



CT- 1989 / 004 - Doc # 88b

DANS L'AFFAIRE d'une demande du directeur des enquêtes et
recherches en vertu de l'article 75 de la
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34,
telle que modifiée, en vue d'obliger la défenderesse à
accepter Exdos Corporation comme cliente pour la
fourniture d'un produit

ENTRE:

Le directeur des enquêtes et recherches

Demandeur

et

Xerox Canada Inc.

Défenderesse



MOTIFS ET ORDONNANCE

Date de l'audience :

Du 11 au 20 juin et les 19 et 20 juillet 1990

Président de l'audience :

L'honorable juge Barbara Reed

Autres membres :

Dr Frank Roseman
M. Victor L. Clarke

Avocats pour le demandeur:

Le directeur des enquêtes et recherches

James W. Leising
John S. Tyhurst

Avocats pour la défenderesse :

Xerox Canada Inc.

Colin L. Campbell, c.r.
William Donaldson

TABLE DES MATIERES

I.	INTRODUCTION	5
II.	RENSEIGNEMENTS DE BASE ET REFUS DE VENDRE DES PIÈCES	7
A.	Début de la relation commerciale	7
B.	Modifications du contrat - Copieurs provenant d'autres sources que Xerox - Pièces de Xerox	10
C.	Réaction de Xerox aux achats d'équipement d'Exdos non visés par le contrat initial	14
D.	Expansion d'Exdos et d'autres EIS- Avantages pour le consommateur	19
E.	Photocopieurs - Revenus tirés de l'entretien et des pièces - Position de Xerox sur le marché	23
F.	Mise en place d'une politique concernant les EIS (États-Unis)	26
G.	Rapports commerciaux entre Xerox et Exdos- Entre avril 1987 et août 1988	28
H.	Élaboration d'une politique canadienne concernant les EIS - Refus de vendre des pièces	30
III.	QUESTIONS RELATIVES AU DROIT DE LA CONCURRENCE	33
A.	Incapacité de se procurer le produit de façon suffisante	34
B.	Entreprise sensiblement gênée	37
C.	Produit/Marché	39
	1) Pièces de Xerox	40
	2) Intégration verticale	59
	3) Conduite de la plaignante/Charge incombant à Xerox	62
	4) Pouvoir sur le marché de la défenderesse	64
D.	Insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs du produit	66

IV. QUESTIONS CONSTITUTIONNELLES	74
A. Constitutionnalité de l'article 75	75
B. Constitutionnalité du Tribunal de la concurrence	89
V. CONCLUSION	90
VI. ORDONNANCE	91

TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

MOTIFS ET ORDONNANCE

Le directeur des enquêtes et recherches

c.

Xerox Canada Inc.

I. INTRODUCTION

Le directeur des enquêtes et recherches (le "directeur") a déposé une demande en vue d'obtenir une ordonnance qui obligerait Xerox Canada Inc. ("Xerox") à accepter Exdos Corporation ("Exdos") comme cliente pour certaines pièces de copieurs Xerox. Cette demande est présentée en vertu de l'article 75 de la *Loi sur la concurrence*¹.

Pendant un certain nombre d'années, Xerox a vendu sans conditions des pièces pour ses photocopieurs aux acheteurs, comme Exdos, qui étaient prêts à payer le prix de vente fixe. Xerox ne se préoccupait pas de l'utilisation qui pourrait en être faite, que l'acheteur soit l'utilisateur

¹L.R.C. (1985), ch. C-34, telle que modifiée.

ultime² ou un fournisseur de service d'entretien aux propriétaires de photocopieurs Xerox, ou encore une entreprise de remise à neuf d'appareils Xerox usages à des fins de revente sur le marché des photocopieurs usages.

En août 1988, Xerox (Canada) a appliqué une directive émanant de Xerox Corp. (E.-U.) qui avait pour but de restreindre la fourniture des pièces en question. Cette mesure avait pour but d'éliminer les organisations concurrentes qui s'étaient développées et offraient des services d'entretien pour les photocopieurs Xerox. Selon Xerox, une partie des revenus provenant de l'entretien, ou la marge bénéficiaire est importante, lui échappait au profit de ses concurrentes. Celles-ci sont désignées dans la preuve sous l'appellation "entreprises indépendantes de service" (EIS). De plus, la restriction de la fourniture des pièces visait effectivement à supprimer la plus grande partie du marché d'occasion de photocopieurs Xerox, sauf dans la mesure où un tel marché était contrôlé par Xerox. Exdos était l'une des organisations visées par le refus global de fournir des pièces de copieur. En ce qui concerne la position particulière d'Exdos, les faits pertinents sont exposés ci-dessous.

² L'utilisateur ultime" est celui qui, indépendamment du *titre de propriété*, est en possession d'un ou plusieurs copieurs Xerox et les utilise effectivement.

II. RENSEIGNEMENTS DE BASE ET REFUS DE VENDRE LES PIÈCES

A. Début de la relation commerciale

En 1982, la société Xerox s'est retrouvée avec un stock excessif de photocopieurs usages. A cette époque, la politique de la société consistait soit à mettre ces appareils au rebut, soit à les remettre à neuf. Dans le dernier cas, les appareils étaient revendus ou encore loués ou loués a bail et assortis d'une garantie "comme neuf". Xerox s'inquiétait des pertes financières que l'excédent d'appareils usages occasionnait à la société.

L'excédent en question était attribuable à un certain nombre de facteurs: le ralentissement économique général en 1980 - 1981; l'expiration du brevet de Xerox pour la technologie des photocopieurs, vers le milieu des années 1970; et, à l'expiration de ce brevet, la concurrence croissante exercée par d'autres fabricants de photocopieurs. De plus, la société lançait une nouvelle technologie qui est décrite en termes généraux dans la preuve sous le nom de "copieurs de la série 10", qui ont finalement été mis sur le marché en 1983³. La société prévoyait que bon nombre de ses clients souhaiteraient adopter cette nouvelle technologie. Par conséquent, Xerox s'attendait à un

³ Les "copieurs de la série 10" sont également désignés dans la preuve sous le nom de modèles "Marathon".

accroissement du nombre de vieux appareils retournes en raison a la fois de la concurrence accrue et du désir des clients d'adopter la nouvelle technologie.

Avant la fin des annexes 1970, il était de pratique, dans l'industrie, de louer les appareils aux clients. Ainsi, ils appartenait toujours à Xerox ou lui étaient retournes à l'expiration du bail. Vers la fin des années 1970, la société a modifié cette pratique; elle a alors commence à vendre les appareils aux clients soit directement, soit en vertu d'une entente de bail-achat. Comme un nombre croissant de clients acquéraient directement les appareils, il était possible qu'un marché d'occasion important se développe.

En 1982, M. Terry Reid était employé chez Xerox. Par la suite, il est devenu président et actionnaire majoritaire d'Exdos, poste qu'il occupe toujours. Xerox et M. Reid ont déterminé qu'ils pourraient conclure une entente, dans leur intérêt mutuel, si M. Reid quittait son poste pour créer une société indépendante qui achèterait certains des copieurs usages de Xerox "tels quels", afin de les remettre à neuf et de les vendre sur le marché d'occasion⁴. Selon les prévisions, cette fa on de procéder devait permettre

⁴ Les autres options qui s'offraient à ce moment-là a Xerox étaient les suivantes : 1) remettre a neuf autant de copieurs que le marché pourrait en absorber et mettre au rebut le reste (comme elle le faisait auparavant); 2) créer une division interne responsable du marché d'occasion.

de se placer sur un secteur du marché auquel Xerox n'avait pas accès auparavant. Elle devrait aussi permettre à l'équipe de vente de Xerox de se concentrer sur la vente des nouveaux modèles de machines. En outre, M. Reid aurait ainsi la possibilité de mettre sur pied sa propre entreprise. Cette entente aurait également un effet positif sur le bilan de Xerox. Ainsi, on avait envisagé la possibilité que M. Reid établisse un réseau de concessionnaires dans tout le Canada, ce qui permettrait à Xerox de se défaire des copieurs usages. Également, on comptait que M. Reid pourrait vendre directement certains appareils sur le marché des utilisateurs ultimes.

En mai 1983, Exdos (appelée à l'origine XDS Corp.) et Xerox avaient signé un contrat autorisant la première société à acheter certains modèles de copieurs⁵ à des prix donnés. Exdos prenait livraison de l'équipement aux trois centres de distribution de Xerox situés à Toronto, à Montréal et à Calgary. En vertu du contrat du 24 mai 1983, Exdos avait également le droit d'acheter des pièces de copieurs pour les divers modèles usages visés au contrat. Ces pièces devaient lui être vendues à 50 % du prix courant (des photorécepteurs devaient également être vendus pour ces appareils à un prix encore plus avantageux, soit deux fois le prix au débarquement au Canada). Il était prévu que le contrat durerait un an ou

⁵ Il s'agissait des modèles No 660, 3100, 3103, 3107, 4000, 4500, 2400, 3600, 7000, qui tous étaient antérieurs aux modèles de la série 10.

prendrait fin plus tôt si Exdos avait acheté, à ce moment, de l'équipement d'une valeur déterminée. Pendant quatre mois, Exdos a bénéficié du droit d'acheter en exclusivité les modèles de copieurs usages (du 24 mai 1983 jusqu'au 1er octobre 1983). A ce moment, cet arrangement constituait de toute évidence, pour Xerox, une expérience visant à déterminer s'il était possible d'établir une entente commerciale à l'avantage mutuel des parties.

Dès le départ, les parties avaient reconnu que les activités d'Exdos risquaient, étant donné qu'elles s'orientaient vers le marché des copieurs usages ou alimentaient ce marché, d'entrer en conflit avec les activités de vente principales de Xerox. En effet, le contrat original signé par les parties contenait une liste détaillée des principaux clients de Xerox auxquels Exdos s'engageait à ne pas vendre d'appareils usages achetés à Xerox. De toute évidence, M. Reid savait depuis le tout début que si ses activités de vente de copieurs usages entraient en conflit avec les ventes principales de Xerox ("faire des remous sur le marché"), son contrat risquait d'être annulé.

B. Modification de contrat - Copieurs provenant d'autres sources que Xerox - Pièces de Xerox

Le contrat liant Exdos et Xerox a été prolongé et modifié de temps à autre. Il n'est pas nécessaire, ici, d'expliquer en détail la plupart de

ces changements. Il suffit de dire que la clause d'exclusivité conférant à Exdos le droit d'acheter certains modèles de photocopieurs usages à la société Xerox, en vigueur à l'origine pour quatre mois seulement, a été prolongée indéfiniment; une clause d'exclusivité réciproque a été imposée à Exdos (pour l'achat des modèles visés au contrat conclu avec Xerox seulement); la durée du contrat a été modifiée pour devenir indéterminée, sous réserve de la résiliation par l'une ou l'autre partie, d'abord sur préavis de 60 jours et, par la suite, de 30 jours. De temps à autre, le genre de copieurs que M. Reid avait le droit d'acheter à Xerox en vertu du contrat était élargi de manière à inclure trois ou quatre modèles supplémentaires qui devenaient "désuets", c'est-à-dire qui étaient supprimés de la liste des ventes actives de Xerox, mais ces modèles n'ont jamais compris les appareils usages 9000⁶ ou série 10⁷. La remise de 50% sur le prix courant des pièces pour les appareils usages, que Xerox a consentie à M. Reid, a par la suite été fixée à 25 % et a finalement été annulée. Par la suite, M. Reid a payé ses pièces

⁶ Les copieurs de La série 9000 sont à La fois antérieurs et postérieurs à 1983 et à La mise sur le marché des copieurs de La série 10. Ils ont été fabriqués entre 1979 et 1986.

⁷ Exdos s'est procuré ultérieurement certains copieurs de La série 9000 et de La série 10 par l'intermédiaire des représentants commerciaux de Xerox. Ces représentants, lorsqu'ils se trouvaient en concurrence avec d'autres fabricants de copieurs auprès d'un client donne, persuadaient ce dernier d'acheter un nouvel appareil Xerox en lui offrant un meilleur prix pour le rachat de l'ancien appareil. Ils communiquaient avec M. Reid afin d'acheter l'appareil du client, étant donné que le prix payé par Exdos pour le photocopieur usage était supérieur à La valeur de reprise accordée par Xerox. Dans de tels cas, Exdos acquittait La facture d'achat au moyen d'un chèque établi parfois à l'ordre du client ou, parfois encore, directement à l'ordre de Xerox, en fonction de qui était effectivement propriétaire de la machine. M. Reid n'a pas caché à Xerox que de telles transactions se produisaient, bien qu'il ait refusé d'identifier les représentants commerciaux qui s'y livraient. Xerox n'approuvait pas de telles transactions de la part de ses représentants commerciaux.

conformément aux prix courants figurant sur les listes. Aux fins de l'affaire en cause, le changement le plus important apporté au contrat a toutefois été l'ajout de dispositions relatives à l'achat et à la vente de pièces pour les modèles de copieurs qu'Exdos a obtenus d'autres sources que Xerox (dont il sera question plus loin).

Presque dès le début, Exdos avait commencé à acheter des modèles de copieurs usages Xerox d'autres sources. Elle les obtenait, notamment, de sociétés de crédit qui reprenaient possession de l'équipement en cas de défaut de paiement, ou des propriétaires de ce genre d'équipement qui remplaçaient les appareils par des modèles plus récents, ou encore dans des encans. A l'origine, Exdos n'achetait que des modèles de copieurs d'avant 1983 qui n'étaient pas visés par le contrat⁸. Elle en est finalement venue à acheter les modèles 9000 et ceux de la série 10 plus récents. Toutefois, elle n'a jamais pu acheter les modèles de la série 50, qui ont été mis sur le marché par Xerox en 1989.

Par l'intermédiaire d'Exdos, M. Reid achetait l'équipement d'occasion, soit auprès de Xerox, soit auprès d'autres sources. Lorsque les copieurs étaient destinés directement au marché des utilisateurs ultimes, M. Reid avait recours à une société appelée Neutron Office Products

⁸ Modèles 2300, 2350, 5400, 5600 et vieux appareils de la série 9000.

("Nezron") pour traiter avec les utilisateurs ultimes. M. Reid a acquis 70 % de cette société peu de temps après avoir créé Exdos. (A la fin 1989, Exdos a acquis les 30 % restants). Exdos a par ailleurs établi des contacts avec les EIS existantes au Canada et a favorisé la création d'autres EIS dans différentes régions du pays, auxquelles il vendait des équipements de photocopieurs usages. Par la suite, Exdos en est également venu à vendre des appareils aux États-Unis et dans d'autres pays étrangers.

Une fois qu'un photocopieur est vendu, il faut constamment l'entretenir dans les locaux du client. M. Reid s'est servi de Nezron pour entretenir les appareils d'occasion qu'il avait placés directement sur le marché des utilisateurs ultimes. Les autres EIS se chargeaient elles aussi de l'entretien des appareils qu'elles plaçaient sur ce marché. L'acheteur place en bout de ligne pouvait aussi demander à Xerox d'effectuer l'entretien, à condition que les exigences contractuelles de Xerox qui s'appliquent aux appareils usages soient respectées. Il est de pratique, dans l'industrie, pour l'acheteur d'un appareil, de faire appel au vendeur afin d'assurer l'entretien de cet appareil.

Pour qu'il soit possible d'offrir un service d'entretien des appareils, l'entreprise devait naturellement avoir accès aux pièces. Dès le départ, M. Reid a acheté à cette fin des pièces à Xerox, tant pour

l'équipement usage acheté à cette dernière que pour celui acheté ailleurs. Cette pratique s'étendait aux pièces équipant les modèles de copieurs plus récents (série 9000 et série 10). Il semble que certaines EIS qui avaient acheté de l'équipement usage à M. Reid se soient procuré au moins en partie les pièces de Xerox par son intermédiaire; plusieurs d'entre elles ont de leur côté acheté directement des pièces à Xerox.

C. Réaction de Xerox aux achats d'équipement d'Exdos non visés par le contrat initial

D'après le témoignage de certains de ses employés, Xerox, dès le départ, considérait que le fait pour Exdos (Reid) de se procurer des appareils usages auprès d'autres sources et d'acheter des pièces pour ces appareils à Xerox, constituait au moins une violation de l'esprit du contrat conclu en mai 1983. La défenderesse soutenait qu'à une exception près, elle n'a pas fourni en connaissance de cause à M. Reid des pièces destinées à des modèles de copieurs autres que ceux qui étaient visés expressément par le contrat du 24 mai 1983 (ou tout contrat subséquent). L'exception mentionnée vise les pièces fournies à M. Reid lorsque *ce dernier* devait en être l'utilisateur ultime. La preuve n'appuie pas cette conclusion. Le premier contrat officiel signé par Exdos et Xerox régissait seulement l'achat de pièces et de matériel pour les modèles de photocopieurs vendus en vertu du contrat, mais il est clair que très tôt la société Xerox savait qu'Exdos

étendait son entreprise a d'autres modèles de copieurs et lui achetait des pièces pour ceux-ci.

En ce qui concerne l'expansion de l'entreprise, déjà en avril 1984, les documents de Xerox indiquaient ce qui suit :

[TRADUCTION]

EXDOS peut [...] obtenir [acheter] auprès d'autres sources l'équipement Xerox que nous ne lui fournissons pas. Nous ne lui vendrons pas certains modèles, c'est-à-dire ceux que nous commercialisons encore. Elle se procure ceux-ci auprès de nombreuses sources différentes⁹.

En ce qui a trait à l'achat de pièces pour les copieurs non visés par le contrat, au cours de la première année du contrat, Exdos groupait ses commandes avec celles des pièces de copieurs pour lesquelles elle avait droit a une remise de 50 % en vertu du contrat. Selon Xerox, cela n'était pas prévu. Donc, en décembre 1984, au moment où les services internes de Xerox ont réexaminé le contrat passe avec Exdos, ils ont fait état de la préoccupation suivante :

[TRADUCTION]

En vertu de notre accord, il devrait être interdit à EXDOS/NEZRON et ses agents de commander des pièces, pour tout équipement qui n'est pas vendu par Xerox, a un prix autre qu'au plein prix de détail auquel les pièces sont offertes aux autres clients¹⁰. (Soulignement ajoute)

⁹ Pièce A-1, onglet 26.

¹⁰ Pièces A-1, onglet 35.

En conséquence, Exdos s'est vu attribuer des numéros de client différents : l'un pour commander des pièces pour les modèles de copieurs visés au contrat de mai 1983, et un autre pour les autres pièces. Au moment de renégocier le contrat d'Exdos, en avril 1985, la défenderesse a indiqué explicitement :

[TRADUCTION)

Les pièces et les photo-récepteurs correspondant à l'équipement qui ne figure pas dans La liste de l'annexe A [l'annexe A dressé La liste de l'équipement que l'on peut se procurer auprès de Xerox] peuvent être achetés par Exdos (sous réserve de disponibilité et de La possibilité pour Xerox de limiter les quantités à tout moment) au prix de vente normal en vigueur au moment de l'achat¹¹

Rien ne prouve qu'Exdos (Reid) a essayé de contourner ou de frauder le système de commande, par exemple, en demandant des pièces pour les modèles de copieurs plus récents au moyen du numéro attribué aux pièces à l'égard desquelles une remise lui était consentie.

Comme il a déjà été mentionné, Xerox soutient que tout au long de ses relations avec M. Reid, sa politique consistait à vendre des pièces pour les modèles de copieurs plus récents uniquement aux utilisateurs ultimes des photocopieurs, et que c'est en fonction de cette politique qu'elle a permis à M. Reid d'acheter des pièces pour les modèles de copieurs non visés par

¹¹ Pièces A-1, onglet 56A, clause 12.

le contrat, y compris, finalement, les modèles de copieurs d'après 1983. La preuve ne confirme pas cette affirmation. Aucun document ne fait mention d'une restriction qui aurait été communiquée à Exdos ou lui aurait été imposée. Il n'existe aucune preuve documentaire selon laquelle Xerox aurait informé ses employés chargés des commandes d'Exdos d'une telle restriction. Xerox n'a vérifié ni le volume des achats ni le genre de pièces achetées par Exdos. Il n'est pas prouvé en outre qu'une vérification ait été effectuée au sujet des achats de pièces de Xerox par un autre client. Au milieu de 1985, Xerox pouvait facilement procéder à une telle vérification étant donné que cette entreprise avait modifié à l'époque son système de commande de pièces.

Le volume des pièces des copieurs de la série 10 que M. Reid a achetées ne concorde pas du tout avec l'idée que Xerox approvisionnait Exdos que pour ses propres fins. A cet égard, les employés de Xerox connaissaient l'ampleur approximative et la nature de l'entreprise de M. Reid. Par exemple, M. Hyde a visité la société Exdos-Nezron vers la fin de l'automne de 1984 et a vu à ce moment des copieurs usages de la série 10 en montre dans la salle d'exposition. M. Reid a demandé à Xerox et obtenu des copies des listes de prix pour les pièces et les manuels d'entretien des appareils de la série 10. Ces activités ne correspondent absolument pas aux allégations de Xerox qui déclarait vendre des pièces seulement aux utilisateurs ultimes et affirmait que M. Reid avait acquis les pièces des

copieurs d'après 1983 par subterfuge. Il est évident qu'Exdos et d'autres entreprises indépendantes de service achetaient des pièces de copieurs d'après 1983 ouvertement et sans restriction.

Bien qu'il n'y ait pas de lien direct avec l'affaire en cause, mentionnons, par souci de précision, un aspect de l'expansion de l'entreprise de M. Reid au cours de la période 1984-1985. M. Reid a étendu son entreprise aux États-Unis où il achetait et revendait des copieurs usages. L'expansion de la société s'est faite au su de Xerox Canada et, à tout le moins, avec son accord tacite. Là encore, la vente de photocopieurs nécessitait l'obtention de pièces de rechange. Dans ce contexte, certaines des pièces qu'Exdos a achetées à Xerox à rabais (en particulier les photo-récepteurs) ont abouti sur le marché américain. Les pièces, achetées à Xerox à 50 % de moins que le prix courant, et les photo-récepteurs, obtenus à un prix plus avantageux, pouvaient être revendus aux États-Unis à des prix qui contrecarraient les efforts du service de commercialisation de Xerox Corp. (E.-U.). Cette société est appelée United States Marketing Group ("USMG") dans la preuve. En raison des préoccupations exprimées par USMG, la société canadienne a révisé à la hausse le prix des pièces vendues à M. Reid pour les modèles de copieurs d'avant 1983 lors de la renégociation du contrat en mai 1985, et l'escompte de 50% a été réduit de moitié. En outre, le prix courant des pièces a été augmenté. À la suite de ces changements, les dirigeants de Xerox ont conclu, en ce qui concerne les préoccupations exprimées par USMG :

[TRADUCTION]

Nous avons récemment renégocié le contrat d'Exdos. Les problèmes auxquels vous avez fait allusion ne devraient plus se poser, à moins qu'Exdos ne veuille profiter des fluctuations du taux de change¹²

D. Expansion d'Exdos et d'autres EIS - Avantages pour le consommateur

Pendant qu'Exdos développait ses activités dans le domaine de la commercialisation et de l'entretien de l'équipement Xerox usage, d'autres sociétés faisaient de même. Un certain nombre d'EIS s'établissaient au Canada comme cela se faisait déjà depuis un certain temps aux États-Unis. Ces entreprises faisaient concurrence à Xerox pour l'entretien des appareils Xerox, aussi bien neufs qu'usages. Les appareils usages constituaient également une certaine source de concurrence, à la base du marché, par rapport à la vente de nouveaux appareils Xerox. Dans ce dernier cas, toutefois, M. Reid a généralement réussi à éviter les conflits avec Xerox au niveau des ventes. De façon générale, il y a eu peu de "remous".

¹² Pièce A-1, onglet 55.

La preuve soumise au Tribunal montre clairement que le marché des copieurs d'occasion et la possibilité de recourir à des EIS pour l'entretien profitent aux consommateurs. En effet, ceux-ci bénéficient d'un choix qu'ils n'auraient pas autrement. En ce qui concerne les ventes de photocopieurs, Exdos-Nezron et d'autres vendeurs d'équipement usage mettent sur le marché des appareils dont le prix est moins élevé que celui des nouveaux copieurs (p. ex., 55 000 \$ dans le cas d'un copieur modèle 1090 remis à neuf comparativement à 95 000 \$ pour un appareil neuf¹³. De plus, la preuve montre qu'Exdos-Nezron et d'autres EIS offrent un service de qualité comparable à celui de Xerox, et parfois même un meilleur service à meilleur prix. M. Reid explique cette situation en indiquant que, même si les EIS devaient acheter les pièces des copieurs les plus récents à Xerox au plein prix de détail, elles avaient des frais généraux moins élevés et une plus grande marge de manœuvre que Xerox à cause de leur plus petite taille. De plus, certains clients ont indiqué qu'ils préféreraient ne plus être exposés aux tactiques assez oppressives de survente employées par les représentants commerciaux de Xerox. Ils étaient mécontents, par exemple, du fait que l'équipement ne dure pas toujours aussi longtemps que le contrat de location à bail et des pressions constantes exercées par les vendeurs de Xerox pour les

¹³ Pièce A-1, onglet 230. Ces prix sont tirés d'une lettre de février 1990 dans laquelle Nezron sollicite sa clientèle. Le Tribunal a dûment tenu compte du fait qu'il s'agit-là d'un document promotionnel.

Inciter à acheter de l'équipement neuf, même si cela n'était pas au mieux des intérêts du client.

En régie générale, les clients qu'Exdos a appelés à témoigner devaient restreindre considérablement leurs couts (l'avocat a décrit certains d'entre eux comme des "entreprises familiales"). De toute évidence, l'existence d'une deuxième source d'approvisionnement en appareils Xerox (même usages) et d'une deuxième source de services d'entretien est extrêmement importante pour ces entreprises, parce qu'elles peuvent ainsi obtenir les appareils et un service de qualité a un prix raisonnable. Dans un cas particulier, la preuve soumise montre que sans Exdos, le client, Raymar Equipment Service, situe a Beaton (Ontario), aurait été incapable d'acheter un appareil Xerox, parce que cette société n'offrait tout simplement pas de service dans la région géographique en question (Beaton est située a environ une heure au nord-ouest de Toronto).

Le témoignage de M. Kelly, directeur des achats du collège Humber, illustre bien ce point. Les investissements du collège en équipement de reprographie sont élevés. En 1986-1987, le collège possédait quelque soixante appareils Xerox. De ce nombre, environ trente appareils avaient été achetés deux ans plus tôt. Depuis 1986, le service offert au collège Humber pour ces appareils était loin d'être satisfaisant :

[TRADUCTION]

Tout allait bien pendant les premières années, mais par la suite, le service a laissé de plus en plus à désirer. [...]

Il faut bien comprendre que dans un établissement d'enseignement supérieur, un copieur est un appareil essentiel pour la préparation du matériel utilisé en classe. Ce produit a donc une très grande importance dans notre organisation.

Le service s'est tellement détérioré que l'équipement ne fonctionnait pas pendant quatre et même six jours de suite. Des plaintes ont été adressées aux gestionnaires du service d'entretien, à l'agent de commercialisation; différentes solutions ont été tentées. Rien n'y faisait. On se contentait de nous dire que les problèmes venaient de la quantité du matériel dont nous disposions.

La situation est même devenue critique.[...] Certains professeurs se rendaient directement au bureau du président pour l'engueuler. Le président peut certainement se passer de ce genre de problèmes, [...].

Nous avons commencé à chercher une solution. Nous avons entendu parler, par l'entremise de collègues du secteur des achats, de certaines entreprises indépendantes de service; nous avons donc cherché d'autres fournisseurs et trouvé une entreprise du nom d'Anco Equipment¹⁴

En conséquence, le collègue Humber a fait appel à Anco Equipment pour assurer l'entretien de ses appareils :

[TRADUCTION]

Nous avons constaté que les entreprises indépendantes coûtaient beaucoup moins cher. Nous étions toutefois très sceptiques. Il a fallu environ quatre mois d'entrevues et de garanties pour nous détacher de Xerox. Nous avons d'abord commencé par remplacer une couple d'appareils que nous avons chargé Anco d'entretenir, [...].

A mesure que le temps passait et que l'entreprise démontrait qu'elle pouvait s'occuper de notre équipement, nous lui avons confié de plus en plus d'appareils⁵

¹⁴ Transcription aux pp. 547-48 (13 juin 1990).

¹⁵ *Ibid.* a La p. 550.

Par la suite, le collègue Humber a acheté dix-neuf copieurs Xerox usages à cette même EIS pour remplacer certains des appareils dont il n'était pas satisfait :

[TRADUCTION]

Ce changement a été très profitable au collègue. Nous avons acheté et installé les appareils et, naturellement, nous l'avons chargé [Anco] de l'entretien de cet équipement. [...]

[En ce qui concerne le service fourni par Anco,] les choses se sont améliorées d'au moins 75 % pour le même volume. [...] II nous en coûte beaucoup moins cher¹⁶

E. Photocopieurs - Revenus tirés de l'entretien et des pièces - Position de Xerox sur le marché

De par leur nature, les photocopieurs exigent un entretien constant, qu'ils soient neufs ou usages. En effet, selon la preuve soumise, il est peu probable que quiconque achète un appareil neuf ou usage fasse cet achat sans prendre des dispositions pour assurer son entretien. Comme les photocopieurs doivent être entretenus de façon continue, les revenus tirés de cette activité égalent ou même dépassent ceux qui proviennent de la vente initiale d'un appareil.

Lorsque Xerox vend un appareil, elle offre à ses clients plusieurs choix quant à l'établissement d'un contrat d'entretien. Les clients

¹⁶ *Ibid.* aux pp. 551-552.

peuvent choisir de conclure un contrat d'entretien complet, en vertu duquel ils paient à Xerox un certain montant calculé en fonction de l'utilisation qui est faite de l'appareil. Ce montant n'est pas ventilé, c'est-à-dire que le coût des pièces et de l'entretien n'est pas indiqué séparément. Ainsi, par exemple, le collègue Humber versait à Xerox, en vertu d'un contrat d'entretien passé avec cette société, un certain montant de base sous forme de sommes forfaitaires payées au début de chaque année et, en plus, 1,15 cents pour chaque copie produite au moyen de ces appareils. Quatre-vingt-quinze pour cent des clients choisissent un contrat d'entretien complet. Les clients ont aussi la possibilité de choisir un contrat d'entretien établi en fonction du temps et du matériel requis pour la réparation. En vertu d'un tel contrat, les clients paient pour les pièces et l'entretien seulement lorsque les appareils tombent en panne. Un autre choix est offert à certains gros clients, selon lequel Xerox forme un employé du client pour faire l'entretien des photocopieurs (à tout le moins pour les réparations les moins compliquées). De cette façon, le client assure lui-même l'entretien et achète les pièces requises à Xerox. C'est notamment le cas de l'Université du Manitoba.

Xerox achète à la société Xerox Corp. (E.-U.) les pièces qu'elle vend (maintenant seulement aux utilisateurs ultimes) ou qu'elle fournit à ses représentants du service d'entretien. Pour établir le prix de détail de ces pièces, rien ne prouve que les facteurs liés à la concurrence soient pris en

compte. Xerox a simplement recours à une grille selon laquelle le prix au débarquement au Canada que Xerox paye à la société mère est multiplié par un facteur dont la valeur se situe entre deux et huit et qui est inversement proportionnel au prix au débarquement des pièces. En règle générale, les pièces de Xerox coûtent plus cher que les pièces comparables pour d'autres copieurs. Une étude des pièces comparables a été soumise en preuve. Celle-ci révèle que les pièces Xerox coûtent entre 198 % et 951 % [la médiane étant de 389 %] de plus que les pièces semblables de deux copieurs comparables. Xerox conteste l'exactitude de cette étude, mais elle n'a fourni aucune preuve directe venant appuyer ses dires. La valeur probante de cette étude n'a donc pas été sérieusement mise en doute.

Xerox est le plus grand fournisseur de copieurs au Canada. En 1989, cette entreprise dominait le marché des copieurs à haut rendement (sa part du marché se situait à 90 %) et produisait près de la moitié de tous les appareils à rendement moyen¹⁷. Xerox occupe environ un tiers du marché des copieurs à faible rendement, mais n'exerce pas sa concurrence sur le marché des copieurs personnels. Le marché des copieurs est défini par le professeur Wilson, qui témoignait pour le compte du directeur, comme étant un oligopole distinct ou s'exerce une concurrence marginale active. Le Tribunal souscrit à la déclaration du professeur Wilson, qui a indiqué qu'il

¹⁷ On entend par "rendement" le nombre de copies faites à la minute.

y avait certes une concurrence qui s'exerçait sur le marché des copieurs, le succès dépendant fortement de la possibilité de vendre de l'équipement amélioré, tant du point de vue du coût que des performances, mais que la preuve ne permettait pas de conclure que Xerox n'avait qu'un faible pouvoir sur le marché des copieurs.

F. Mise en place d'une politique concernant les EIS (États-Unis)

En janvier 1987, USMG a adopté une politique concernant les EIS sur le marché américain. Il s'agissait d'une révision d'une politique antérieure, élaborée en avril 1984, qui n'avait pas été mise en application.

La politique consistait à refuser, dorénavant, de fournir aux EIS des pièces destinées à la revente pour les copieurs de la série 10 et pour tout nouvel appareil. Voici un extrait du document annonçant ce changement de politique en 1984 :

[TRADUCTION]

Nous vendons depuis longtemps des pièces aux prix commerciaux courants, à toutes les tierces parties, y compris celles qui achètent directement notre équipement, ainsi que les entreprises de location et de service à des tierces parties. L'apparition d'entreprises de revente autorisées à entretenir l'équipement Xerox nécessite un changement important à la politique¹⁸

¹⁸ Pièce A-1, onglet 114A.

La politique de janvier 1987 se lit en partie comme suit :

[TRADUCTION]

En ce qui concerne les copieurs de La série 10 [...] nous ne fournirons pas aux EIS, en toute connaissance de cause, des pièces pour La revente, de la formation technique, des documents techniques ou autres ressources (qui ne sont pas généralement fournis aux utilisateurs ultimes). Si une demande est reçue pour ce genre de services, il sera peut-être nécessaire de vérifier que l'acheteur est un utilisateur ultime et que les pièces ne sont pas destinées à la revente. (Les ressources pour les nouveaux produits Xerox lancés après la date d'entrée en vigueur de la politique ne seront pas non plus offertes aux EIS.)¹⁹

La politique américaine sur les EIS était de toute évidence conçue pour réduire la viabilité de ces entreprises et pour préserver, sinon accroître, les revenus que Xerox Corp. tire de l'élément service de son entreprise. L'adoption subséquente par Xerox Canada d'une version semblable de cette politique en juin 1988 a donné lieu au refus de fournir les produits, refus qui constitue le point en litige dans l'affaire en cause²⁰. Avant de passer en revue les événements qui ont mené au refus de fournir les produits, nous examinerons les rapports commerciaux qu'ont entretenus Xerox et Exdos entre avril 1987 et août 1988.

¹⁹ Pièce A-1, onglet 114E.

²⁰ Voir *infra* à La p. 30 et s.

G. Rapports commerciaux entre Xerox et Exdos - Entre avril 1987 et août 1988

En avril 1987, la société Xerox envoyait un avis à M. Reid pour l'informer qu'elle résiliait, à compter de la fin mai, le contrat conclu avec Exdos pour l'achat d'équipement usage. La personne responsable des rapports avec M. Reid à cette époque, (M. Haltigin), estimait que ce contrat n'était pas profitable à Xerox. M. Haltigin fondait son opinion sur une analyse effectuée pour déterminer l'écart entre ce qu'il en coûterait à Xerox pour mettre au rebut les appareils usages (compte tenu du métal qui peut être récupéré dans ce processus) et les profits réalisés lorsque les appareils sont vendus à M. Reid. Cette analyse a été contestée avec succès par M. Reid, qui a fait remarquer que l'analyse ne tenait aucunement compte des revenus que Xerox tire de la vente, à Exdos, de pièces et de matériel pour les appareils en question.

Par conséquent, même si le contrat de 1983-1985 a été annulé, les négociations ultérieures ont donné lieu à la signature d'un accord, en novembre 1987, autorisant M. Reid à acheter de l'équipement usagé à Xerox "au coup par coup". M. Reid n'en a pas changé pour autant sa façon d'acheter à Xerox. Il a continué d'acheter des pièces, tant pour les appareils usages obtenus de Xerox que pour les copieurs usages achetés ailleurs, y

compris les modèles d'après 1983. Les deux catégories de pièces lui étaient vendues au plein prix de détail.

La correspondance qui entoure le contrat est bien claire à ce sujet :

[TRADUCTION]

Exdos pourra continuer d'acheter au prix de détail normal les pièces pour l'équipement Xerox qu'elle n'a pas acheté à XCI [Xerox] (c.-à-d. l'équipement qui ne figure pas à l'annexe B). Les commandes seront remplies dans la mesure où les pièces seront disponibles et Xerox se réserve le droit de limiter les quantités.²¹
(Certains soulignements ajoutés)

La société répondait ainsi directement à la demande, présentée par M. Reid en mai 1987, qui voulait obtenir des éclaircissements sur différentes questions relatives à la résiliation du contrat :

[TRADUCTION]

Nous assurons l'entretien d'un certain nombre de modèles d'appareils Xerox qui n'ont pas été achetés directement à XCI, mais plutôt directement à des clients de cette société, par l'intermédiaire de représentants commerciaux de ladite société, de sociétés de location et des utilisateurs ultimes. Nous avons besoin de savoir si les pièces pour ce genre d'équipement seront encore disponibles au prix de détail normal²².

²¹ Pièce A-1, onglet 153, annexe A.

²² Pièce A-1, onglet 117.

Pendant toute la période de mai 1987 à août 1988, des pièces pour les modèles d'avant 1983 et d'après 1983 ont été vendues à Exdos.

**H. Élaboration d'une politique canadienne concernant les EIS -
Refus de vendre des pièces**

Revenons à l'examen de la politique de Xerox concernant les EIS. La preuve soumise montre que la politique de USMG, c'est-à-dire le refus de vendre des pièces de copieurs de la série 10 et d'appareils plus récents à ces entreprises, ne pouvait être efficace que si elle était appliquée par Xerox à l'échelle mondiale. Cette politique, qui émanait à l'origine des États-Unis, a par la suite été adoptée au Canada. Xerox a soutenu que, dans le cas du Canada, il s'agissait simplement de rendre officiel ce qui avait toujours été la politique de la société, à savoir qu'elle vendait seulement des pièces de photocopieurs d'après 1983 aux utilisateurs ultimes des appareils. Comme on l'a déjà fait remarquer, la preuve n'appuie pas cette conclusion, sauf peut-être en ce qui concerne les pièces de la série 50, qui n'ont été mises sur le marché que bien après l'entrée en vigueur de la politique canadienne.

Xerox a préparé la première ébauche de la politique canadienne concernant les EIS en décembre 1987. Cette politique a été établie sur le modèle de la politique de Xerox Corp. (E.-U.). Les documents

d'explication de cette politique donnaient au personnel de Xerox les indications suivantes :

[TRADUCTION]

La haute direction insiste de plus en plus sur l'importance des revenus générés par le service d'entretien pour garantir les profits de XCI.

Notre tâche consiste à faire croître les revenus provenant du service d'entretien, ce qui est essentiel à la réussite de Xerox.

La vente de pièces, de documents de formation et d'autre matériel de soutien pour les produits de la série 10, EP et OS a des EIS (entreprises indépendantes de service) va à l'encontre de cet objectif²³.

Le 7 mars 1988, une réunion a eu lieu pour discuter de la version finale de la politique et de sa mise en application. Aux fins de l'application de la politique, Xerox a dressé une liste de ses 150 plus gros acheteurs de pièces pour déterminer lesquels étaient des EIS. Le plus important acheteur de pièces, tout en étant une EIS, était Exdos. La politique canadienne sur les EIS est entrée en vigueur en juin 1988²⁴. Le 6 juillet 1988, une liste des EIS a été établie et un projet de lettre a été préparé visant à informer celles-ci de la fin des ventes de pièces.

²³ Pièce A-1, onglet 179.

²⁴ On trouvera le texte de cette politique à l'annexe A-1, onglet 201.

Le 26 août 1988, une lettre a été envoyée à Exdos l'informant que Xerox avait récemment revu sa stratégie concernant les produits et décidé que :

[TRADUCTION]

[...] La poursuite des ventes d'équipement usage et des services de soutien entrerait en conflit avec d'autres initiatives actuelles de La société sur le marché. En conséquence, La société juge nécessaire de mettre fin à La vente d'équipement usage, de matériel et de pièces à Exdos

La date limite de vente de l'équipement usage a été fixée au 26 septembre 1988; les pièces destinées à la revente ou à l'entretien ne seraient plus fournies après le 26 octobre 1988. Les ventes effectuées à Exdos en tant qu'utilisateur ultime" n'étaient pas concernées.

Le 29 août 1988, Xerox a envoyé des lettres à toutes les autres EIS au Canada, pour leur annoncer son refus de continuer à vendre des pièces pour les appareils de la série 10, de la série 9000 et d'autres appareils figurant sur les listes a d'autres utilisateurs que les utilisateurs ultimes. A cet égard, Xerox considérait que le fait de posséder un appareil était sans rapport. Seul le véritable utilisateur d'un appareil, quel qu'en soit le propriétaire, était considéré comme l'utilisateur ultime. En conséquence,

²⁵ Pièce A-1, onglet 198.

les EIS qui possédaient des appareils Xerox usages, qu'elles avaient loués à des clients, ne pouvaient plus acheter de pièces, même pour ces appareils.

III. QUESTIONS RELATIVES AU DROIT DE LA CONCURRENCE

Une ordonnance est demandée en vertu de l'article 75 de *la Loi sur la concurrence* dans le but d'enjoindre Xerox de vendre à Exdos (Reid) des pièces pour des copieurs d'après 1983. Aux fins de l'affaire en cause, l'article 75 se lit en partie comme suit :

75.(1) Lorsque, à la demande du directeur, le Tribunal conclut :

- a) qu'une personne est sensiblement gênée dans son entreprise (...) du fait qu'elle est incapable de se procurer un produit de façon suffisante, où que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normales;
- b) que la personne (...) est incapable de se procurer le produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché;
- c) que la personne (...) accepte et est en mesure de respecter les conditions de commerce normales [...];
- d) que le produit est disponible en quantité amplement suffisante.

le Tribunal peut ordonner qu'un ou plusieurs fournisseurs de ce produit sur le marché en question acceptent cette personne comme client [...]. (Soulignement ajouté)

Il n'est pas contesté que les pièces en question sont disponibles en quantité suffisante. Il n'est pas contesté qu'Exdos accepte et est en

mesure de respecter les conditions de commerce normales. Il y a peu de doute qu'Exdos est incapable de se procurer les pièces de façon suffisante. Par ailleurs, il y a peu de doute qu'en raison de l'incapacité de se procurer les pièces en question, Exdos a été et continuera d'être sensiblement gênée dans son entreprise.

Dans le contexte du droit de la concurrence, la principale question en litige dans l'affaire en cause consiste à définir le marché du produit pertinent et, en même temps, à déterminer si l'incapacité d'Exdos de se procurer le produit de façon suffisante est attribuable à "l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur le marché" ("insufficient competition among suppliers of the product in the market"). Plus particulièrement, l'article 75 s'applique-t-il à un cas où le produit est un produit s'appliquant à l'équipement du constructeur et où le marché est en grande partie alimenté par une source unique?

A. Incapacité de se procurer le produit de façon suffisante

Avant que Xerox ne refuse de vendre des pièces pour les copieurs d'après 1983 à d'autres utilisateurs que les utilisateurs ultimes, Exdos pouvait obtenir ce produit de la société Xerox elle-même et d'autres EIS au Canada ou aux États-Unis. Exdos pouvait également obtenir ces pièces de

Rank Xerox, la division britannique du groupe Xerox. De fait, pendant quelque temps, Rank Xerox a continué à fournir ce produit, même après que l'approvisionnement en pièces eut été coupé au Canada et aux États-Unis. Toutefois, à compter du mois de février 1990, cette source s'est tarie lorsque Rank Xerox s'est mise à appliquer elle aussi la politique concernant les EIS qui avait été adoptée plus tôt aux États-Unis et au Canada et a cessé de vendre les pièces en question.

À l'heure actuelle, Exdos peut se procurer des pièces pour les copieurs Xerox de trois façons : 1) en les obtenant de la société Xerox dans la mesure où celle-ci considère Exdos comme l'utilisateur ultime d'un quelconque appareil déterminé; 2) en démontant des appareils usages; 3) en les obtenant de fabricants indépendants de pièces Xerox. En ce qui concerne la première source d'approvisionnement, M. Reid, après avoir été avisé du refus de Xerox de vendre des pièces à d'autres utilisateurs que les utilisateurs ultimes, a placé un certain nombre de modèles différents de photocopieurs dans sa salle d'exposition. Il a fait inscrire ceux-ci au nom d'Exdos auprès de la société Xerox, à titre d'utilisateur ultime. Il obtient de cette façon un nombre limité de pièces. Cette source d'approvisionnement est qualifiée par l'avocat du directeur d'approvisionnement "au compte-gouttes".

La deuxième source d'approvisionnement, soit le démontage des appareils, ne constitue pas, à long terme, une source d'approvisionnement suffisante. En effet, bon nombre des pièces qui composent un photocopieur sont des "pièces non durables", c'est-à-dire qu'elles se détériorent de façon régulière après un certain usage. Elles doivent donc être remplacées souvent. La durée de vie des pièces non durables obtenues en démontant des appareils usages est donc forcément plus courte que celle des pièces neuves. Par conséquent, le fait de remplacer une pièce non durable complètement usée par une pièce usagée nécessite un entretien plus fréquent. De plus, les EIS se retrouvent avec des stocks de pièces inutilisées (provenant des restes des appareils) qui n'ont pas besoin d'être remplacées aussi souvent que les pièces non durables. A long terme, le démontage des appareils ne représente pas une source rentable d'approvisionnement en pièces non durables.

Quant à la troisième source d'approvisionnement, la preuve montre qu'il existait et existe toujours des fabricants indépendants qui produisent certaines pièces pour les copieurs Xerox. Ces fabricants produisent les pièces les plus en demande, mais non pas toutes les pièces nécessaires pour assurer l'entretien complet des appareils. Il existe des pièces uniques qui sont essentielles à un entretien adéquat et qui ne peuvent être obtenues de cette façon. La preuve montre donc clairement que, par suite

du refus de vendre de Xerox, les sources d'approvisionnement qui restent sont insuffisantes.

B. Entreprise sensiblement gênée

La preuve montre que l'entreprise d'Exdos-Nezron comporte trois aspects qui se chevauchent. Le premier de ceux-ci consiste à acheter et à vendre des photocopieurs Xerox usages provenant de diverses sources et à commercialiser ces appareils, ainsi que les pièces nécessaires à leur remise à neuf et à leur entretien, auprès de clients situés au Canada et ailleurs. Cette activité est parfois désignée comme la fonction de "courtage" de l'entreprise. Le deuxième aspect de l'entreprise d'Exdos-Nezron consiste à remettre à neuf des appareils et à les commercialiser directement sur le marché des utilisateurs ultimes, par voie de vente, de location à bail ou de location. Cette activité englobe à la fois la distribution de copieurs sur le marché des utilisateurs ultimes et la prestation d'un service continu d'entretien des appareils que détiennent les clients, si ceux-ci le désirent. Le troisième aspect de l'entreprise d'Exdos consiste à assurer un service d'entretien de copieurs Xerox indépendant de la vente des appareils. Pour que l'entreprise puisse survivre, ces trois aspects exigent un accès aux pièces de copieurs Xerox.

La société Xerox prétend qu'elle est toujours disposée à vendre à Exdos des pièces pour des copieurs d'avant 1983 et que, par conséquent, on ne peut conclure que l'entreprise d'Exdos soit sensiblement gênée. Cet argument n'est pas convaincant, en raison à la fois du nombre de clients à qui Exdos-Nezron a fourni des copieurs de la série 10 et du rétrécissement du marché des copieurs d'avant 1983. Xerox soutient également que comme sa politique vise à permettre aux utilisateurs ultimes d'acheter des pièces, on ne peut conclure que l'entreprise d'Exdos soit sensiblement gênée. Xerox prétend que les clients de M. Reid peuvent faire appel à Exdos-Nezron pour l'entretien et, ensuite, commander eux-mêmes les pièces directement à Xerox, après quoi Exdos-Nezron peut compléter l'entretien. Cette façon de procéder est manifestement si peu pratique que les critiques s'apparentent à une véritable litanie. Les clients ont témoigné qu'une telle méthode n'est pas viable. Tout d'abord, les clients ne veulent pas avoir à s'occuper des opérations administratives qu'exigent les commandes de pièces. Ensuite, ce qui est plus important, les clients ne toléreraient pas les périodes d'improductivité des appareils qu'entraînerait un tel processus d'entretien et de réparation.

Bien qu'il semble évident, compte tenu de la nature de l'entreprise d'Exdos-Nezron et des faits exposés ci-dessus, que le refus de vendre aura pour effet de gêner sensiblement et peut-être même de détruire l'entreprise d'Exdos-Nezron, le Tribunal ne se fie pas uniquement à la preuve qui a été décrite jusqu'ici. Le témoignage de M. Banks, qui a effectué une vérification de l'entreprise d'Exdos-Nezron dans le but de déterminer les effets du refus de vendre de Xerox sur l'exploitation de cette entreprise, démontre hors de tout doute que celle-ci sera sensiblement gênée par ce refus. Cette conclusion s'accompagne d'une réserve. Aucune preuve n'a été avancée en ce

qui a trait aux conséquences sur les activités d'Exdos, du refus de fournir des pièces de la série 50. M. Banks n'a pas traité de cette question dans son témoignage. M. Reid n'a pas non plus apporté de preuve à ce sujet.

Si le Tribunal comprend bien, la série 50 fait appel à une nouvelle technologie. Les appareils de cette série ont commencé à être mis sur le marché en 1989 et les pièces n'ont apparemment jamais été vendues, ni à Exdos, ni aux autres EIS.

C. Produit/Marché

Aux termes de l'article 75, il doit être établi qu'une personne est incapable de se procurer "un produit ou que ce soit sur un marché". En l'espèce, la dimension géographique du marché n'est pas véritablement en cause; il a été tacitement admis qu'il s'agissait du Canada. La principale question qui oppose les parties est celle du produit pertinent et, parallèlement, du marché du produit pertinent. Le directeur prétend que les

pièces de copieurs et, notamment, celles des appareils postérieurs à 1983, constituent le produit pertinent. La défenderesse prétend que le marché du produit pertinent est celui dans lequel Xerox exerce sa compétence, soit "la fourniture d'équipement de reprographie, des pièces de rechange et de l'entretien pour le compte de clients qui sont les utilisateurs ultimes."

Les divers arguments invoqués devant le Tribunal relativement à la définition du produit seront considérés dans l'ordre qui suit : 1) dans quelle mesure les pièces de Xerox, dans l'affaire en cause, doivent être considérées comme appartenant au marché du produit pertinent aux fins de l'application de l'article 75; 2) dans quelle mesure l'intégration verticale est la norme de l'industrie et peut servir à définir un marché pertinent; 3) l'importance du comportement de la plaignante quant à la définition du marché pertinent; et 4) dans quelle mesure il est nécessaire, aux fins de l'application de l'article 75, que la défenderesse exerce un pouvoir sur le marché pertinent.

1) Pièces de Xerox

Divers économistes ont été appelés à témoigner pour le compte des deux parties en ce qui a trait au sens à donner à l'expression "marché du produit pertinent". Le mécanisme de définition d'un marché de produit

s'appuie de toute évidence sur l'analyse économique, mais la question de savoir si ce marché est "pertinent" aux fins des dispositions de l'article 75 est largement fonction de l'interprétation que l'on donne à l'article 75 et de la définition de ses objectifs par rapport à l'ensemble de la *Loi sur la concurrence*. De toute évidence, le désaccord entre les économistes experts dans l'affaire en cause résulte en grande partie d'une différence d'opinion quant aux objectifs de l'article 75 et non pas d'une divergence de vues à l'égard des principes économiques pertinents relatifs à la définition du marché. Cela est particulièrement vrai dans le cas du témoignage du professeur Waverman. La question de savoir dans quelle mesure les témoignages des experts constituent des témoignages d'opinion de bon droit n'a pas été soulevée par les avocats. De toute façon, dans la mesure où le professeur Waverman ou tout autre expert a émis des opinions sur des questions de droit ou donne une interprétation personnelle des principes de la loi, plutôt que de présenter ce qui constitue valablement le témoignage d'opinion d'un expert en économie, le Tribunal a considéré de tels témoignages comme étant uniquement la préférence personnelle du témoin.

Le terme "produit" est un terme au sens particulier dans le droit de la concurrence²⁶. La détermination du produit pertinent, quel qu'en soit

²⁶ Le paragraphe 2(1) de La *Loi sur La concurrence* définit le terme de "produit" comme englobant "un article et un service".

l'objet, entraîne la définition du marché correspondant à ce produit pertinent. Le produit pertinent et le marché du produit pourront correspondre à une définition très élargie ou au contraire très étroite selon le contexte et le but de la définition.

Le directeur soutient que l'article 75 a pour objectif de promouvoir l'efficacité et la liberté de choix du consommateur en favorisant la participation des différentes entreprises individuelles et qu'en conséquence, la meilleure façon de définir le marché du produit est de se référer aux produits de substitution acceptables dont peuvent disposer, pour servir leurs clients, les entreprises qui se sont vu opposer un refus d'approvisionnement. Le directeur allègue qu'Exdos doit répondre à la demande de ses clients en ce qui a trait à la remise à neuf, à l'entretien et à la vente de copieurs usages. Ces clients possèdent ou veulent acheter des appareils Xerox et, par conséquent, toujours selon le directeur, la capacité technique de fournir des pièces de rechange ainsi que de mettre et de maintenir en état de marche les appareils, restreint la définition du produit aux pièces de copieurs Xerox.

La position du directeur rejoint celle adoptée par le Tribunal dans *Le directeur des enquêtes et recherches c. Chrysler Canada Ltée* :

Les produits et les marques ne peuvent être valablement définis que dans un contexte particulier et pour un objet particulier. La définition donnée à ces termes

pourra différer totalement lorsque, par exemple, dans le cas d'un fusionnement, le critère ultime consiste à déterminer si le fusionnement diminuera sensiblement la concurrence, auquel cas elle doit être formulée en fonction du besoin d'établir si le fusionnement entraînera une augmentation des prix ou d'autres effets caractéristiques d'une diminution de la concurrence. Dans le cas de l'alinéa 75(1)a), le critère ultime est l'effet sur l'entreprise concernée du refus d'approvisionner imposé à une personne. Lorsque des produits sont achetés à des fins de revente, l'effet sur l'entreprise du refus d'approvisionner imposé à une personne dépendra de la demande des clients de cette personne et de l'acceptation, par eux, de produits de remplacement. Par conséquent, le point de départ de la définition de "produit", aux termes de l'article 75, est la clientèle de l'acheteur²⁷.

L'économiste expert du directeur dans la présente affaire, le professeur Gillen, a défini le marché économique en se reportant aux critères suivants :

[TRADUCTION]

Un marché économique est défini comme étant un secteur où les prix de produits de qualité semblable sont ordinairement équivalents, sous réserve des frais de transport ou de transaction. Essentiellement, un marché défini en ce sens économique classique consiste en une série de produits dont les prix sont intimement liés par l'offre et la demande et relativement indépendants des prix pratiqués en dehors de ce marché. L'étendue du marché se mesure au degré de substitution possible des produits à des prix relatifs différents [élasticité croisée de la demande]. [...] Les produits qui sont des substituts proches sont assujettis à un degré élevé d'élasticité croisée de la demande ou de l'offre et sont indus sur ce même marché²⁸.

²⁷ *Le directeur des enquêtes et recherches c. Chrysler Canada Ltée*, (13 octobre 1989), CT-88/4, Motifs et ordonnance à la p. 19.

²⁸ Affidavit du témoin expert, D. Gillen, au para. 17 (Pièce A-1, onglet 2).

Le professeur Gillen est parti du principe que l'une des définitions possibles du marché en l'espèce était celle du produit refuse, soit celui des pièces de copieurs Xerox postérieurs à 1983. Pour vérifier cette hypothèse, il s'est demandé : 1) s'il était possible de distinguer un marché de pièces utilisées par les EIS d'un marché de pièces et de service constituant un ensemble demandé par les utilisateurs ultimes; 2) si les pièces et le service sont des produits distincts; 3) si les pièces de photocopieurs d'autres entreprises devaient être admises sur le marché; et 4) si seulement les pièces en provenance de Xerox constituaient l'offre sur le marché. C'est-à-dire qu'il s'est demandé s'il existait en fait un marché; s'il existait une demande et des fournisseurs et s'il s'y produisait des transactions. Ensuite, il a examiné les limites de ce marché et, étant donné que l'on ne peut remplacer les unes par les autres les pièces de matériel Xerox provenant de différents modèles et de différentes séries, il a conclu que les pièces de copieurs Xerox d'après 1983 constituaient un marché pertinent.

L'économiste expert de la défenderesse, le professeur Waverman, a jugé cette analyse un peu trop simpliste et a tenté de la démolir en affirmant que si les pièces de copieurs Xerox d'après 1983 constituaient un marché (ou un sous-marché), alors logiquement chaque pièce de chaque machine devrait être considérée comme un marché distinct parce qu'on ne peut les substituer les unes aux autres. L'expert du directeur n'a pas

prétendu, cependant, que les pièces de copieurs Xerox d'après 1983 constituaient une définition exclusive du marché de copieurs susceptible d'exister. Il s'est plutôt (TRADUCTION) "limite aux pièces *refusées à l'étude* qui entrent en ligne de compte pour les fins d'une définition du marché"²⁹.

Cette interprétation rejoint celle qui a été donnée par la doctrine. Ainsi, par exemple, Areeda et Turner insistent sur la nécessité de déterminer ce qui constitue un produit ou un marché de produit en se reportant à l'objectif de la loi exigeant une telle définition :

[TRADUCTION]

On ne peut déterminer [...] La définition du marché "pertinent" sans se reporter au contexte juridique qui entoure La question. Il convient d'examiner ce qui est attaqué, les règles de droit positif en matière de responsabilité s'appliquent en l'espèce et les réparations qui sont en jeu³⁰.

Dans un supplément récent de ce même ouvrage, les auteurs font par ailleurs remarquer:

[TRADUCTION]

[...] parler de marche et de sous-marché est à La fois superflu et déroutant dans une affaire d'antitrust, ou les tribunaux recherchent à bon droit l'existence d'un marche

²⁹ Affidavit du témoin expert, D.W. Gillen (en réplique à L. Waverman), au para. 4 (Pièce A-3, onglet 6); (soulignement ajouté).

³⁰ P. Areeda & D.F. Turner, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. 2, Boston : Little, Brown, 1978 au para. 518 [références omises].

pertinent, c'est-à-dire un marché qui a de La pertinence pour La question juridique dont ils sont saisis³¹. (Soulignement ajoute)

Cette position est par ailleurs conforme à la décision prononcée dans l'affaire *R. v. J.W. Mills & Son Ltd.*,³² décision à laquelle se sont reportés les deux avocats. Dans l'affaire *I.W. Mills & Son Ltd.*, où la poursuite alléguait l'existence d'une coalition, le juge Gibson a déclaré :

[TRADUCTION]

Dans l'examen et l'évaluation de l'aspect compétitif du marché, ce sont les limites de ce marché qui ont de la pertinence parce que l'une des principales questions à déterminer est celle de savoir quelle concurrence a de La pertinence, [...].

Naturellement, **il** n'existe en droit aucune définition du "marché" qui permet d'examiner une présumée violation [...] Ce qui constitue un marché pertinent tient au jugement fondé sur les éléments de preuve propres à chaque affaire. [...]

Mais en général, **il** est important de ne pas oublier que le terme "marché" est un concept pertinent. D'un autre côté, **il** n'existe qu'une seule marche dans une économie puisque, dans une certaine mesure, tous les produits et services sont des substituts les uns par rapport aux autres qui se font concurrence pour les dollars du client.

D'un autre côté, à peu près toutes les entreprises ont leur propre marché puisque, dans la plupart des industries, le produit d'une entreprise est différent, dans une certaine mesure, de ceux de toutes les autres.

Une définition du marché pertinent dans un cas particulier, par conséquent, exige la considération d'un certain nombre de caractéristiques ou de dimensions pour analyser La question particulière à l'étude.

³¹ P.E. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 1989 Supp., Boston: Little, Brown, 1989 au para. 518.1c [références omises].

³² [1968] 2 R.C. de l'E. 275, conf. (*sub nom. J.W. Mills & Son Ltd. c. R.*) (1970), [1971] R.C.S. 63.

[...]

C'est pourquoi les dimensions ou les limites d'un marché pertinent doivent être déterminées en tenant compte de son intention. Par exemple, deux produits peuvent être sur le même marché dans un cas et non pas dans un autre.

Il est possible de considérer de nombreuses caractéristiques ou dimensions pour définir le marché pertinent. Toutes ne sont pas du même ordre. Et dans un cas particulier, habituellement, il ne sera pas nécessaire de considérer La totalité des nombreuses caractéristiques ou dimensions. Dans certains cas, La définition pourra reposer sur seulement une caractéristique ou dimension ou deux³³ (Soulignement ajoute)

Le juge Gibson a ensuite énuméré un certain nombre de caractéristiques susceptibles de s'appliquer à la définition d'un marché pertinent : concurrence réelle et potentielle; intégration et étapes de la fabrication; méthode de production ou origine; caractéristiques physiques des produits ou des services; utilisateurs ultimes des produits; capacité de substitution des produits; région géographique; prix relatifs des produits ou des services. Dans l'ordre où elles sont données, les trois premières caractéristiques se rapportent principalement à l'offre sur le marché et les trois suivantes à la capacité de substitution des produits. La "région géographique" est une conclusion plutôt qu'un élément de définition des marchés, à laquelle on arrivera souvent après avoir analysé de manière approfondie les autres éléments. Les données concernant les prix pourront

³³ *Ibid.* aux pp. 304-306.

servir à tirer des conclusions sur les possibilités de substitution pour les approvisionnements, tant entre les produits que d'une région à l'autre.

Au nom de la défenderesse, le professeur Waverman a soutenu que le produit pertinent en l'espèce consiste en la prestation d'un ensemble de services qui mènent à la création d'un document reproduire⁴. Le témoin a soutenu que cette définition était conforme à la façon dont le produit était acheté par le consommateur ultime. L'économiste expert de la défenderesse ne nie pas que les pièces pour les copieurs Xerox sont des produits pour lesquels il existe un marché définissable, et que les personnes qui souhaitent faire l'entretien d'appareils Xerox sont les clients de ce marché. Toutefois, il est d'avis qu'il ne s'agit pas du marché *pertinent* aux fins de l'application de l'article 75. Il prétend que le produit et le marché, lesquels sont pertinents aux fins de l'application de l'article 75, devraient être définis en fonction du marché sur lequel Xerox fait concurrence, c'est-à-dire le marché des utilisateurs ultimes :

³⁴ Affidavit du témoin expert, L. Waverman, au para. 9 (Pièce A-3, onglet 3) :

[TRADUCTION]

La prestation de services de reproduction de documents selon un ensemble donné de couts et de normes de rendement, par la fourniture d'équipement de reprographie et du service, des pièces et du matériel nécessaires pour produire des copies au moyen de cet équipement de façon régulière, tout en limitant au minimum les périodes d'interruption résultant d'une panne de l'équipement.

[TRADUCTION]

[...] la concurrence pertinente ne s'exerce pas à l'égard des produits s'appliquant à l'équipement du constructeur Xerox, mais plutôt entre les fournisseurs de services de photocopie, lesquels sont nombreux.

Prétendre que le marché est celui des pièces Xerox revient à ne pas tenir compte de la façon dont le consommateur prend ses décisions. Les utilisateurs ultimes (ceux qui ont besoin de services de photopies) ne sont pas indifférents au prix des pièces Xerox étant donné qu'en fin de compte ce prix, qu'il soit explicite ou implicite, est une composante du coût de chaque photocopie. La concurrence qui s'exerce entre fournisseurs de services de photopies sur le coût de chaque copie entraîne une certaine discipline sur le marché des pièces⁵

Le professeur Waverman a soutenu que les mesures prises par Xerox pour limiter l'approvisionnement s'expliquaient par la concurrence qui s'exerçait sur le marché des copieurs et ne pouvaient à long terme qu'intensifier cette concurrence. Il a allégué qu'une ordonnance prononcée en vertu des dispositions de l'article 75 ferait supporter une perte aux clients en remplaçant un système de distribution efficace (dicte par le marché) par des systèmes de distribution inefficaces. Il a donc fait valoir que les faits en litige ne sont visés ni par l'esprit, ni par l'objet de l'article 75.

Toutefois, même si cette thèse était exacte, les éléments de preuve avancés dans la présente affaire ne permettent pas de conclure que le marché des utilisateurs ultimes entraîne une certaine discipline sous l'effet de la concurrence qui s'exerce sur le marché des pièces. Il est clair qu'a

³⁵ Affidavit du témoin expert, L. Waverman (en réplique à D.W. Gillen), au para. 9 (Pièce A-3, onglet 4).

l'heure actuelle Xerox n'établit pas le prix de ses pièces par rapport à la concurrence mais qu'elle le fixe selon une "formule" arbitraire. De plus, même si Xerox devait être obligée à long terme d'établir le prix de ses pièces en tenant compte de la concurrence, les propriétaires actuels d'appareils Xerox peuvent difficilement, pendant la durée utile de l'appareil, changer de fabricant. Ainsi que le soutient l'avocat du directeur, il ne suffit pas de répondre aux clients d'Exdos "qu'en vertu des théories économiques d'une certaine école de Chicago [...] [il] leur faut attendre que le marché se régie de lui-même" et qu'à long terme, lorsqu'ils achèteront d'autres copieurs, **il** leur sera possible de le faire en s'adressant à une entreprise offrant des pièces et un service d'entretien de meilleure qualité et meilleur marché.

Au sujet maintenant de la question de savoir si les pièces de rechange commercialisées par l'entreprise doivent être considérées comme un "produit" ou comme constituant la base d'un "marché de produit", il convient tout d'abord de relever que la *Loi sur La concurrence* et, plus particulièrement, l'article 75, ne se limite pas à garantir la disponibilité de produits *d'utilisation ultime* à des prix compétitifs. La Loi elle-même ne le prévoit pas de façon expresse et l'énoncé de son objet ne permet aucunement de conclure qu'une telle restriction est implicite. De fait, comme **il** est énoncé à l'article 1.1 de la Loi, celle-ci a pour objet, entre autres, "d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie

canadienne". La Loi semble donc, dans bien des cas, prévoir et même exiger l'application de mesures visant à assurer la compétitivité d'un marché intermédiaire. Il a été indiqué au Tribunal que si l'on accepte la position adoptée par la défenderesse, cela signifierait, par exemple, que parce que les sociétés General Motors et Ford se font concurrence sur le marché final des automobiles, il n'existerait aucun marché définissable à l'égard des pièces captives pour les voitures Ford. Ou encore, cela signifierait qu'aux fins de l'application de la *Loi sur la concurrence*, il ne faudrait pas tenir compte de la concentration de biens en amont détenus par les fournisseurs, comme les sociétés pétrolières, puisque ces sociétés se heurtent à de la concurrence en aval au niveau du détail.

Les marchés intermédiaires pour des pièces de rechange s'appliquant à l'équipement du constructeur sont définis comme étant des marchés pertinents dans d'autres contextes du droit de la concurrence. Bien entendu, aucun de ces contextes ne se rapporte à l'article 75 de la *Loi sur la concurrence*. Ils ne peuvent être cités, et ne l'ont été, que pour démontrer que ces marchés de produits *peuvent être pertinents* aux fins du droit sur la concurrence. Ainsi par exemple, dans l'affaire *R v. Chatwin Motors Ltd.*³⁶, la Couronne a fait état d'un complot entre concessionnaires franchises dans

³⁶ (1978), 37 C.P.R. (2d) 156 (B.C.S.C.). La Cour d'appel a rejeté l'appel de la Couronne aux motifs qu'il portait sur des questions de fait : (1978), 7 B.C.L.R. 171, 40 C.P.R. (2d) 106 (C.A.), conf. [1980] 2 R.C.S. 64.

l'un des secteurs du marché de pièces et d'accessoires de véhicules automobiles: celui des pièces du marché captif de véhicules Ford et General Motors et, plus particulièrement, des pièces du marché captif faisant l'objet de commandes spéciales lorsque le concessionnaire payait les frais de transport. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué que la seule concurrence substantielle qui s'exerçait sur les pièces du marché captif l'était entre concessionnaires franchises et qu'en dépit de l'étroitesse de ce marché offert à la concurrence, le public était fondé à ce qu'il soit préservé³⁷.

L'affaire *Hugin Kassaregister AB v. European Commission*³⁸ a mis en cause l'article 86 du Traité de Rome. Aux termes de l'article 86, il est interdit d'exploiter de façon abusive une position dominante au sein de la communauté économique européenne ("CEE") ou d'une partie substantielle de celle-ci, dans la mesure où le commerce entre les États membres est susceptible d'en être affecté. L'entreprise suédoise en cause et ses filiales avaient refusé de fournir des pièces de rechange de caisses enregistreuses Hugin à une entreprise britannique spécialisée dans l'entretien, la remise en état et la location de caisses enregistreuses Hugin. L'entreprise Hugin

³⁷ La Cour a constaté qu'il y avait une entente entre les concessionnaires pour imposer des frais de transport sur les commandes spéciales, tout en jugeant par ailleurs que cette entente n'avait aucune incidence sur le caractère concurrentiel de leurs transactions. La Cour a accepté en fait l'argument des défendeurs selon lequel il n'était pas légitime de les englober dans cette accusation de complot étant donné qu'il n'y avait jamais eu de concurrence entre concessionnaires de Ford et de General Motors susceptible d'avoir été limitée par cette entente.

³⁸ (No. 22/78), [1979] C.M.R. 7439 (C.E.J.).

Kassaregister AB ("Hugin AB") a soutenu que l'approvisionnement en pièces de rechange et que les services d'entretien ne constituaient pas un marché distinct et n'était qu'une composante du marché principal des caisses enregistreuses. L'en-tête de la décision de la Commission faisant état du fait que Hugin AB a enfreint les dispositions de l'article 86 se présente comme suit :

[TRADUCTION]

Lorsque les pièces de rechange d'un produit de marque particulière ne peuvent être remplacées par les pièces de rechange d'autres marques de ce même produit et ne peuvent être reproduites de façon économique, que les pièces sont produites selon le modèle du fabricant (qui ne fait pas partie de La CEE), au moyen d'outillage appartenant au fabricant, et qu'elles sont exclusives au fabricant de telle sorte que celui-ci contrôle La fourniture de toutes ses pièces de rechange dans le monde entier, ce fabricant a le monopole de ces pièces et, de concert avec ses filiales établies au sein de La CEE, détient ainsi une position dominante sur le marché commun à l'égard de La fourniture de telles pièces de rechange. Par conséquent, ce fabricant détient également une position dominante à l'égard de l'entretien et de la réparation du produit lui-même, par rapport aux sociétés qui ont besoin d'obtenir les pièces de rechange. Cela est vrai même si La part du marché que détient le fabricant de ce produit ne lui donne pas une position dominante à l'égard du produit.

[...]

Un fabricant qui a le monopole de La fourniture de pièces de rechange pour son produit et qui fournit ces pièces uniquement à ses filiales et à ses concessionnaires autorisés pour leur propre usage et non à des fins de revente, exploite de façon abusive sa position dominante, du fait qu'il limite La concurrence par son refus injustifié de vendre ad'autres³⁹

³⁹ *Liptons Cash Registers and Business Equipment Ltd. v. Hugin Kassaregister AB* (1977), [1978] 1 C.M.L.R. D19. La Cour de justice a par ailleurs statué que les pièces d'Hugin exigées par les entreprises indépendantes constituaient un marché pertinent pour les besoins de l'application de l'article 86 en l'espèce et qu'Hugin jouissait d'une position dominante sur ce marché. La Cour a annulé la décision de la Commission pour un autre motif restreint, alléguant du fait que les agissements d'Hugin n'avaient pas affecté le commerce entre les États membres étant donné que l'entretien, La location et La vente de caisses enregistreuses étaient des entreprises à caractère local.

Dans l'affaire *Image Technical Service, Inc. v. Eastman Kodak Co.*⁴⁰, il a été statue que le refus, de la part d'Eastman Kodak Co. ("Kodak") de vendre à des EIS des pièces pour des photocopieurs, après les avoir vendues à ces entreprises pendant plusieurs années, pouvait être conteste en justice en vertu de l'article 2 de la *Sherman Act*⁴¹. Aux termes de l'article 2 de cette Loi, le fait de monopoliser ou de tenter de monopoliser [TRADUCTION] "toute partie de l'échange ou du commerce entre les États ou avec les pays étrangers" constitue une infraction. Aucune décision définitive n'a été rendue concernant les faits relatifs à cette affaire, puisque le litige a été porte devant la Cour d'appel du neuvième circuit au moyen d'un appel interjeté contre le rejet, par voie de jugement sommaire, de l'action intentée individuellement par les demandeurs en vertu de la loi antitrust. Le tribunal a conclu qu'un tel rejet sommaire n'était pas justifié et a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] La théorie émise par Kodak, selon laquelle cette société ne peut avoir le monopole du marché de service (encore moins exercer un pouvoir sur ce marché), du fait qu'elle n'exerce aucun pouvoir économique sur les marchés intermarques, semble logique. Mais au vu de La preuve présentée par les appelants, nous ne sommes pas d'avis que cette théorie est conforme à la réalité⁴².

⁴⁰ 88-2686 (9th Cir., 1 May 1990).

⁴¹ 15 u.s.c. § 1-7.

⁴² *Supra*, note 40 aLa p. 3643.

Dans cette même affaire, **il** était également allégué que Kodak avait enfreint l'article 1 de la *Sherman Act* par son refus de vendre des pièces de rechange aux utilisateurs ultimes de l'équipement, sauf si ceux-ci

s'engageaient à ne pas faire appel à des EIS pour assurer l'entretien de leurs photocopieurs⁴³. Kodak prétendait que les pièces et que l'entretien se rattachaient à un marché unique du produit et qu'en conséquence, **il** ne pouvait pas y avoir d'entente liant les deux choses. Le tribunal a conclu que cet argument s'appuyait à tout le moins sur une question de fait contestée.

[TRADUCTION]

Même si les produits doivent être utilisés ensemble, cela n'exclut pas la possibilité qu'ils forment des marchés distincts. [...] La politique de Kodak, selon laquelle cette société ne permettait à ses clients d'acheter des pièces qu'à la condition qu'ils acceptent d'assurer eux-mêmes l'entretien de leurs appareils, laisse supposer que la demande de pièces peut-être distinguée de la demande de service⁴⁴.

Le tribunal a soutenu par ailleurs que si l'on supposait l'existence d'une entente liant les deux choses, **il** s'agissait aussi de déterminer dans les faits si Kodak avait un pouvoir économique suffisant sur le marché du produit "clef". Les demandeurs /appelants ont soutenu que Kodak

⁴³ Aux termes de l'article 1 de la *Shennan Act* [TRADUCTION] "tout contrat, toute coalition[...] ou tout complot visant à restreindre l'échange ou le commerce" est illégal. Dans cette affaire, il s'agissait d'une allégation d'avoir illégalement lié la vente de pièces au service. Afin d'obtenir gain de cause dans ce genre d'affaire, le demandeur devait prouver : 1) qu'il existait des marchés distincts pour les pièces et pour le service et 2) que la défenderesse exerçait un pouvoir économique suffisant sur le marché du produit créant un lien (les pièces pour les copieurs Kodak) pour limiter de façon appréciable la concurrence sur le marché ainsi lié (l'entretien des copieurs Kodak).

⁴⁴ *Supra*, note 40, aux pp. 3632-33.

disposait de ce pouvoir sur le marché des pièces parce que ces pièces étaient uniques et parce que les propriétaires de ces appareils ne pouvaient pas changer facilement de fournisseur. L'entreprise Kodak a rétorqué qu'elle n'avait pas un tel pouvoir sur le marché intermarque des copieurs et qu'elle ne pouvait donc pas jouir d'un pouvoir sur le marché des pièces de rechange situé en aval. Le tribunal a statué en ces termes :

[TRADUCTION]

Nous considérons que la concurrence qui s'exerce sur les marches intermarques est susceptible d'enlever à Kodak ses pouvoirs sur le marché des pièces. [...] En l'espèce, Kodak a lié les pièces au service et non l'équipement aux pièces. La concurrence intermarque sur le marché de l'équipement n'a pas pour effet, dans l'abstrait, de réfuter l'argument des appelants selon lequel Kodak exerce un pouvoir sur le marché des pièces.

[...]

Les appelants n'ont pas procédé à une analyse de marché et n'ont pas relevé d'imperfections spécifiques qui s'appliquent précisément au marché des copieurs et de la micrographie, mais ce serait privilégier la théorie par rapport à la réalité que de leur demander de le faire pour s'opposer à un jugement par voie sommaire. La preuve de l'existence d'événements réels présentée par les appelants est suffisante pour permettre raisonnablement à un juge de première instance de conclure que Kodak exerce un pouvoir sur le marché intermarque et que la concurrence sur ce marché n'a pas pour effet, en réalité, de limiter le pouvoir de Kodak sur le marché des pièces⁴⁵

⁴⁵ *Ibid.* aux pp. 3634-36.

Pour en arriver à cette décision, le tribunal a établi une distinction avec l'une de ses décisions antérieures en matière de ventes liées : *General Business*

*Systems v. North American Philips Corp.*⁴⁶

La raison pour laquelle la décision relative à l'affaire *Image Technical Service Inc.* est citée abondamment tient au fait qu'une grande partie des témoignages d'experts déposés en preuve par la défenderesse dans la présente affaire semblent être fondés sur des principes de la jurisprudence antitrust des États-Unis et des arguments qui ont été avancés par le passé ou qui sont évoqués à l'heure actuelle relativement à celle-ci. Ces principes et arguments ne sont pas nécessairement valables aux fins d'interpréter les lois

⁴⁶ 699 F. 2d 965 (9th Cir. 1983). Le juge dissident dans l'affaire *Image Technical Service, Inc.*, a qualifié l'argument accepté par la Ninth Circuit dans l'affaire *General Business Systems* de "similaire" au raisonnement appliqué par le juge Posner (de la Seventh Circuit) dans sa dissidence dans l'affaire *Parts & Electric Motors, Inc. v. Sterling Electric, Inc.*, 866 F. 2d 228 (7th Cir. 1988). Dans cette affaire, le juge dissident s'est exprimé en ces termes :

[TRADUCTION]

La majorité des juges se sont trompés sur la nature de l'argument de Kodak. Si l'on applique l'analyse du juge Posner dans l'affaire *Sterling*, la concurrence sur le marché intermarque implique un simple choix : Kodak peut soit vendre ses pièces à des prix concurrentiels et ainsi conserver sa part du marché intermarque, soit les vendre à des prix qui défient toute concurrence - ce qui lui apporterait un avantage à court terme mais qui, à long terme, lui enlèverait sa part du marché intermarque. Dans l'un ou l'autre cas, Kodak ne nuit pas à la concurrence: si cette société choisit d'adopter la deuxième stratégie, les forces de la concurrence auraient un effet dévastateur sur le marché intermarque, et les bénéfices provenant de la majoration à court terme du prix des pièces disparaîtraient rapidement. Il en résulterait "une brève perturbation des conditions de la concurrence - ce n'est pas là le genre de chose que visent les lois antitrust et dont celles-ci devraient traiter."

Supra, note 40 à la p. 3646. Le juge dissident a considéré que la majorité, dans l'affaire *Image Technical Service, Inc.*, avait rejeté ce type de raisonnement comme étant trop théorique pour servir de base à un jugement sommaire.

canadiennes⁴⁷. Cette affaire nous enseigne cependant que, même dans la jurisprudence des États-Unis, les pièces de rechange s'appliquant à l'équipement du constructeur peuvent constituer le marché du produit pertinent aux fins du droit de la concurrence.

Dans l'affaire qui nous occupe, il est approprié de déterminer ce qui constitue le marché du produit pertinent et d'évaluer l'étendue du marché sur lequel ce produit se situe en se reportant au produit qui a été refusé et à des éléments tels que ceux qui ont été exposés dans la décision du juge Gibson. L'étendue géographique du marché n'est pas sérieusement contestée, car il a été présumé qu'il s'agissait essentiellement du Canada. Avant le refus de fournir de Xerox Corp. (E.-U.) et de Rank Xerox, le marché aurait pu être qualifié de plus étendu; les pièces pouvaient, à ce moment-là, être importées.

Les limites du marché du produit peuvent être définies à bon droit comme étant celles des pièces de copieurs Xerox. La subdivision du marché pertinente, soit la catégorie de produits qui relèvent du marché en cause en l'espece, est celle des pièces destinées aux copieurs de modèle postérieur à 1983. Rien n'exige, d'après la formulation de l'article 75 de la

⁴⁷ Contrairement à ce qui se passe pour *La Loi sur La concurrence*, La notion de refus d'approvisionnement un client dans le droit des États-Unis comme dans celui de la CEE se rattache au cadre des dispositions prohibant l'abus de position dominante ou les monopoles ainsi que les ventes liées et autres obligations verticales contraignantes.

Loi ou au nom des principes généraux de l'économie, que les pièces de rechange s'appliquant à l'équipement du constructeur ne puissent être considérées comme un produit pertinent aux fins de l'article 75.

Les consommateurs du produit sont Exdos, d'autres EIS et les clients de Xerox qui font eux-mêmes l'entretien des machines. Bien que l'économiste expert du directeur soutienne que Xerox soit le seul fournisseur, il ajoute qu'il s'agit essentiellement d'une question de fait plutôt qu'une question qui exige le témoignage d'un expert. Le professeur Gillen reconnaît Xerox comme étant le seul fournisseur parce que d'autres sources d'approvisionnement situées tant au Canada qu'à l'étranger fournissent un produit qualitativement différent de celui de Xerox. Selon le Tribunal, il est plus exact de définir les fournisseurs, avant le refus de fournir, comme étant Xerox, d'autres EIS, Rank Xerox et les fabricants indépendants de pièces.

2) Intégration verticale

Au sujet de la définition qu'il convient de donner au marché, la défenderesse a avancé plusieurs arguments qui sont fondés sur des conclusions de fait qui ne sont pas soutenues par les éléments de preuve. Par souci de précision, cependant, nous les examinerons. L'un de ces arguments consiste à dire que c'est le marché des utilisateurs ultimes et non pas le

marché des pièces qui devrait être désigné comme le marché pertinent parce que l'intégration verticale est la norme au sein de l'industrie. Il est allégué que l'intégration verticale est adoptée par les entreprises pour des raisons d'efficacité et qu'il faut supposer dans l'affaire qui nous occupe que c'est la raison pour laquelle Xerox désire maintenir un système d'intégration verticale ou y revenir.

L'expression "intégration verticale" est employée par l'expert de la défenderesse dans un sens très limité voulant dire seulement que Xerox n'a vendu aucune pièce sauf à des utilisateurs ultimes, et non pas que Xerox n'a fourni ces pièces que par l'intermédiaire de ses propres techniciens d'entretien. Il est clair que Xerox elle-même, pendant de nombreuses années, a vendu librement et ouvertement des pièces à quiconque voulait en acheter; les ventes ne se limitaient pas aux utilisateurs ultimes. Xerox n'a pas pratiqué l'intégration verticale, même au sens donné à cette expression dans le témoignage du professeur Waverman ni dans aucun autre sens plus large, puisqu'elle consent toujours à vendre des pièces directement aux utilisateurs ultimes. Aucun élément de preuve n'a été établi par ailleurs que l'intégration verticale est la norme de l'industrie ni dans ce sens restreint, ni dans un sens plus général.

L'expert de la défenderesse a soutenu que les entreprises adoptent l'intégration verticale pour des motifs d'efficacité économique⁴⁸ et que si cette intégration verticale n'est pas préservée, les bénéfices qui en découlent (par exemple, l'utilisation des recettes tirées de l'entretien pour payer les coûts élevés de recherche et de développement ou l'assurance d'une qualité uniforme de service) échappent aux consommateurs. La difficulté inhérente à l'argument de cet expert tient au fait qu'il se fonde entièrement sur des hypothèses. Même s'il est vrai que les entreprises adoptent l'intégration verticale pour des motifs d'efficacité, rien ne prouve que tel est le cas dans l'affaire qui nous occupe.

Il n'est possible de déterminer si certaines situations, où l'intégration verticale est dictée soit par la norme de l'industrie, soit par souci d'efficacité économique, peuvent tomber sous le coup des dispositions de l'article 75 que si les circonstances de l'affaire dans leur ensemble permettent d'établir l'existence de faits pertinents. Il se pourrait que de tels facteurs amènent le Tribunal à conclure qu'il n'y avait pas de marche de produit. Il se pourrait aussi qu'ils amènent le Tribunal à conclure que l'incapacité de la

⁴⁸ Le terme "efficacité" a (au moins) deux sens dans La doctrine économique : 1) l'intérêt général (La meilleure répartition des ressources au sein de La société dans son ensemble); 2) La réduction maximale des couts d'une entreprise (J. Triole, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, Mass. : MIT Press, 1988 à La p. 16). Dans le contexte qui nous occupe, le terme "d'efficacité" est synonyme d'une organisation réduisant au maximum le cout de l'activité économique. Les gains tires de l'intégration verticale sur le plan de l'efficacité peuvent s'expliquer par des facteurs technologiques ou encore par une réduction des coûts des transactions ou par une diminution de l'incertitude.

plaignante de se procurer le produit n'était pas attribuable "à l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché". Pour les besoins de la présente décision, il suffit de dire que les conclusions de fait que l'on recherche ici à l'appui de ces arguments ne peuvent pas être justifiées.

3) Conduite de la plaignante/Charge incombant à Xerox

La défenderesse prétend qu'aucun marché n'a été constitué parce que M. Reid a acheté les pièces par subterfuge. Comme on l'a indiqué par ailleurs, aucun élément de preuve n'en fait foi. Ces éléments de preuve ne permettent pas non plus de conclure que M. Reid s'est vu refuser les produits en raison d'obligations et de dépenses administratives particulièrement lourdes imposées à Xerox comme résultat des transactions

de celle-ci avec lui (frais d'inventaire, par exemple). Rien de concluant non plus dans les témoignages voulant qu'Exdos "s'en tire à bon compte" dans bien des domaines. Certains éléments de preuve établissent que de nombreuses EIS faisaient partie du réseau Exdos et que certaines personnes préposées aux services assurés par Neutron étaient d'ex-employés de Xerox, qui avaient été formés par Xerox pour l'entretien des copieurs Xerox. Toutefois, cela ne justifie pas l'accusation de "s'en tirer à bon compte" portée contre Exdos. Aucun argument convaincant n'a par ailleurs été avancé pour

prouver que Xerox risquait d'être lésée parce qu'on ne pouvait pas généralement s'attendre à ce qu'Exdos assure la qualité de service que Xerox pouvait offrir en matière d'entretien et de réparation des appareils Xerox. Rien n'est venu prouver non plus l'allégation selon laquelle la réputation de Xerox est ternie chaque fois qu'Exdos ne peut assurer convenablement l'entretien d'un photocopieur ou que, lorsqu'Exdos-Nezron est incapable de réparer une machine, elle fait appel à Xerox pour la réparer. D'ailleurs, on pourrait soutenir qu'Exdos, plus peut-être que Xerox, a *directement* intérêt à fournir un service de réparations de qualité et dans les délais étant donné que c'est là son travail. De manière générale, il convient de remarquer que les dépositions d'expert du professeur Waverman contiennent des affirmations de fait qui ne sont pas du tout confirmées par la preuve.

Il n'est possible d'évaluer la question de savoir si le comportement de la plaignante ou si le fardeau administratif ou d'autres coûts imposés aux fournisseurs peuvent avoir de la pertinence pour déterminer l'existence ou la définition d'un marché de produits que si les faits en l'espèce établissent avec certitude l'existence de *tels* facteurs. Il se pourrait que de tels facteurs amènent le Tribunal à conclure à l'inexistence d'un "marché de produits" ou, plus vraisemblablement, à conclure que l'incapacité pour la demanderesse de se procurer le produit en quantité suffisante n'était pas attribuable "à l'insuffisance de la concurrence entre les

fournisseurs de ce produit sur ce marché" mais plutôt a des raisons commerciales objectivement justifiables ou encore, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, à conclure qu'il ne devrait pas rendre une ordonnance obligeant le fournisseur à approvisionner le client. Pour les besoins de la présente décision, il suffit de relever, comme au sujet des arguments fondés sur l'intégration verticale, que les conclusions de fait que l'on recherche ici à l'appui de ces arguments, ne peuvent pas être justifiées.

4) Pouvoir sur le marché de la défenderesse

Un dernier point concernant la définition d'un marché du produit pertinent doit retenir notre attention. Il s'agit de déterminer si, en l'occurrence, la défenderesse exerce "un pouvoir considérable sur le marché". Comme l'indiquent les références précitées au droit de la concurrence de la CEE et à la jurisprudence antitrust des États-Unis, cette question a de la pertinence pour ces juridictions. Un argument semblable a été invoqué dans la décision prise par le Tribunal dans l'affaire *Chrysler Canada Ltée* :

Le professeur Ralph A. Winter, économiste, que la défenderesse a fait comparaitre comme témoin-expert, prétend que le Tribunal devrait définir le produit et le marché non pas du point de vue de Brunet en tant qu'acheteur, mais plutôt en vue de déterminer si Chrysler jouit d'un pouvoir considérable sur le marché. Pour ce faire, ajoute-t-il, il faut considérer ce que Chrysler vend et à qui elle le vend. Il en arrive à conclure que le marché pertinent coïncide avec le marché mondial de l'automobile, puisque le prix des pièces d'automobile est fixe en rapport

avec celui des véhicules. Selon Winter, le prix des pièces Chrysler est restreint par l'effet que ce prix peut avoir sur la vente des véhicules Chrysler. Winter croit également que Chrysler subit une très vive concurrence dans la vente de ses véhicules. Il en conclut que Chrysler ne jouissant pas d'un pouvoir considérable sur le marché comme vendeur de véhicules, sa décision de cesser d'approvisionner Brunet s'expliquait par un souci d'efficacité et non par le désir d'accroître son pouvoir sur le marché.

Cet argument est présenté par Winter relativement à la définition de "produit" et de "marché", mais également sous l'angle du pouvoir discrétionnaire du Tribunal de rendre une ordonnance dans le cas où il jugerait que le demandeur a démontré chacun des éléments. Le Tribunal est convaincu qu'un examen étendu du pouvoir de Chrysler sur le marché n'est pas nécessaire pour dire si les divers éléments de l'article 75 de la Loi sont démontés, bien qu'un tel examen puisse influencer sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal⁴⁹.

Cet argument a déjà été assez longuement évoqué ci-dessus, dans le cadre de la discussion de ce qui constitue un marché du produit pertinent aux fins des dispositions de l'article 75. Si le marché du produit pertinent est défini comme celui des pièces, il est alors évident que Xerox jouit pratiquement d'une situation de monopole sur ce marché. Si le marché du produit est celui des copieurs, Xerox continue à jouir d'un pouvoir considérable sur ce marché. Il ne s'agit pas de savoir en l'espèce si cette entreprise occupe une position dominante. Quoi qu'il en soit, il importe de souligner que le pouvoir sur le marché de la défenderesse n'est pas un élément qui a besoin d'être prouvé pour obtenir une ordonnance aux termes de l'article 75. Il est bien possible qu'il soit rare qu'un fournisseur refuse

⁴⁹ *Supra*, note 27 aux pp. 22 et 23.

d'approvisionner un acheteur potentiel, pour des raisons contraires au libre jeu de la concurrence, sans détenir par ailleurs un pouvoir considérable sur le marché pertinent. Une telle démarche serait contraire à ses intérêts si l'acheteur potentiel était en mesure de trouver facilement une autre source d'approvisionnement. De toute façon, ni la désignation du produit pertinent, ni la définition du marché pertinent ne tiennent, aux fins de l'article 75, à l'évaluation du pouvoir considérable de la défenderesse sur le marché pertinent. Tout ce qu'il faut prouver, c'est que la plaignante est incapable de se procurer le produit de façon suffisante "en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché".

D. Insuffisance de La concurrence entre les fournisseurs du produit

L'article 75 n'exige pas directement que le Tribunal constate des répercussions précises sur le marché à la suite du refus d'approvisionner, mais il est clair que ce n'est pas dans tous les cas où un fournisseur décide d'arrêter de vendre ses produits à un client que l'on pourra recourir aux dispositions de cet article. L'alinéa 75(1) b) exige que la personne qui s'est vu refuser le produit soit "incapable de se procurer le produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché".

Il faut donc qu'une situation particulière règne sur le marché au moment du refus, situation que l'on peut décrire assez fidèlement en disant qu'il s'agit d'une "insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs". Jusqu'à quel point cette concurrence doit être insuffisante, voilà qui dépend des circonstances propres à chaque cas d'espèce. De toute évidence, un marché composé de nombreux fournisseurs agissant indépendamment les uns des autres ne relèvera pas de cette définition. (Il est par ailleurs très difficile de concevoir que l'on puisse porter devant le Tribunal une affaire dans laquelle les fournisseurs refusant d'approvisionner une personne seraient si nombreux que l'entreprise de cette dernière en serait "sensiblement gênée". On peut supposer qu'à partir du moment où un fournisseur refuserait d'approvisionner l'entreprise, **il** serait vite remplacé par un autre, tout heureux d'augmenter ses recettes.)

De plus, il faut que le refus d'approvisionner se produise "*en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché*". En l'occurrence, il faut que la principale raison pour laquelle le produit n'est pas disponible en quantité suffisante soit l'état de la concurrence sur le marché du produit.

En l'espèce, le directeur fait valoir qu'étant donné que le marché du produit pertinent se limite aux pièces Xerox, la seule question

soulevée par l'alinéa b) est de savoir s'il est possible de trouver un approvisionnement suffisant auprès d'autres sources que Xerox elle-même. Puisque, nous l'avons vu plus haut, ces sources de substitution ne sont ni suffisantes, ni viables d'un point de vue économique, le directeur allègue que par définition, le marché de ces pièces se caractérise par l'insuffisance de la concurrence. Cette qualification est en tout cas douteuse étant donné que Xerox a dans la pratique le monopole des pièces s'appliquant à son propre équipement.

L'argumentation de la défenderesse sur ce point est inextricablement liée à sa position sur la question de la définition du marché du produit pertinent aux fins des dispositions de l'article 75. La défenderesse allègue que la formulation de l'alinéa b) laisse entendre que le "marché" doit se composer de plusieurs fournisseurs étant donné que l'on emploie précisément le terme de "fournisseurs" au pluriel. En conséquence, répète la défenderesse, le marché pertinent doit être celui sur lequel les fabricants de copieurs exercent leur concurrence.

En réponse aux questions posées sur l'interprétation de l'expression "en raison de l'insuffisance de la concurrence *entre les fournisseurs* de ce produit sur le marché", l'avocat du directeur a fait remarquer que l'emploi du terme "fournisseurs" selon cette formulation fait en sorte que les

dispositions de cet article peuvent légitimement s'appliquer au cas où le refus émane non seulement d'un fabricant/fournisseur de pièces jouissant d'une position dominante, mais aussi au cas où il émane d'un fournisseur unique. Le paragraphe 33(2) de la *Loi d'interprétation*⁵⁰ établit clairement qu'il faut au moins présumer que "le pluriel et le singulier s'appliquent, le cas échéant, à l'unité et à la pluralité".

L'avocat du directeur a fait valoir en outre que même si l'on tente de faire tomber cette présomption en alléguant du contexte dans lequel se trouve la phrase, l'interprétation selon laquelle le pluriel englobe le singulier⁵¹ est confirmée par l'ensemble du texte de l'article 75. Selon l'avocat, l'intention de l'article 75 est clairement *d'englober* et non pas *d'exclure* le marché des fournisseurs uniques. L'avocat a cité le paragraphe 75(2) à l'appui de cet argument : selon le paragraphe 75(2), un article qui se distingue des autres articles de sa catégorie en raison uniquement du fait qu'il s'agit d'un produit de marque ou qu'il s'applique à l'équipement du constructeur sera considéré comme un "produit" distinct aux fins de l'article 75 si cet article occupe sur ce marché une position à ce point dominante qu'elle nuit sensiblement à la possibilité, pour la personne qui

⁵⁰L.R.C. (1985), c^h 1-21.

⁵¹ L'expression "entre les fournisseurs" devrait être séparée complètement du reste de la phrase pour qu'elle ait un sens, du point de vue grammatical, au singulier.

s'est vu refuser l'approvisionnement, d'exploiter son entreprise. Dans les circonstances appropriées, selon lui, ces dispositions permettraient de définir un marché du produit limite à un produit de marque ou à un article s'appliquant à l'équipement du constructeur pour lequel le fournisseur jouirait d'une position dominante et, par conséquent, une ordonnance pourrait être prononcée à l'encontre d'un fournisseur unique.

Le Tribunal est d'avis que l'emploi du pluriel à l'alinéa 75(1) b) englobe le singulier. Aucun argument convaincant ne nous a été présenté qui nous amènerait à conclure que le cadre législatif dans lequel s'insère ce paragraphe en décide autrement. Il serait illogique que le Tribunal puisse intervenir en vertu de cet article sur un marché comprenant par exemple trois ou quatre fournisseurs du produit pertinent et qu'il ne puisse pas le faire lorsque le fournisseur jouit d'une situation de monopole.

Le Tribunal a été saisi d'un bon nombre d'arguments concernant les implications qu'aurait sur l'application de l'article 75 dans l'avenir une ordonnance de fournir des pièces de rechange s'appliquant à l'équipement d'un constructeur. La décision *Chrysler Canada Ltée* a déjà établi qu'une ordonnance de fournir des pièces de rechange s'appliquant à l'équipement d'un constructeur pouvait à bon droit être rendue en vertu de l'article 75. Nombre des arguments invoqués ici devant le Tribunal l'ont

également été dans l'affaire *Chrysler*; bon nombre ont trait à des situations hypothétiques qui pourraient survenir à l'avenir et au sujet desquelles il est allégué que le Tribunal serait alors obligé de rendre une ordonnance aux termes de l'article 75 à partir du moment où l'on rendrait une ordonnance de ce type dans la présente affaire.

Comme il a déjà été dit, il est difficile de convenir de ce genre d'argument. En l'absence d'une situation réelle établissant les faits hypothétiques invoqués, il est difficile de conclure qu'il serait approprié ou non de rendre une ordonnance en vertu de l'article 75. Par exemple, on a laissé entendre que si une ordonnance était possible dans les circonstances de la présente affaire, elle serait également possible dans une situation où le fabricant/fournisseur de pièces s'appliquant à l'équipement du constructeur n'aurait jamais fait la distinction entre la vente de ses pièces et la vente de ses machines. La question de savoir si une telle ordonnance pourrait à bon droit être rendue en vertu de l'article 75 n'est pas en litige dans l'affaire qui nous occupe, mais il est néanmoins possible de se demander si le directeur, dans des circonstances de ce genre, serait en mesure de prouver l'existence d'un marché pour le produit en question; on pourrait se demander si un plaignant serait en mesure d'alléguer que ses activités commerciales ont été sensiblement gênées par ce refus de l'approvisionner. Il est utile de citer ici certains arguments de la défenderesse qui semblent reconnaître ce fait :

[TRADUCTION]

Tous les experts économiques ont reconnu que d'un point de vue économique, un fabricant qui exerce ses activités dans un contexte d'intégration verticale n'a rien d'inefficace ou d'anticoncurrentiel.

[...]

La seule question à caractère concurrentiel se pose donc lorsqu'un fabricant agit de façon à faire la distinction entre les produits et les services et crée un marché où il n'en existait aucun auparavant. La situation la plus typique du genre est celle qui se produit au niveau du concessionnaire.

Si un fabricant distribuait son produit par l'intermédiaire d'un réseau de concessionnaires, il pourrait alors être approprié d'examiner les aspects concurrentiels du marché ainsi créé pour faire en sorte qu'entre concessionnaires il n'y ait aucune discrimination ou pratiques restrictives.

[...]

Abstraction faite du fabricant au sujet duquel il peut être dit clairement et sans équivoque qu'il a créé un marché pour la vente de pièces au niveau du concessionnaire, il n'y a aucune question de concurrence à trancher⁵².

Dans la situation actuelle, le fabricant/fournisseur a effectivement créé un marché pour les pièces de copieurs Xerox et l'a créé non pas par le biais d'un réseau de concessionnaires, mais en vendant à quiconque désire en acheter.

L'autre situation hypothétique invoquée concerne la question de savoir si l'article 75 peut s'appliquer à un fabricant qui refuse de fournir un produit à certains clients simplement parce qu'il désire modifier le réseau

⁵² Arguments écrits de Xerox aux para. 148, 150, 151 et 160.

de distribution dudit produit. Encore une fois, en l'absence de faits réels, il est impossible de répondre de façon concluante à une telle question. En même temps, on peut se demander si l'incapacité de se procurer des approvisionnements dans de telles circonstances répond nécessairement au critère relatif à "l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché". Il se pourrait très bien que l'incapacité de se procurer des approvisionnements dans de telles circonstances soit imputable à une décision d'affaires légitime, sans aucun lien avec des facteurs anticoncurrentiels. Quoiqu'il en soit, il ne s'agit pas en l'occurrence d'une tentative de la part de la défenderesse de changer son réseau de distribution de concessionnaires. En outre, il est abondamment clair que la décision a été prise pour la seule fin de faire échec à la concurrence sur le marché après-vente.

Le dernier point pertinent à considérer au sujet de la question en litige est celui du cadre législatif de l'article 75. L'avocat du directeur soutient et le Tribunal accepte que l'article 75 doit être interprété dans le contexte de l'intention explicite de la législation et des autres dispositions de la Loi. L'article 1.1 décrit l'objet de la *Loi sur la concurrence* comme étant notamment "d'assurer à la moyenne et à la petite entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne" et "d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et des choix dans les produits".

L'ordonnance que demande le directeur en faveur d'Exdos répondrait à ce double objet. Exdos continuerait à avoir "une chance honnête de participer à l'économie" et les consommateurs auraient un plus grand choix quant aux produits et aux prix.

IV. QUESTIONS CONSTITUTIONNELLES

La compétence constitutionnelle du Parlement du Canada en ce qui concerne la promulgation de l'article 75 est contestée. La défenderesse soutient que si le Tribunal est en mesure de prononcer une ordonnance en vertu des dispositions de l'article 75 afin de régir le comportement d'un fournisseur sans se référer aux effets sur la concurrence, l'article en cause est un article de loi qui traite de la propriété et des droits civils dans la province (paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵³) et qu'il ne légifère pas sur une question qui relève des pouvoirs du Parlement, conformément à l'article 91 de cette même loi. À supposer que l'article soit par ailleurs constitutionnellement valide, soutient l'avocat, il est inopérant en ce qui concerne les faits en l'espèce parce que lesdits faits ne concernent pas un refus d'approvisionnement qui auraient des effets anticoncurrentiels.

⁵³ (R.-U.), 30 & 31 Viet., c. 3.

En outre, sont aussi soulevées certaines questions concernant la constitutionnalité du Tribunal lui-même, qui reposent sur la décision du juge Philippon, de la Cour supérieure du Québec, dans l'affaire *Alex Couture Inc. c. P.G. Canada*⁵⁴.

A Constitutionnalité de l'article 75

Pour débattre la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi sur La concurrence*, il faut commencer par étudier l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*⁵⁵. Cet arrêt concerne la constitutionnalité de l'article 31.1, venant s'ajouter à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en 1976⁵⁶, qui dispose que toute personne qui a subi une perte ou un préjudice par suite d'un comportement allant à l'encontre de la partie v de la Loi (infractions criminelles) ou d'une ordonnance prise par la Commission sur les pratiques restrictives de commerce ou par un tribunal, peut intenter des poursuites en dommages-intérêts. Dans l'arrêt *City National Leasing*, le juge en chef Dickson s'est reporté à l'historique du paragraphe 91(2) (pouvoir fédéral en

⁵⁴ (6 avril 1990), Québec 200-05-001361-877.

⁵⁵ [1989] 1 R.C.S. 641.

⁵⁶ L.R.C. (1970), ch. C-23, mod. par S.C. (1974-75-76), ch. 76, art. 12. Ce même article, légèrement modifié, apparaît sous la forme de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985) ch. C-34, mod. par la *Loi corrective de 1987*, L.R.C. (1985) (4e supp.), ch. 1, art. 11.

matière d'échanges et de commerce) de la *Loi constitutionnelle de 186*⁵⁷. Il y signalait que l'affaire *Citizens Insurance of Canada v. Parsons*⁵⁸ avait dégagé trois propositions importantes concernant la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce :

[...] (i) elle ne correspond pas au sens littéral des mots "réglementation des échanges et du commerce"; (ii) elle comprend non seulement les arrangements visant les échanges internationaux et interprovinciaux mais "il se pourrait [...] (qu'elle) comprenne la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion"; (iii) elle n'englobe pas la réglementation des contrats d'un commerce en particulier⁵⁹

Le juge en chef y remarquait que depuis l'arrêt *Parsons*, la jurisprudence relative au paragraphe 91(2) a surtout porté sur la délimitation des deux aspects des volets de la compétence fédérale concernant "la compétence en matière d'échanges et de commerce internationaux et interprovinciaux" et que le second volet de cette compétence, celui qui a trait au pouvoir sur "les échanges et le commerce en général touchant le Canada dans son ensemble", est demeuré largement inexploré. Il y ajoutait qu'en ce qui concerne l'évaluation de l'interaction du paragraphe 91(2), c'est-à-dire la compétence du Parlement pour légiférer en matière d'échanges et de

⁵⁷ Établi au départ dans l'affaire *P.G. du Canada c. Transports nationaux du Canada Ltée* [1983] 2 R.C.S. 206.

⁵⁸ (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.)

⁵⁹ Cité dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, *supra*, note 55 à La p. 656.

commerce, et du paragraphe 92(13), c'est-à-dire l'autorité législative provinciale concernant la propriété et les droits civils dans une province, le véritable équilibre :

[...] réside quelque part entre une interprétation compréhensive du paragraphe 91(2) et une interprétation qui rend la compétence générale en matière d'échanges et de commerce pratiquement insipide et dépourvue de sens⁶⁰.

Le juge en chef a cité l'arrêt *MacDonald c. Vapor Canada Ltée*⁶¹, dans laquelle trois critères ont été retenus comme ayant de la pertinence pour l'évaluation de la constitutionnalité de la Loi par rapport à la compétence en matière d'échanges et de commerce découlant du second volet mentionné dans *Parsons* : 1) la législation contestée doit faire partie d'un système général de réglementation; 2) le système doit faire l'objet d'une surveillance constante exercée par un organisme de réglementation; 3) la législation doit viser le commerce dans son ensemble plutôt qu'un secteur en particulier⁶². Le juge en chef Dickson a par ailleurs adopté deux autres critères, définis dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Transports*

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 660.

⁶¹ (1976), [1977] 2 R.C.S. 134.

⁶² *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, *supra*, note 55 à la p. 661. Dans l'affaire *MacDonald c. Vapor Canada*, l'alinéa 7 e) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1970), ch. T-10, a été jugé invalide parce qu'il outrepassait les pouvoirs fédéraux. Cette disposition législative de nature très générale interdisait à toute personne "toute acte ou toute pratique contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux au Canada". Elle ne se rattachait pas à un régime de réglementation fédéral lié à la compétence générale en matière d'échanges et de commerce.

*nationaux du Canada, Ltée*⁶³, qui sont pertinents pour l'évaluation de la validité constitutionnelle de la législation sur la compétence générale en matière d'échanges et de commerce : 4) que la Constitution n'habilite pas les provinces, conjointement ou séparément, à adopter une telle loi et 5) que l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités compromettrait l'application de ladite loi dans d'autres parties du pays⁶⁴. Les cinq facteurs ainsi circonscrits étaient qualifiés *d'indices* qui, cependant, *ne se voulaient pas une énumération exhaustive aux fins de la caractéristique* de la loi en ce qui concerne la compétence générale en matière d'échanges et de commerce. Aussi, *la présence ou l'absence de l'un ou [l'autre de ces indices n'est pas nécessairement concluante* lorsqu'il s'agit de rendre une décision concernant la caractérisation constitutionnelle de la loi.

Diverses dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ont été contestées pour des motifs constitutionnels tout au long de l'existence de cette loi.⁶⁵ La Loi a été largement modifiée en 1976, puis a nouveau en 1986 lorsqu'elle a pris le nom de *Loi sur La concurrence*. Il n'est

⁶³ *Supra*, note 57.

⁶⁴ *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, *supra*, note 55, à la p. 662.

⁶⁵ Voir par ex., *R. c. Hoffman-LaRoche Ltd.* (N's 1 & 2) (1981), 33 O.R. (2d) 694, 125 D.L.R. (3d) 607 (CA. de l'Ont.) (une infraction prononcée dans le cas de prix prohibitifs peut se justifier par le para. 91(2) ainsi que par le para. 91(27) et par l'existence de pouvoirs résiduels); *P.G. du Canada c. Transports nationaux du Canada Ltée*, *supra*, note 57 (les trois juges de La Cour suprême qui se sont penchés sur La question auraient appuyé les dispositions s'appliquant au complot en vertu du para. 91(2)).

pas nécessaire de décrire l'essentiel de ces modifications; elles sont bien connues. Il suffit de dire qu'elles ont donné lieu à de nombreuses contestations d'ordre constitutionnel.

Outre la décision prononcée par La Cour suprême dans l'affaire *City National Leasing*, d'autres jugements sont venus confirmer La validité de plusieurs autres dispositions contestées qui figuraient dans les modifications de 1976. Dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Miracle Mart Inc.*⁶⁶, la Cour a statué que l'interdiction de vendre au-dessus du prix annoncé (infraction criminelle) était valide sur le plan constitutionnel en vertu de La compétence exercée par le Parlement sur les échanges et le commerce. Dans l'affaire *Re BBM Bureau des mesures et le Directeur des enquêtes et recherche*⁶⁷, La Cour d'appel fédérale a déclaré que le pouvoir d'examen des ventes liées (qui relevait antérieurement de La compétence de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce et qui relève désormais du Tribunal) était un pouvoir fédéral constitutionnellement valide en vertu des dispositions du paragraphe 91(2). Plus récemment, dans l'affaire *Alex Couture Inc. c. P.G. du Canada*⁶⁸, le juge Philippon a reconnu au Parlement, en vertu de la

⁶⁶ [1982] C.S. 342, (*sub nom. R. c. Miracle Mart Inc.*) 68 C.C.C. (2d) 242 (C.S. du Que.) [traduction].

⁶⁷ (1984), 9 D.L.R. (4th) 600, (*sub nom. BBM Bureau des mesures c. Directeur des enquêtes et recherches en vertu de La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*) 82 C.P.R. (2d) 60.

⁶⁸ *Supra*, note 54.

compétence générale en matière d'échanges et de commerce, le pouvoir d'adopter des dispositions législatives sur les fusionnements en matière civile, dispositions qui ont été rajoutées à la *Loi sur La concurrence* en 1986. Il a annulé ces dispositions aux motifs qu'elles enfreignaient la liberté d'association des entreprises commerciales qui y étaient soumises.

Compte tenu des diverses contestations d'ordre constitutionnel et particulièrement de l'arrêt de la Cour suprême dans *City National Leasing*, il est clair que le système législatif général de la *Loi sur La concurrence* est constitutionnellement valide. Dans *City National Leasing*, le juge en chef Dickson a écrit, en ce qui concerne la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans sa forme modifiée en 1980 :

Il m'est facile de conclure de cet aperçu général de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qu'elle comporte un système de réglementation économique complexe. La Loi a pour objet d'éliminer les activités qui diminuent la concurrence sur le marché. Toute la Loi est conçue en fonction de cet objet. Elle identifie et désigne les pratiques monopolistiques. Elle établit un mécanisme d'enquête en vue d'identifier les activités interdites et prévoit un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle contre les sociétés qui s'adonnent à certaines pratiques tendant à diminuer la concurrence. A mon avis, ces trois éléments que sont l'identification de pratiques interdites, La création d'une procédure d'enquête et l'établissement d'un mécanisme de recours constituent un système de réglementation bien intégré qui vise à décourager les formes de pratiques commerciales considérées comme préjudiciables au Canada et à l'économie canadienne⁶⁹

⁶⁹ *Supra*, note 55 à La p. 676.

Bien que cet arrêt ait porté sur la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* d'avant les modifications de 1986, les motifs et conclusions qu'il énoncé s'appliquent de même façon à la législation modifiée⁷⁰.

En fait, l'avocat de la défenderesse ne conteste pas la validité constitutionnelle de la Loi. Il soutient plutôt que l'article 75 est invalide s'il est interprété comme voulant dire qu'il s'applique qu'il y ait ou non un effet sur la concurrence. À cet égard, l'argument de l'avocat rejoint l'explication du juge en chef Dickson selon laquelle, dans l'affaire *City National Leasing* :

⁷⁰ Exposé juridique du directeur (question constitutionnelle), para. 18 :

La structure fondamentale de *La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* à laquelle fait allusion le juge Dickson est demeurée intacte dans les modifications qui ont créé en 1986 *La Loi sur la concurrence* et *La Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Voici les principaux changements adoptés en 1986:

- i) insertion de l'objet de La Loi (art. 1.1);
- ii) disposition liant les sociétés de La Couronne (art. 2.1);
- iii) révision des pouvoirs de perquisition du directeur, pour tenir compte de l'arrêt *Humer c. Southam* et d'autres considérations (art. 11-20);
- iv) ajout d'une infraction concernant les accords bancaires (art. 49);
- v) ajout d'un abus de position dominante qui peut être examiné au civil (art. 78-79) et des dispositions sur les fusions (art. 91-100), y compris les recours spéciaux de procédure en cas de fusionnement, telles les injonctions provisoires;
- vi) ajout d'un système de préavis de fusionnement (art. 108-124);
- vii) abolition de La CPRC et de sa compétence en matière de demandes de recherches et des enquêtes prévues à l'art. 18 et son remplacement par le Tribunal de La concurrence pour l'examen des affaires au civil, et les tribunaux ordinaires pour l'arbitrage des mandats de perquisitions et autres demandes d'enquêtes.

La question est de savoir non pas si La Loi dans son ensemble est inconstitutionnelle parce qu'elle va trop loin mais si une disposition particulière est assez intégrée à La Loi pour justifier sa constitutionnalité⁷¹ .

L'avocat de la défenderesse soutient, en outre, que même si l'article 75 est valide, **il** ne peut servir de fondement à une ordonnance qui porte sur les intérêts commerciaux légitimes d'un fabricant, mais non pas à une ordonnance qui n'est pas fondée sur des effets concurrentiels. C'est-à-dire que l'article peut être constitutionnellement valide, mais demeurer inopérant en ce qui concerne certaines situations de fait. Si la portée de l'article est telle qu'elle englobe les deux types d'ordonnances, celles qui sont fondées sur les effets concurrentiels et celles qui ne le sont pas, alors l'article pourrait être opérant à l'égard des unes, mais inopérant à l'égard des autres. Ce second volet de l'argument constitutionnel est facilement réfutable, compte tenu des constatations de fait qui ont été effectuées. Il est clair que l'ordonnance recherchée, dans l'affaire en instance, est directement reliée à la préservation de la concurrence sur le marché des pièces et du service pour les copieurs Xerox. Elle est également directement reliée à la préservation de la concurrence qui découle de l'existence d'un marché pour les machines d'occasion. Ainsi, si l'article 75 est valide, **il** est opérant et peut servir de fondement à une ordonnance dans les circonstances de l'affaire qui nous occupe.

⁷¹ *Supra*, note 55 à la p. 670.

Examinons maintenant la validité constitutionnelle de l'article 75. La façon d'aborder cette question, lorsqu'on évalue la constitutionnalité d'un article isolé de la Loi, a été traitée dans *City National Leasing*. Dans cette affaire, il a été soutenu que l'article 31.1, pris isolément, était clairement inconstitutionnel parce qu'il légiférait en matière de propriété et de droits civils dans la province. Un argument contraire a été soulevé, à savoir que l'article ne pouvait et ne devait pas être évalué isolément, mais qu'il devait être considéré dans le contexte du système de la Loi dans l'ensemble. Le juge en chef a répondu à ces arguments en affirmant que si la disposition contestée était clairement constitutionnelle et relevait de la compétence fédérale sans empiéter sur la compétence provinciale, nulle autre explication était nécessaire :

[...] c'est-à-dire si, de par son caractère véritable, elle relève du droit fédéral, et que la loi à laquelle elle se rattache est constitutionnelle (ou si la disposition peut être séparée de la loi ou si elle se rattache à une partie de la loi qui peut être séparée et valide du point de vue constitutionnel), il n'est alors plus nécessaire de poursuivre l'analyse. Dans ce cas, la disposition et la loi sont inattaquables du point de vue constitutionnel. Si, comme il peut arriver dans certains cas, on constate que la disposition contestée est inattaquable du point de vue constitutionnel alors que la loi qui la contient ne l'est pas, il faut alors examiner la loi en elle-même. Dans ces cas, il est clair que l'allégation d'invalidité aurait dû être d'abord soulevée contre la loi et non contre la disposition⁷².

⁷² *Ibid.* à la p. 667.

Dans la plupart des cas, cependant, on a fait remarquer qu'il est probable qu'une disposition contestée puisse être qualifiée, *a première vue*, de disposition qui empiète dans une certaine mesure sur les pouvoirs de la province. La mesure de "l'empiètement sur les pouvoirs de la province" doit être évaluée non pas pour déterminer la constitutionnalité de la disposition, mais pour pouvoir s'en servir comme d'un facteur pour déterminer si la disposition fait partie du système de réglementation de la loi dans son ensemble.

L'étape suivante consiste à vérifier la validité constitutionnelle du système législatif dans son ensemble. Une fois cette vérification faite, le rapport entre la disposition contestée et le système législatif doit être évalué en se reportant à un critère plus ou moins rigoureux, selon le degré d'empiètement de la disposition contestée sur les pouvoirs de la province. La simple inclusion d'une disposition dans un système législatif valide ne confère pas *ipso facto* une validité constitutionnelle à ladite disposition :

La cour doit ici faire porter son attention sur le rapport qui existe entre la loi valide et la disposition contestée. Pour répondre à cette question, il faut d'abord décider quel critère de "concordance" est approprié à cette décision. Par "concordance", j'entends dans quelle mesure la disposition est intégrée à l'ensemble de la loi et à quel point elle est importante pour son efficacité. Le même critère ne sera pas approprié dans toutes les circonstances. Pour parvenir à la norme appropriée, la cour doit considérer dans quelle mesure la disposition empiète sur les pouvoirs de la province. La jurisprudence que je vais examiner plus bas indique que, dans certaines circonstances, un critère plus strict est de rigueur alors que dans d'autres un critère moins

rigoureux est acceptable. Par exemple, si la disposition contestée n'empiète sur les pouvoirs de la province que d'une façon négligeable, un rapport "fonctionnel" peut alors suffire pour justifier la disposition. D'autre part, si la disposition contestée empiète considérablement sur les pouvoirs de la province, un critère plus strict est alors indiqué. La meilleure méthode consiste à examiner minutieusement le critère approprié dans chaque cas.

En déterminant le critère approprié, il faut se rappeler que, dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier de gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral. Il est donc approprié que les tribunaux exercent une certaine forme de retenue quand ils proposent des critères stricts qui auront pour effet d'invalider de telles mesures législatives⁷³

Le juge en chef s'est ensuite reporté aux diverses façons dont la "concordance" ou le critère avait été décrit et les a énumérées dans un ordre ascendant apparent de rigueur : lien rationnel et fonctionnel; accessoire à l'objet principal de la législation; nécessairement accessoire; véritablement nécessaire; lien intime; partie intégrante du système.

Le juge en chef a conclu que puisque l'article 31.1 de la *Loi sur la concurrence* ne constituait qu'un empiètement minimal sur l'autorité de la province, il était nécessaire de démontrer seulement l'existence d'un lien rationnel et fonctionnel entre l'article et l'ensemble du système de la législation. Il a aussi indiqué que la disposition aurait pu être justifiée si on

⁷³ *Ibid.* aux pp. 668-69.

lui avait appliqué un critère plus rigoureux; elle aurait pu être qualifiée de partie intégrante du système législatif.

Qu'en est-il donc de l'article 75? Il est évident qu'une ordonnance prise en vertu de l'article 75 est susceptible de remettre en cause les droits de propriété et les droits civils de la personne qui est tenue d'approvisionner et de la personne qui reçoit cet approvisionnement. L'effet de l'article, cependant, en tant qu'empiètement dans un domaine de compétence provinciale à l'égard de la propriété et des droits civils dans la province, n'est pas, de manière générale, considérable. L'article n'a pas pour objet, comme le voudrait la défenderesse, de régir ou de réglementer des relations contractuelles. Cet effet n'est que secondaire. Son effet est limité et minutieusement restreint à un comportement considéré comme préjudiciable à la concurrence. Le simple fait de refuser d'approvisionner un client n'est pas une infraction en soi. L'article 75 n'est qu'un article parmi d'autres qui s'adresse à un ensemble de pratiques commerciales susceptibles d'être *réexaminées* en justice et qui *peuvent* être interdites si certaines conditions sont réunies. Les éléments que l'on retrouve aux alinéas 75(1) a), b), c) et d) limitent l'application de cet article ainsi que sa portée.

Avant 1976, les seules interdictions figurant dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* qui traitent indirectement du refus

d'approvisionnement étaient le complot, le monopole et le soutien du prix de revente. On a jugé nécessaire de traiter de la question du refus d'approvisionnement lorsque ce refus avait des effets préjudiciables à la concurrence, c'est-à-dire lorsqu'une personne, en raison du manque de concurrence entre les fournisseurs sur un marché donné, était dans l'impossibilité de se procurer en quantité suffisante un produit indispensable au fonctionnement de son entreprise. L'article 75 dispose que le Tribunal peut interdire ce genre de refus; d'autres refus pouvant être justifiés ne feront pas l'objet de ce genre d'interdiction.

L'article 75 n'empiète pas plus sur la compétence provinciale que d'autres nombreuses dispositions valides de recours ou d'interdiction dans la Loi qui portent sur des agissements concurrentiels indésirables. De tels recours ou interdictions ont toujours, dans une certaine mesure, un effet sur la propriété et les droits civils ou les contrats locaux dans une province. L'effet sur la propriété et les droits civils d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 75 n'est certainement pas plus considérable que celui d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 77 de la Loi (ventes liées) ou des ordonnances qui réglementent les fusions et qui ont par conséquent des effets sur les contrats susceptibles d'impliquer des parties à l'intérieur de la même province.

Bien que l'article 75, contrairement à l'article 31.1, soit une disposition de fond, il est limité dans sa portée et dans son champ d'application. Il n'entre en jeu que lorsque le directeur, après enquête, entame une poursuite. Il y a donc de bonnes raisons de conclure que l'article n'exige pas l'application d'un critère plus rigoureux que celui du lien rationnel et fonctionnel qui est appliqué à l'article 31.1. Cependant, comme l'article 31.1, il pourrait exiger l'application d'un critère plus rigoureux au besoin.

L'article 75 peut sans aucun doute être considéré comme étant accessoire à l'objet principal du système législatif tout en ayant un lien intime avec celui-ci. L'effet immédiat d'une ordonnance enjoignant au fournisseur d'approvisionner son client est de laisser les mains libres aux distributeurs en facilitant le jeu de la concurrence gênée par l'inaccessibilité des produits. L'objet de l'article est de promouvoir ou de préserver la concurrence. L'article 75 opère selon les mêmes paramètres de réglementation que les autres dispositions de la partie VIII. Seul le directeur peut présenter une demande d'ordonnance d'approvisionnement. Il présente une telle demande après enquête et dans le cadre de la politique courante d'application de la Loi dont il a la charge.

En conséquence, l'article 75 répond aux critères établis dans l'affaire *City National Leasing*.

B. Constitutionnalité du Tribunal de La concurrence

Les parties ont déposé un expose conjoint des faits sur lequel pourrait être fondée une contestation de la constitutionnalité du Tribunal. L'argument envisagé correspondrait à celui qui a été exposé dans la décision prise par la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Alex Couture Inc. c. Procureur général du Canada*¹⁴. Ce même argument était cependant en cours d'examen devant une autre formation du Tribunal de la concurrence, dont la validité constitutionnelle était contestée, lors de l'audience de la demande présentée dans l'affaire *Le directeur des enquêtes et recherches c. The NutraSweet Company*. Les parties dans l'affaire qui nous occupe ont donc convenu qu'au lieu de reprendre le plaidoyer déjà présenté, elles seraient liées par la décision rendue dans l'affaire *The NutraSweet Company*. L'entente stipule que l'une ou l'autre partie est libre d'en appeler de la décision du Tribunal tout comme si la question constitutionnelle soulevée dans l'affaire *The NutraSweet Company* avait été pleinement débattue et tranchée dans le contexte de la présente affaire.

La décision a entretemps été prononcée dans l'affaire *The NutraSweet Company*⁷⁵. Il a été conclu, contrairement à ce qui s'est passé

⁷⁴ *Supra*, note 54.

⁷⁵ (4 octobre 1990), CT-89/2, Motifs et ordonnance (Tribunal de la concurrence).

dans l'affaire *Alex Couture Inc.*, que la formation du Tribunal chargée d'entendre cette affaire avait été valablement constituée. Aux termes de l'entente intervenue entre les parties, cette décision s'applique aussi à la formation du Tribunal chargée d'entendre la présente affaire.

v. **CONCLUSION**

Comme on l'a montré précédemment, Xerox a pris l'habitude pendant un certain nombre d'années de vendre des pièces à des acheteurs consentants. En raison de cette pratique, un certain nombre d'entreprises de services indépendantes ont vu le jour et un marché de pièces d'occasion s'est constitué. Le refus de Xerox de fournir des pièces à Exdos et à d'autres (sauf pour ce qui est des utilisateurs ultimes) avait spécifiquement pour objet d'éliminer la concurrence sur le marché de l'entretien. Le refus de Xerox faisait partie d'un effort concerté pour éliminer la concurrence. C'est à l'origine Xerox Corp. (E.-U.), qui en a pris l'initiative. Par la suite, cette mesure a été adoptée au Canada et dans d'autres pays, notamment par Rank Xerox au Royaume-Uni.

L'article 75 de la *Loi sur la concurrence* dispose que lorsque le Tribunal conclut, à la demande du directeur, qu'une personne est sensiblement gênée dans son entreprise du fait qu'elle est incapable de se

procurer un produit de façon suffisante sur un marché, et que cette incapacité provient de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit, **il** peut ordonner qu'un fournisseur accepte cette personne comme cliente.

Dans l'affaire qui nous occupe, pour les motifs donnés ci-dessus, le Tribunal conclut que toutes les exigences de l'article 75 ont été respectées. Par conséquent, comme le demande le directeur, **il** ordonnera que Xerox accepte Exdos comme cliente en ce qui concerne les pièces de copieurs Xerox de modèle postérieur à 1983. Cette ordonnance ne s'étend pas aux pièces des copieurs de la série 50. Comme on l'a indiqué précédemment, rien n'est venu prouver qu'une insuffisance d'approvisionnement concernant ces pièces soit venue sensiblement gêner Exdos dans son entreprise.

VI. ORDONNANCE

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL ORDONNE QUE :

La défenderesse, Xerox Canada Inc., accepte Exdos Corporation comme cliente pour la fourniture de pièces de copieurs Xerox, de manuels et de services accessoires aux conditions de commerce normales.

Cette ordonnance ne s'applique pas aux copieurs de la série 50 ni à tout autre modèle de copieur qui n'a pas encore été mis sur le marché, au sujet desquels aucun élément de preuve n'a été présenté devant le Tribunal.

FAIT à Ottawa, ce deuxième jour de novembre 1990.

SIGNÉ au nom du Tribunal par le juge président.

(s) B. Reed

B. Reed