, art. 76.

### JURISPRUDENCE

*National Bancard Corp. (NaBanco) c. Visa U.S.A. Inc.* (1986), 779 F.2d 592.

*Neilsen Canada (Director of Investigation and Research) c. D&B Companies of Canada Ltd.* (1996), 64 C.P.R. (3d) 216.

*R.c. Cluett, Peabody* (1982), 64 C.P.R. (2d) 30 (Cour de comté de l'Ontario).

*R.c. Phillips Electronics* (1980), 30 C.P.R. (2d) 129 (C.A.O.).

*R.c. Kito Canada Ltd.* (1975), 22 C.P.R. (2d) 275 (C.B.R.N.).

*R.c. Shell Canada Products Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 501 (C.B.R.M.).

*La Commissaire de la concurrence c. Visa Canada Corp. & MasterCard International Inc.*, (15 décembre 2010), CT-2010-010, en ligne : Tribunal de la concurrence <<http://www.ct-tc.gc.ca>> (Avis de demande).

*La Commissaire de la concurrence c. Visa Canada Corp. & MasterCard International Inc.*, (31 janvier 2011), CT-2010-010, en ligne : Tribunal de la concurrence <<http://www.ct-tc.gc.ca>> (Réponse de Visa Canada Corp.).

*La Commissaire de la concurrence c. Visa Canada Corp. & MasterCard International Inc.*, (31 janvier 2011 CT-2010-010, en ligne : Tribunal de la concurrence <<http://www.ct-tc.gc.ca>> (Réponse de MasterCard International Inc.).

*La Commissaire de la concurrence c. Visa Canada Corp. & MasterCard International Inc.*, (14 February 2011), CT-2010-010, en ligne : Tribunal de la concurrence <<http://www.ct-tc.gc.ca>> (Réplique de la Commissaire de la concurrence).

*United States of America c. Visa U.S.A. Inc. & MasterCard International*, (2003) 344 F.3 d 229, 163 f. supp. 2d 322.

*Watson c. Bank of America Corp.*, (28 mars 2011), VLC-S-S-112003, en ligne : Branch MacMaster LLP <<http://www.branchmacmaster.com>> (Avis de demande civile).

### DOCTRINE

Arango, Carlos et Varya Taylor, « Merchant Acceptance, Costs, and Perceptions of Retail Payments: A Canadian Survey » (2008) Document d'analyse de la Banque du Canada 2008-2012.

Branch MacMaster, communiqué, « Class Action Filed Against Visa, MasterCard, and Leading Banks Over Alleged Price Fixing Conspiracy » (29 mars 2011) en ligne : Branch MacMaster LLP <<http://creditcardclassaction.com>>.

Bulmer, John, « Les systèmes de paiement : le marché de la carte de crédit au Canada » (24 septembre 2009) en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/>>.

- Bureau de la concurrence, communiqué, « Le Bureau de la concurrence conteste les règles anticoncurrentielles de Visa et MasterCard » (15 décembre 2010) en ligne : Bureau de la concurrence <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>>.
- Bureau de la concurrence, communiqué, « Règles anticoncurrentielles de Visa et MasterCard– fiche de renseignements » (décembre 2010) en ligne : Bureau de la concurrence <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>>.
- Corcoran, Terence, « Why the competition czar is wrong about credit cards », *National Post* (16 décembre 2010) en ligne : National Post <<http://www.nationalpost.com>>.
- Département américain de la Justice, communiqué, « Attorney General Speaks at Visa, MasterCard, American Express Press Conference » (4 octobre 2010) en ligne: Département américain de la Justices <<http://www.justice.gov>>.
- Eisenmann, Parker et Van Alstyne, « Two-sided Markets » (2011) online: Platform Economics and Strategy <<http://platformeconomics.org/two-sided-markets/>>.
- Frankel, Alan S. et Allan L. Shampine, « The Economic Effects of Interchange Fees » (2006) 74 *Antitrust Law Journal* 627.
- Hernandez, Will, « Canada Competition Bureau Blasts Visa, MC », *American Banker* 175:F348 (17 décembre 2010) 2.
- , « Canadian Competition Bureau Contends Card Brands' Rules are Anticompetitive », *CardLine* 10:52 (17 décembre 2010) 21.
- , « Visa Canada Defends Policies », *American Banker* 177:19 (17 décembre 2010) 2.
- Hutton, Susan M. et Kevin Rushton, « Primer on amendments to Canada's Competition Act and Investment Canada Act », *The Competitor* (23 mars 2009) en ligne : The Competitor <<http://www.thecompetitor.ca>>.
- Lyon, James M., « The Interchange Debate: Issues and Economics », *The Region: Banking and Policy Issues Magazine* (juin 2006), en ligne : The Federal Reserve Bank of Minneapolis <<http://www.minneapolisfed.org>>.
- MasterCard Incorporated, *Form 10-K Annual Report*, (Delaware: United States Securities & Exchange Commission, 31 décembre 2010)
- Moon, Eunice A., « Redefining Relevant Markets under the Sherman Antitrust Act: The New York District Court Finds MasterCard and Visa in a Class of their Own » (2003) 34 *RULJ* 797.
- Nicholson, Mark, « The Battle is Joined: The Competition Bureau's Case against Visa and MasterCard Continues », *Cassels Brock* (3 février 2011) en ligne : Cassels Brock <<http://www.casselsbrock.com>>.
- Rochet, Jean-Charles et Tirole, Jean, « Two-sided Markets: A Progress Report » (2005) en ligne : <[http://idei.fr/doc/wp/2005/2sided\\_markets.pdf](http://idei.fr/doc/wp/2005/2sided_markets.pdf)>.
- Schecter, Barbara et Theresa Tedesco, « Competition Bureau Tests New Powers against Visa, Mastercard », *National Post* (15 décembre 2010) en ligne : National Post <<http://www.nationalpost.com>>.

- Schlus, Scott, Oz Shy et Joanna Stavins, « Who Gains and Who Loses from Credit Card Payments? Theory and Calibrations » (2010) [non publié, archivé à la Federal Reserve Bank of Boston].
- Schmalensee, Richard, « Payment Systems and Interchange Fees » (2002) 50:2 J. Ind. Econ. 103.
- Scholnick, Barry, Nadia Massoud, Anthony Saunders, Santiago Carbo-Valverde et Francisco Rodríguez-Fernández, « The economics of credit cards, debit cards, and ATMs: A survey and some new evidence » (2008) 32 Journal of Banking & Finance 1468, en ligne : Science Direct <<http://www.sciencedirect.com>>.
- Sirkis, Paul J., « Canada's Competition Regime: Thinking strategically A practical Guide for Business: Price Maintenance, Price Discrimination and Predatory Pricing: Overview and Practical Issues », en ligne : FMC Law < <http://www.fmc-law.com>>.
- Slawsky, Jeff et Samee Zafar, *Developing and Managing a Successful Payment Cards Business* (Glower, 2005) au chapitre 2.
- Smith, Brian W., Abbott B. Lipsky, Jr., Andrew J. Robinson et William J. Rinner, « Why the Market Should Set Credit Card Interchange Fees », Legislative Comment on the *Credit Card Fair Fee Act*, (2008) Bank, Accounting & Finance 39.
- Trebilcock, Michael, Edward Iacobucci, Ralph Winter et Paul Collins, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* (Toronto: University of Toronto Press, 2002).
- Visa Inc., *Form 10-K Annual Report*, (Delaware: United States Securities & Exchange-Commission, 30 septembre 2010).
- Visa Inc., *Rules for Visa's Merchants – Card Acceptance and Chargeback Management-Guidelines*, Visa, 2006 à la p. 7.
- Zalmanowitz, Barry, Sandra Walker et Jenelle L. Matsalla, « Canada: Visa and MasterCard Rules Challenged by the Competition Bureau », *FMC Law*, (21 décembre 2010) en ligne : FMC Law < <http://www.mondaq.com>>.
- « Analysis of Dodd-Frank Act: Durbin Amendment (Debit Card Interchange Fee Regulation) », *California Bankers Association* (16 août 2010) en ligne : California Bankers Association <<http://www.calbankers.com>>.
- « Credit Cards – Canada », (2010) Global Markets Information Database, Euromonitor International Reports, en ligne: site Web de la bibliothèque de l'Université de Toronto.
- « Interchange Fees: Use your credit card more », *The Economist* (28 juillet 2010), en ligne : The Economist <<http://www.economist.com>>.
- « MasterCard Canada Inc. Private Company Profile Tear sheet », *Capital IQ* (22 avril 2011) en ligne: Capital IQ < <http://www.capitaliq.com>>.
- « Maintien des prix » (13 octobre 2010) en ligne: Bureau de la concurrence <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>>.
- « Les systèmes de cartes de crédit et de cartes de débit au Canada : transparence, pondération et choix » (2009) le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce.

« Visa Canada Corporation Private Company Profile Tear sheet », *Capital IQ* (25 mars 2011) en ligne : Capital IQ <<http://www.capitaliq.com>>.

## Endnotes

<sup>1</sup> Daniel Michaels - étudiant, Osler, Hoskin & Harcourt, S.E.N.C.R.L./s.r.l., Toronto. L'auteur était inscrit au baccalauréat en droit (JD) en 2012 à la faculté de droit de l'Université de Toronto au moment de la rédaction. Cet exposé est une traduction.

<sup>2</sup> Will Hernandez, « Canadian Competition Bureau Contends Card Brands' Rules are Anticompetitive », *CardLine* 10:52 (17 décembre 2010) 21.

<sup>3</sup> *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, ch. C-34, art. 76.

<sup>4</sup> James M. Lyon, « The Interchange Debate: Issues and Economics », *The Region: Banking and Policy Issues Magazine* (juin 2006), en ligne : The Federal Reserve Bank of Minneapolis <<http://www.minneapolisfed.org>>.

<sup>5</sup> Jeff Slawsky et Samee Zafar, *Developing and Managing a Successful Payment Cards Business* (Glower, 2005) au chapitre 2.

<sup>6</sup> Bureau de la concurrence, communiqué, « Règles anticoncurrentielles de Visa et MasterCard – Fiche de renseignements » (décembre 2010) en ligne : Bureau de la concurrence <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>>.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *La Commissaire de la concurrence c. Visa Canada Corp. et MasterCard International Inc.*, (31 janvier 2011), CT-2010-010, en ligne : Tribunal de la concurrence <<http://www.ct-tc.gc.ca>> (Réponse de Visa Canada Corp.) au par. 15.

<sup>14</sup> *Ibid.* au par. 16.

<sup>15</sup> MasterCard Incorporated, *Form 10-K Annual Report*, (Delaware: United States Securities & Exchange Commission, 31 décembre 2010).

<sup>16</sup> *La Commissaire de la concurrence c. Visa Canada Corp. et MasterCard International Inc.*, (15 décembre 2010), CT-2010-010, en ligne : Tribunal de la concurrence <<http://www.ct-tc.gc.ca>> (Avis de demande) au par. 2.

<sup>17</sup> *Précité* note 5.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Lyon, *précité* note 3.

<sup>20</sup> *Précité* note 15 au par. 10.

<sup>21</sup> Hernandez, *précité* note 1.

<sup>22</sup> *Précité* note 5.

<sup>23</sup> John Bulmer, « Les systèmes de paiement : le marché de la carte de crédit au Canada » (24 septembre 2009) en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/>>.

<sup>24</sup> *Précité* note 5.

<sup>25</sup> Hernandez, *précité* note 1.

<sup>26</sup> *Précité* note 15 au par. 14.

<sup>27</sup> Bureau de la concurrence, communiqué, « Le Bureau de la concurrence conteste les règles anticoncurrentielles de Visa et MasterCard » (15 décembre 2010) en ligne :

Bureau de la concurrence <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>>.

<sup>28</sup> Précité note 15.

<sup>29</sup> Lyon, précité note 3.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Précité note 5.

<sup>32</sup> « Les systèmes de cartes de crédit et de cartes de débit au Canada : transparence, pondération et choix » (2009) le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Précité note 15 au par. 59.

<sup>35</sup> *Ibid.* au par. 61.

<sup>36</sup> *Ibid.* au par. 62

<sup>37</sup> *Watson v. Bank of America Corp.*, (28 mars 2011), VLC-S-S-112003, en ligne : Branch MacMaster LLP <<http://www.branchmacmaster.com>> (Avis de demande civile).

<sup>38</sup> Lyon, précité note 3.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Département américain de la justice, communiqué, « Attorney General Speaks at Visa, MasterCard, American Express Press Conference » (4 octobre 2010) en ligne : Département américain de la Justice <<http://www.justice.gov>>.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> « Interchange Fees: Use your credit card more », *The Economist* (28 juillet 2010), en ligne : The Economist <<http://www.economist.com>>.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Lyon, précité note 3.

<sup>45</sup> *Loi sur la concurrence*, précitée note 2.

<sup>46</sup> Susan M. Hutton et Kevin Rushton, « Primer on amendments to Canada's Competition Act and Investment Canada Act », *The Competitor* (23 mars 2009) en ligne : The Competitor <<http://www.thecompetitor.ca>>.

<sup>47</sup> Barry Zalmanowitz, Sandra Walker et Jenelle L. Matsalla, « Canada: Visa and MasterCard Rules Challenged by the Competition Bureau », *FMC Law*, (21 décembre 2010) en ligne : FMC Law <<http://www.mondaq.com>>.

<sup>48</sup> Précité note 15 au par. 67.

<sup>49</sup> *Ibid.* au par. 68.

<sup>50</sup> Mark Nicholson, « The Battle is Joined: The Competition Bureau's Case against Visa and MasterCard Continues », *Cassels Brock* (3 février 2011) en ligne : Cassels Brock <<http://www.casselsbrock.com>>.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Précité note 12 au par. 6.

<sup>53</sup> *La Commissaire de la concurrence c. Visa Canada Corp. et MasterCard International Inc.*, (14 février 2011), CT-2010-010, en ligne : Tribunal de la concurrence <<http://www.ct-tc.gc.ca>> (Réplique de la Commissaire de la concurrence).

<sup>54</sup> *Loi sur la concurrence*, précitée note 2.

<sup>55</sup> Précité note 49.

<sup>56</sup> Précité note 15 au par. 69.

<sup>57</sup> *Ibid.* au par. 4.

<sup>58</sup> *Ibid.* au par. 70.

<sup>59</sup> *Ibid.* au par. 73.

<sup>60</sup> *Ibid.* au par. 71.

<sup>61</sup> *Précité* note 12 au par. 46.

<sup>62</sup> *Ibid.* au par. 29.

<sup>63</sup> Nicholson, *précité* note 49.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Michael Trebilcock et al, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* (Toronto: University of Toronto Press, 2002) à la p. 402.

<sup>66</sup> *R c. Cluett, Peabody* (1982), 64 C.P.R. (2d) 30 (cour de comté de l'Ontario) [*Cluett*].

<sup>67</sup> *R c. Phillips Electronics* (1980), 30 C.P.R. (2d) 129 (C.A.O.) [*Phillips Electronics*].

<sup>68</sup> Trebilcock, *précité* note 64.

<sup>69</sup> *R c. Kito Canada Ltd.* (1975), 22 C.P.R. (2d) 275 (C.B.R.M.) [*Kito Canada*].

<sup>70</sup> *R c. Shell Canada Products Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 501 (C.B.R.M.) [*Shell Canada Products*].

<sup>71</sup> Trebilcock, *précité* note 64 à la p. 404.

<sup>72</sup> *Précité* note 15 au par. 80 et *précité* note 12 au par. 52.

<sup>73</sup> *Neilsen Canada (Director of Investigation and Research) c. D&B Companies of Canada Ltd.* (1996), 64 C.P.R. (3d) 216 [*Neilsen*].

<sup>74</sup> *Précité* note 15 au par. 82.

<sup>75</sup> *Ibid.* au par. 24.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ibid.* au par. 83.

<sup>78</sup> *Précité* note 14 et *précité* note 12 au par. 52.

<sup>79</sup> Nicholson, *précité* note 49.

<sup>80</sup> Eunice A. Moon, « Redefining Relevant Markets under the Sherman Antitrust Act: The New York District Court Finds MasterCard and Visa in a Class of their Own » (2003) 34 RULJ 797.

<sup>81</sup> *National Bancard Corp. (NaBanco) c. Visa U.S.A. Inc.* (1986), 779 F.2d 592 [*NaBanco*].

<sup>82</sup> *United States of America c. Visa U.S.A. Inc. & MasterCard International*, (2003) 344 F.3d 229, 163 f. supp. 2d. 322 [*Visa USA*].

<sup>83</sup> Moon, *précité* note 79.

<sup>84</sup> *Précité* note 12 au par. 52.

<sup>85</sup> *Précité* note 15 au par. 89.

<sup>86</sup> *Ibid.* au par. 91.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.* au par. 90.

<sup>89</sup> *Ibid.* au par. 92.

<sup>90</sup> Alan S. Frankel et Allan L. Shampine, « The Economic Effects of Interchange Fees » (2006) 74 Antitrust Law Journal 627 à la p. 655.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> *Précité* note 15 au par. 92.

<sup>93</sup> *Visa USA*, *précité* note 81.

<sup>94</sup> *NaBanco*, *précité* note 80.

<sup>95</sup> Barbara Schecter et Theresa Tedesco, « Competition Bureau Tests New Powers against Visa, MasterCard », *National Post* (15 décembre 2010) en ligne : National Post <<http://www.nationalpost.com>>.

<sup>96</sup> Lyon, *précité* note 3.

<sup>97</sup> Parker Eisenmann et Van Alstyne, « Two-sided Markets » (2011) en ligne : Platform Economics and Strategy <<http://platformeconomics.org/two-sided-markets/>>.

<sup>98</sup> Frankel, *précité* note 89.

<sup>99</sup> Jean-Charles Rochet et Jean Tirole, « Two-sided Markets: A Progress Report » (2005) en ligne : <[http://idei.fr/doc/wp/2005/2sided\\_markets.pdf](http://idei.fr/doc/wp/2005/2sided_markets.pdf)>.

<sup>100</sup> Lyon, *précité* note 3.

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *NaBanco*, *précité* note 80.

<sup>103</sup> William Baxter était un professeur de droit de Stanford dont le domaine d'expertise était le droit de la concurrence.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> Frankel, *précité* note 89.

<sup>106</sup> Richard Schmalensee, « Payment Systems and Interchange Fees » (2002) 50:2 J. Ind. Econ. 103.

<sup>107</sup> Barry Scholnick et al., « The economics of credit cards, debit cards, and ATMs: A survey and some new evidence » (2008) 32 Journal of Banking & Finance 1468, en ligne : Science Direct <<http://www.sciencedirect.com>>.

<sup>108</sup> *Précité* note 12 au par. 32.

<sup>109</sup> *Précité* note 14.

<sup>110</sup> *Précité* note 12 au par. 24.

<sup>111</sup> Brian W. Smith et al., « Why the Market Should Set Credit Card Interchange Fees », Legislative Comment on the *Credit Card Fair Fee Act*, (2008) Bank, Accounting & Finance 39.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> Will Hernandez, « Visa Canada Defends Policies », *American Banker* 177:19 (17 décembre 2010) 2.

<sup>114</sup> Hernandez, *précité* note 1.

<sup>115</sup> Smith, *précité* note 110.

<sup>116</sup> *Précité* note 12 au par. 24.

<sup>117</sup> Hernandez, *précité* note 1.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> Schecter, *précité* note 94.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *Précité* note 12 au par. 35.

<sup>122</sup> Frankel, *précité* note 89.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> Carlos Arango et Varya Taylor, « Merchant Acceptance, Costs, and Perceptions of Retail Payments: A Canadian Survey » (2008) Document d'analyse de la Banque du Canada 2008-2012.

<sup>127</sup> Frankel, *précité* note 89.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> Scott Schluh, Oz Shy et Joanna Stavins, « Who Gains and Who Loses from Credit Card Payments? Theory and Calibrations » (2010) [non publié, archivé à la Federal

Reserve Bank of Boston].

<sup>130</sup> Frankel, *précité* note 89.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> *Précité* note 14 au par. 96.

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> *Ibid.* au par. 63.

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> Lyon, *précité* note 3.

<sup>145</sup> Nicholson, *précité* note 49.

<sup>146</sup> Lyon, *précité* note 3.

<sup>147</sup> *Précité* note 89.

<sup>148</sup> Visa Inc., *Rules for Visa's Merchants – Card Acceptance and Chargeback Management Guidelines*, Visa, 2006 à la p. 7.