

La concurrence à l'ère des innovations numériques : innover serait-il devenu anticoncurrentiel ?

*Benjamin LEHAIRE**

**Competition in the Digital Innovation Era :
Did Innovation Become Anticompetitive?**

**La competencia en la era de la innovación digital :
¿la innovación se habría vuelto anticompetitiva?**

**A concorrência na era das inovações digitais :
innovar teria se tornado anticoncorrencial?**

数字创新时代的竞争：创新变成了反竞争吗？

Résumé

Dans cet article, l'auteur explore deux questions autour du droit de la concurrence et de l'innovation. La première s'interroge sur l'utilisation du droit des pratiques anticoncurrentielles afin de contester des monopoles *a priori* légitimes et fruit d'une innovation numérique. La seconde s'interroge sur la notion de déloyauté utilisée à des fins de contestation

Abstract

In this article, the author explores two issues around competition law and innovation. The first issue is the use of antitrust law to criticize a monopoly resulting from digital innovation and legitimately acquired. The second issue is the topic of unfair competition to criticize innovation in a regulated market. The first issue is about the *Google* case in Europe

* Docteur en droit et professeur agrégé à l'Université TELUQ (Université du Québec). Ce texte a pu être rédigé avec le soutien financier de la Fondation pour la recherche juridique. Je remercie Mme Stéphanie Béland, étudiante à la maîtrise en droit notarial à l'Université Laval pour son aide dans ces recherches. Les opinions et erreurs dans ce texte demeurent celles de l'auteur.

d'une innovation sur un marché réglementé. La première renvoie à l'affaire *Google* en Europe. La seconde renvoie à l'affaire *Uber*. Cette dernière a pour caractéristique de soulever des préoccupations similaires en France et au Québec en raison de la mise en œuvre du droit civil.

L'auteur défend deux hypothèses dans cet article. La première est que l'issue de l'affaire *Google* était prévisible en raison du précédent de l'affaire *Microsoft*. La seconde propose une lecture civiliste de l'action en concurrence déloyale utilisée contre Uber par les chauffeurs de taxis. L'auteur explique comment le législateur est responsable de l'application des lois et règlements et fixe ainsi la limite entre un acte de concurrence illicite ou déloyal et un acte de concurrence loyal.

Resumen

En este artículo, el autor explora dos temas relacionados con el derecho de la competencia y la innovación. El primero cuestiona el uso del derecho antimonopolio para poner en tela de juicio los monopolios *a priori* legítimos y fruto de una innovación digital. El segundo cuestiona la noción de deslealtad utilizada para criticar la innovación en un mercado sujeto a reglamentación. El primero se refiere al caso *Google* en Europa. El segundo se refiere al caso *Uber*. Este último se caracteriza por plantear preocupaciones similares en Francia y Quebec debido a la implementación del derecho civil.

El autor respalda dos hipótesis en este artículo. La primera es que el resultado del caso *Google* era previsible debido al precedente dejado en el caso *Microsoft*. La segunda propone una lectura civilista de la acción de competencia desleal utili-

and the second issue is about the *Uber* case. This last issue asks the same questions in both a French and Quebec civil law view.

The author defends two hypotheses in this paper. The first is that the conclusion of the *Google* case could have been anticipated considering the *Microsoft* judgment rendered a few years prior. The second offers a civilist reading of the unfair competition used against Uber by the taxi drivers. The author explains how the lawmaker oversees the law and regulation enforcement. He must then draw the line between an illegal competition action or an unfair competition action and a fair competition action.

Resumo

Neste artigo, o autor explora duas questões sobre o direito da concorrência e da inovação. A primeira interroga sobre a utilização do direito e das práticas anti-concorrenciais para contestar monopólios *a priori* legítimos e frutos de uma inovação digital. A segunda interroga sobre a noção de deslealdade utilizada para fins de contestação de uma inovação sobre um mercado regulamentado. A primeira leva ao caso *Google* na Europa. A segunda ao caso *Uber*. Esta última tem por característica levantar preocupações similares na França e no Quebec em razão da aplicação do direito civil.

O autor defende duas hipóteses neste artigo. A primeira é que o resultado do caso *Google* era previsível em razão do precedente do caso *Microsoft*. A segunda propõe uma leitura civilista da ação de concorrência desleal utilizada contra o

zada contra *Uber* por los taxistas. El autor explica cómo el legislador es responsable de la aplicación de las leyes y reglamentos y establece de esta manera el límite entre un acto de competencia ilegal o desleal y un acto de competencia leal.

Uber pelos motoristas de táxi. O autor explica como o legislador é responsável da aplicação das leis e regulamentos e fixa assim o limite entre um ato de concorrência ilícita ou desleal e um ato de concorrência leal.

摘要

作者在这篇文章中围绕竞争法和创新探讨了两个问题。第一个问题考察了：利用反垄断法对通过数字创新正当取得的垄断地位提出质疑。第二个问题考察了不正当竞争的概念，从而对管制市场中的创新提出质疑。前者以谷歌欧盟反垄断案为例。后者以优步（Uber）反垄断案为例。优步案从民法实施的角度，在法国和魁北克提出了相似的问题。

作者在本文中力图论证两点。第一，谷歌案由于有微软案的先例可循，是可预见的。第二，从民法角度解读出租车司机为抵制优步而采用的不正当竞争行为。作者解释了立法者应如何监督法律法规的适用，从而明确不法竞争或不正当竞争行为与正当竞争行为之间的界限。

Plan de l'article

Introduction	11
I. Google : l'innovation est-elle anticoncurrentielle?	14
A. Bref retour sur les faits	14
B. La dominance économique et l'innovation	15
C. Un précédent : l'affaire <i>Microsoft</i>	16
D. La vente liée	17
1. La vente liée en droit de l'UE	17
2. La vente liée en droit canadien.....	18
E. L'amende : un moyen de dissuader l'innovation?.....	19
II. Uber : l'innovation est-elle déloyale?	22
A. Bref retour sur les faits	22
B. La déloyauté et l'innovation.....	24
C. La responsabilité du législateur.....	29
Conclusion	31

À première vue, rien ne lie l'entreprise de covoiturage Uber et l'entreprise spécialisée dans la recherche en ligne Google. Elles ont pourtant un point commun : elles utilisent internet pour innover. Cependant, elles ont un autre point commun, moins technologique et plus juridique : elles s'attirent les foudres de leurs concurrents. Pourquoi ces entreprises du numérique font-elles l'actualité judiciaire ?

Google a été condamnée à une amende record de 4 milliards d'euros en juillet 2018. La Commission européenne, à l'origine de cette procédure, l'a sanctionnée pour abus de position dominante¹. L'objet du crime est la mise en avant de son système d'exploitation Android auprès des fabricants d'appareils mobiles utilisant internet. Un an avant, c'était *Google Search (Shopping)* qui était au banc des accusés. Là encore, un abus de position dominante lui a valu une amende de 2 milliards d'euros². Cette fois, l'autorité européenne de la concurrence lui reprochait d'avoir privilégié son service de comparaison de prix sur ceux de ses concurrents.

De son côté, Uber vit une autre histoire judiciaire. Si, dans l'affaire Google, le Bureau de la concurrence a déclaré en 2016 que, pour sa part, rien ne le préoccupait dans le fonctionnement de Google³, Uber connaît des poursuites judiciaires d'un bord et de l'autre de l'Atlantique. Au Québec, les taxis ont saisi la Cour supérieure d'une action collective. L'action a été autorisée dans un jugement du 24 janvier 2017⁴. En Europe, les tribunaux espagnols, saisis d'un recours en concurrence déloyale, ont décidé de s'en remettre à la Cour de justice de l'Union européenne. Par une décision pré-judicielle du 20 décembre 2017⁵, la Cour affirme qu'Uber est un « service dans le domaine des transports », mais se garde de l'appeler « taxi ». L'affaire doit revenir devant les tribunaux espagnols pour déterminer s'il y a bien eu un acte de concurrence déloyale. Au Québec, on attendra avec impatience le jugement de la Cour supérieure sur le fond du dossier.

¹ COMMISSION EUROPÉENNE, 18 juillet 2018, *Google Android*, aff. AT. 40099.

² COMMISSION EUROPÉENNE, 27 janvier 2017, *Google Search (Shopping)*, aff. AT. 39740 [ci-après *Google Shopping*].

³ BUREAU DE LA CONCURRENCE, *Énoncé du Bureau de la concurrence concernant son enquête sur le comportement anticoncurrentiel allégué de Google*, Ottawa, 19 avril 2016, en ligne : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04066.html>> (consulté le 6 mai 2019).

⁴ *Jean-Paul c. Uber Technologies Inc.*, 2017 QCCS 164.

⁵ CJUE, 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, aff. C-434/15, EU:C:2017:981.

En Belgique, un projet de loi offre de sanctionner les innovations prédatrices⁶. Ce projet de loi les définit comme « l'altération d'un ou plusieurs éléments techniques d'un produit dont le seul but est de restreindre ou d'éliminer la concurrence. Toutes les pratiques visant à modifier un produit qui n'ont d'autre raison économique que d'éliminer la concurrence sont interdites ». Cette disposition ressemble à un vœu pieux, une tentative de distinguer le bon grain de l'ivraie. Le critère de légalité est la raison de l'innovation : si l'innovation est motivée par l'objectif de restreindre ou d'éliminer la concurrence, alors elle est interdite. Or, cette disposition a plusieurs faiblesses. D'abord, elle ne se risque pas à définir une innovation. Elle parle « d'altération d'un ou plusieurs éléments techniques d'un produit ». On peut immédiatement s'interroger sur le fait de cibler les produits et non les services. Le test de légalité mélange la subjectivité de la raison, qui flirte avec un renversement de la charge de la preuve, et l'objectivité de l'analyse économique. On comprend que le critère économique est visé pour parvenir à l'objectivité, mais dans ce cas le mot « raison » est superflu. Concernant la preuve, elle présente deux difficultés. La première est de la renverser. Ce n'est pas l'autorité belge de concurrence qui doit prouver la raison anticoncurrentielle de l'innovation, mais la défenderesse en justifiant que ses raisons économiques sont louables. Seconde difficulté, il s'agit d'une preuve négative, c'est-à-dire la preuve que son intention n'était pas anticoncurrentielle. Enfin, la preuve est nécessairement économique avec toutes les difficultés que cela peut comporter.

Le juriste s'interroge alors sur cette soudaine « guerre » déclarée à l'innovation. Nous souhaitons dans ces lignes prendre de la distance pour comprendre comment le droit est utilisé pour sanctionner des innovations. En répondant à cette question, il faut nécessairement mettre fin à un tabou : qu'est-ce qu'une innovation ? Ce mot, de prime abord clair pour toute personne, devient flou à force d'un usage excessif⁷. Le *petit Larousse illustré*⁸ nous dit « Innover : Introduire quelque chose de nouveau dans un domaine particulier » et « Innovation : 1. Action de créer quelque chose de nouveau.

⁶ Proposition de loi modifiant le Code de droit économique, relative à l'innovation prédatrice, 18 juillet 2018, 5^e sess., 54^e legis. (Belgique), disponible en ligne : <<http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3246/54K3246001.pdf>> (consulté le 16 mai 2019).

⁷ Florian MARTIN-BARITEAU, « La marque au service de l'innovation », dans Jacques MESTRE et Laure MERLAND (dir.), *Droit et innovation*, Aix-En-Provence, PUAM, 2013, p. 175.

⁸ LAROUSSE, *Le petit Larousse illustré*, Édition bicentenaire, Paris, Larousse, 2017.

2. Ce qui est nouveau ; création »⁹. Mais ce sens commun semble s'estomper pour devenir autre chose : un objet de droit. En quoi la nouveauté est-elle source de juridicité ? Comment le fruit d'une pensée, un acte de création peut-il créer des problèmes juridiques nouveaux quittant ainsi les sphères de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur pour devenir l'objet d'un autre droit, un droit de l'innovation ?

Contrairement à une croyance largement répandue, le droit n'est pas figé. Comme le rappelle Alain Supiot, « les vérités légales fixent une certaine représentation du monde et continuent de produire leurs effets normatifs tant qu'on continue d'y croire »¹⁰. La loi n'est la loi que pour un temps limité. Les juges, à travers la jurisprudence, contribuent à faire évoluer la règle. Même le principe apparemment immuable de la responsabilité civile extra-contractuelle a dû laisser place à un régime sans égard à la responsabilité de quiconque dans le domaine des accidents automobiles et du travail. L'innovation sociale ou technologique a toujours façonné le droit. Dès lors, comment expliquer cet emballement judiciaire et législatif envers les innovations ?

Dissipons tout de suite toute ambiguïté, c'est bien d'innovation dont il est question dans nos propos¹¹. Google a innové avec un système de comparaison de prix et son système d'exploitation Android. Il se voit condamné à son tour pour bloquer les innovations. Uber, en créant une plateforme de mise en relation de chauffeurs-particuliers avec des passagers, innove et se voit poursuivi par l'industrie des taxis pour concurrence déloyale. La nouveauté est à l'origine de ces contentieux. Les économistes parlent d'ailleurs d'« innovation perturbatrice »¹².

À travers ces trois affaires (deux pour Google, une pour Uber), nous proposerons de nous pencher sur deux questions, constituant deux parties. En effet, il est prudent de s'en tenir à la forme interrogative tant la problématique posée à notre droit est complexe. Pour cette raison, concernant Google, la question est de savoir si l'innovation est anticoncurrentielle (I), puis, s'agissant de Uber, si l'innovation est déloyale (II). Nous concédons d'emblée que ces questions sont volontairement provocatrices.

⁹ *Id.*

¹⁰ Alain SUPIOT, *La gouvernance par les nombres : cours au Collège de France, 2012-2014*, coll. Poids et mesures du monde, Nantes, Fayard, 2015, p. 129.

¹¹ Toutefois, nous ne nous risquons pas à définir l'innovation.

¹² BUREAU DE LA CONCURRENCE, préc., note 3.

I. Google: l'innovation est-elle anticoncurrentielle?

Nous envisagerons d'abord les éléments factuels de l'affaire (A) avant de traiter de plusieurs difficultés soulevées par cette affaire. Il s'agira d'abord de faire un lien entre la dominance économique d'une entreprise et sa capacité à innover (B), ensuite de référer au précédent de l'affaire *Microsoft* qui annonce déjà la condamnation de Google (C), considérant que l'infraction de ventes liées n'est pas nouvelle (D). Enfin, nous établirons un lien entre l'amende et la capacité d'innovation des entreprises (E).

A. Bref retour sur les faits

Google a fait l'objet de deux décisions de justice dans l'Union européenne. La première, rendue en 2017, portait sur son comparateur de prix en ligne et lui a valu une amende record de 2,42 milliards d'euros. L'autre, rendue en 2018, portait sur la vente liée de différents produits de la compagnie et lui a valu une amende surpassant la précédente pour s'établir à 4,34 milliards d'euros.

L'affaire *Google Shopping* de 2017 a mis en lumière une manipulation des algorithmes de Google afin de favoriser le classement de son comparateur par rapport aux comparateurs concurrents. Cette pratique a eu pour effet de rétrograder les services de comparaison de prix concurrents dans ses résultats de recherche, donnant ainsi une position plus favorable à son comparateur de prix. Cette pratique a été jugée comme constituant un abus de position dominante par la Commission européenne.

L'affaire *Android* de 2018 portait sur la préinstallation de logiciels dans des appareils mobiles. Google avait conclu des accords d'exclusivité incluant le paiement de prime pour la préinstallation d'Android, le système d'exploitation de Google, le navigateur web Google Chrome et le magasin en ligne Google Play. Pour ce dernier, des licences étaient concédées aux fabricants. Au surplus, des restrictions contractuelles aux fabricants et aux opérateurs réseau interdisaient l'installation de *forks Android*, c'est-à-dire des versions modifiées d'Android par des tiers et non conformes à la version de Google. Cette pratique avait pour effet de restreindre le choix du consommateur. La vente liée des applications Google Search et Google Chrome entraînait une distorsion dite de «statu quo», signifiant que le consommateur va en règle générale s'en tenir à ces applications préinstallées.

B. La dominance économique et l'innovation

La dominance économique et l'innovation sont liées. La dominance n'est acquise qu'à force d'innovation. Elle est l'élément séminal de la dominance. Les économistes se sont très tôt emparés de cette notion pour expliquer les cycles économiques à l'image de Schumpeter. L'innovation ne peut exister que par le monopole. Les coûts de recherche et développement ne peuvent être engagés que par des entreprises monopolistiques, les seules à pouvoir s'offrir l'innovation¹³. En conséquence, les monopoles sont bons pour l'innovation. À l'inverse, pour Arrow, seule une concurrence peut encourager les innovations. La dominance implique une rente sur laquelle l'entreprise peut se reposer pour éviter d'innover. Il n'y aurait donc qu'en situation de concurrence que les innovations sont les plus susceptibles d'émerger¹⁴.

Au-delà de la pensée économique, l'innovation est aussi une question de politique antitrust. L'autorité de concurrence doit réaliser le juste dosage pour que l'application du droit de la concurrence favorise l'innovation et ne la dissuade pas. Nous disons bien « l'application du droit de la concurrence » et non le « droit de la concurrence ». En lui-même, le droit de la concurrence n'est ni « anti-innovation », ni « pro-innovation ». D'ailleurs, à notre connaissance, mis à part le projet belge sur les innovations prédatrices, aucun droit de la concurrence dans le monde ne se risque à encadrer directement l'innovation. Seul le juge de la concurrence devra jongler avec les faits et les concepts économiques pour s'assurer de sanctionner la pratique qui est certainement anticoncurrentielle. L'influence des écoles de pensée joue alors un rôle important. Traditionnellement, l'Europe adopte l'ordolibéralisme de l'École autrichienne, tandis que les Américains adoptent la pensée de l'École de Chicago. Dans cette dernière perspective, le juge doit veiller aux faux positifs, c'est-à-dire à sanctionner une entreprise dominante qui a respecté le jeu de l'innovation par le mérite¹⁵. Le juge se

¹³ David BOSCO et Marie CARTAPANIS, « Droit de la concurrence et innovation », dans J. MESTRE et L. MERLAND (dir.), préc., note 7, p. 70 et 71 ; Marie CARTAPANIS, *Innovation et droit de la concurrence*, thèse de doctorat, Aix-en-Provence, École doctorale de sciences juridiques et politiques, Faculté de droit et de science politique, Université Aix-Marseille, 2017, n° 5, p. 4 ; Thibault SCHREPEL, *L'innovation prédatrice en droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2018, n° 99, p. 70.

¹⁴ T. SCHREPEL, *id.*, n° 100, p. 71.

¹⁵ Frédéric MARTY, « L'économie des plateformes : Dissipation ou concentration de la rente ? », dans Irina PARACHKÉVOVA et Marina TELLER (dir.), *Quelles régulations pour l'économie collaborative ?*, Paris, Dalloz, 2017, p. 135.

livre alors à un calcul coût-avantage pour prendre la décision la moins grave en termes d'externalités¹⁶.

À ce titre, le dialogue entre dominance et innovation est aussi complexe que celui entre droit et innovation. La nature figée du droit à un instant donné et les délais judiciaires inhérents à sa mise en œuvre ne sont guère compatibles avec l'innovation. L'innovation étant un perpétuel recommencement, et les cycles sur les marchés innovants étant de plus en plus courts, judiciariser l'innovation représente un défi pour le droit et le juriste.

L'affaire *Google Shopping* est en ce sens emblématique de cette préoccupation épistémologique. Deux acteurs peuvent venir perturber le dominant. L'un est institutionnel, il s'agira de l'autorité de concurrence, l'autre est économique, il s'agira du ou des concurrents. L'affaire *Google Shopping* est l'illustration des deux. Les concurrents de Google l'ont accusée d'utiliser sa position dominante pour évincer des services de recherches concurrents en raison de son moteur de recherche générale et de son innovation appelée « recherche spécialisée » ou « recherche verticale »¹⁷.

C. Un précédent : l'affaire *Microsoft*

Un précédent existe en matière d'innovation et de vente liée qualifiée d'abus de position dominante sous l'article 102 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (ci-après « TFUE »)¹⁸. En effet, dans les années 2000, l'affaire *Microsoft*¹⁹ a fait les manchettes. Il s'agit du premier cas où un produit numérique était en cause en droit antitrust européen. Dans cette affaire, Microsoft se voyait reprocher la vente liée de son produit Media-player à son système d'exploitation Windows. Ainsi, il était impossible de rendre compatible ce logiciel avec d'autres systèmes d'exploitation. La vente liée est une infraction qui implique un certain contexte économique. Elle suppose deux marchés distincts, l'un est le marché amont sur lequel se situe l'entreprise dominante avec son produit liant, soit Windows. L'autre

¹⁶ A. SUPLOT, préc., note 10, p. 197.

¹⁷ Robert H. BORK et Gregory SIDAK, « What does the Chicago School Teach About Internet Search And The Antitrust Treatment Of Google? », (2012) 8-4 *Journal of Competition Law & Economics* 663.

¹⁸ J.O. 26 octobre 2012, p. 0001-0390.

¹⁹ TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c. Commission des Communautés européennes*, aff. T-201/04, Rec. CJCE 2007, II, p. 1495.

est le marché voisin avec le produit lié ou aval, soit Mediaplayer. Précisons que dans ce marché voisin, il existe une demande pour le produit lié. Microsoft lie donc ces deux marchés par des licences accordant l'exclusivité aux fabricants pour le produit lié et refuse en même temps l'interopérabilité indispensable pour le fonctionnement sous d'autres systèmes d'exploitation. La conséquence pour le consommateur est qu'il doit se procurer un produit unique pour obtenir le produit lié, en l'occurrence un ordinateur fonctionnant avec le système d'exploitation Windows. L'affaire *Android* n'est donc pas nouvelle en soi. Elle revisite une infraction bien connue du droit de la concurrence : la vente liée.

D. La vente liée

Nous explorerons l'infraction de vente liée telle qu'elle est conçue dans l'Union européenne (1) avant de nous pencher sur la forme juridique de la vente liée au Canada (2).

1. La vente liée en droit de l'UE

L'alinéa 2 de l'article 102 TFUE prévoit une série de comportements qualifiables d'abus de position dominante. Le paragraphe b) interdit de « limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ». La décision *Microsoft* du Tribunal de première instance de l'Union européenne livre une analyse intéressante pour le cas Google. Le refus de livrer d'une entreprise dominante doit être objectivement justifié. De même, le refus d'octroyer une licence couverte par un droit de propriété intellectuelle à un tiers n'est pas en soi un abus de position dominante, sauf dans des circonstances exceptionnelles lorsque le refus porte sur un produit ou un service indispensable. Le refus exclut toute concurrence effective et fait obstacle à l'apparition d'un nouveau produit. Le Tribunal précise que la concurrence n'a pas à être éliminée au moment de la poursuite de l'entreprise. Le Tribunal prend en compte le préjudice au consommateur et cela inclut la limitation du développement technique, ce qui est en lien direct avec l'idée d'innovation. C'est à l'entreprise d'invoquer des raisons objectives à son comportement²⁰, en démontrant en quoi donner l'accès à une technologie couverte par un droit de propriété intellectuelle à

²⁰ On retrouve ici la justification objective retenue dans le projet de loi belge sur les innovations prédatrices.

un tiers est négatif pour l'incitation à innover. Il faut prouver quatre éléments pour identifier une vente liée: 1) le produit liant et le produit lié sont distincts; 2) l'entreprise a sa position dominante sur le marché du produit liant; 3) le consommateur doit se procurer le produit liant pour accéder au produit lié; et 4) la pratique restreint la concurrence sans justification objective.

2. La vente liée en droit canadien

La conception de la vente liée est similaire au Canada. L'infraction est prévue dans la partie civile de la *Loi sur la concurrence* à l'article 77. Il se lit comme suit :

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit (le produit « clef »), que ce client :

(i) *soit acquière* du fournisseur ou de la personne que ce dernier désigne un quelconque autre produit,

(ii) *soit s'abstienne* d'utiliser ou de distribuer, avec le produit clef, un autre produit qui n'est pas d'une marque ou fabrication indiquée par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa a)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit clef selon *des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas*. (tied selling)²¹

Pour être considérée comme vente liée, la vente doit constituer une pratique et non un acte isolé²². Conformément à l'article 2 de la Loi, les produits peuvent être des articles ou des services. Il n'y a pas d'exigence de revente du produit par l'acheteur²³. Le consommateur final est alors aussi visé par cette disposition. Le lecteur attentif aura relevé que l'article n'exige pas que le produit lié et le produit liant soient présents sur des marchés distincts²⁴. La question a été soulevée dans la seule décision rendue en

²¹ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), c. C-34, art. 77 (nos italiques).

²² Yves BÉRIault, Madeleine RENAUD et Yves COMTOIS, *Le droit de la concurrence au Canada*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 262.

²³ *Id.*, p. 263.

²⁴ *Id.*, p. 264.

matière de vente liée, soit la décision *Télé-Direct*²⁵ de 1997. Le Tribunal de la concurrence n'y a pas pris position. Néanmoins, s'agissant des marchés, le Tribunal examina si une demande pour le produit lié était indépendante du produit clef. Comme en Europe, il faut une demande des consommateurs pour le produit lié. Si cette demande existe, le Tribunal regarde ensuite du côté de l'offre. Dans ce cas-ci, le Tribunal étudia si le regroupement des deux produits était efficient. Si tel était le cas, alors la vente séparée des deux produits était contraire à l'intérêt général et l'interdiction de la vente liée, contre-productive²⁶. La lecture canadienne de la vente liée tient ici plus de l'inspiration américaine qu'européenne, comme c'est souvent le cas en droit canadien de la concurrence²⁷.

E. L'amende : un moyen de dissuader l'innovation ?

Ces brefs résumés du droit applicable à la vente liée démontrent l'absence de nouveautés dans l'affaire *Android*. L'innovation numérique, en ce qu'elle consiste en l'installation d'application dans un terminal, ne pose pas d'enjeux nouveaux. Google pouvait aisément anticiper que son comportement allait lui valoir une condamnation. Quant à la question de savoir si l'amende record démontre une prise de position politique antiaméricaine de la part de l'autorité de concurrence européenne, il apparaît clairement que la Commission n'a fait qu'appliquer ses règles en matière de fixation de l'amende. Seule la décision dans l'affaire *Google Shopping* de 2017 est disponible au public au moment de rédiger ces lignes. Les explications de la Commission permettent de comprendre ce qui a motivé le choix d'imposer une telle amende.

Lorsque la Commission impose une amende, elle fait application de ses lignes directrices portant sur le calcul du montant des amendes de 2006²⁸. Ces lignes directrices précisent le Règlement 1/2003²⁹ et son article 23 qui prévoit que :

²⁵ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Tele-Direct*, [1997] 73 C.P.R. (3rd) 1 (Trib. conc.).

²⁶ Y. BÉRIAL, M. RENAUD et Y. COMTOIS, préc., note 22, p. 265.

²⁷ *Id.*, p. 266.

²⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003*, J.O. C 210/2 du 01.09.2006.

²⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, *Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité*, J.O. L001 du 04.01.2003, p. 1-25.

2. La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

- a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, ou
- b) elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 8, ou
- c) elles ne respectent pas un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9.

Pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent.

Lorsque l'infraction d'une association porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association.

3. Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.

L'article 24(1)a prévoit quant à lui la possibilité d'imposer une astreinte (*periodic penalty payments*) ne pouvant dépasser 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen pour contraindre l'entreprise à se conformer à la sanction. Ces astreintes sont un moyen de renforcer la conformité à la Loi dans les entreprises³⁰.

À bien regarder la décision *Google Shopping* de 2017, la Commission motive très clairement le choix de l'amende. Elle rappelle qu'un « Agreement is committed intentionally or negligently where the undertaking concerned cannot be unaware of the anticompetitive nature of its conduct, whether or not it was aware that it was infringing the competition rules of the Treaty »³¹. Elle ajoute : « Google and Alphabet could not have been unaware of the fact that Google held a dominant position in the national markets for

³⁰ Edith BACCICHETTI, « Les programmes de conformité en droit de la concurrence », (2012) 6 RJPS 52 ; David BOSCO, « Regards croisés sur les programmes de conformité », *Contrats, conc., consom.* 2012.33.

³¹ *Google Shopping*, préc., note 2, par. 711.

general search services»³². La Commission insiste que le fait que «Google and Alphabet could not have been unaware of the fact that the Conduct constitutes an abuse of Google's dominant position on each of the thirteen national markets for general search services in which the Conduct takes place»³³.

Pour fixer l'amende de base, la Commission explique que l'infraction a eu ou pouvait avoir des effets anticoncurrentiels sur les marchés nationaux de services de comparaison de prix³⁴. La Commission utilise le revenu généré par le service de comparaison de prix de Google dans chacun des 13 marchés nationaux où la pratique s'est déroulée³⁵. S'agissant de la gravité, la Commission se réfère à plusieurs facteurs comme le fait que les marchés nationaux de comparaison de prix et de recherche en général ont une importance économique significative, expliquant que des pratiques anticoncurrentielles sur ces marchés ont un impact considérable³⁶. De plus, les parts de marchés de Google sont bien supérieures à celles de ses concurrents³⁷.

Puis, à cette évaluation de l'amende de base, la Commission ajoute des montants additionnels pour assurer que l'amende imposée exerce un niveau suffisant de dissuasion sur les entreprises d'une taille similaire avec des revenus similaires³⁸. Plus étonnant, la Commission ne considère pas qu'il y ait lieu de prendre en compte des facteurs aggravants ou atténuants entraînant une augmentation ou une baisse de l'amende³⁹. La Commission multiplie par 1,3 le montant de base pour assurer que l'amende est suffisamment dissuasive, notamment au regard du chiffre d'affaires de 2016⁴⁰. C'est donc bien le poids financier de l'entreprise qui explique l'ampleur de l'amende et non la volonté de nuire à l'innovation des GAFAM en Europe. Cependant, on s'aperçoit aussi que l'impact négatif sur la capacité d'innovation de l'entreprise sanctionnée n'est pas pris en compte.

³² *Id.*, par. 723.

³³ *Id.*, par. 726.

³⁴ *Id.*, par. 737.

³⁵ *Id.*, par. 738.

³⁶ *Id.*, par. 743.

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*, par. 750.

³⁹ *Id.*, par. 751.

⁴⁰ *Id.*, par. 754.

II. Uber : l'innovation est-elle déloyale ?

Une affaire symptomatique de la méfiance de certaines entreprises à l'égard de l'innovation est celle opposant les chauffeurs de taxis à la société Uber. Nous proposons un bref retour sur les faits (A) avant de confronter les concepts de déloyauté et d'innovation (B) pour enfin nous interroger sur la responsabilité du législateur (C).

A. Bref retour sur les faits

L'arrivée au Québec de la plateforme d'intermédiation Uber a permis aux consommateurs de se déplacer en ayant recours à une application les mettant en contact avec des « partenaires-chauffeurs ». L'arrivée de cette application, au concept simple, est venue perturber une industrie entière, celle des taxis. En effet, ce type de service qui consiste à partager un voyage avec une personne ressemble à du covoiturage, mais, si l'acte est répété et devient une source de rémunération, il peut aussi faire penser à une activité de taxi. Le problème vient du fait que les chauffeurs de taxis payent une licence pour pouvoir exercer leur profession et cette licence comprend un certain nombre d'obligations en termes d'assurance et de sécurité. Ces obligations ne pèsent pas sur les chauffeurs d'Uber. Les chauffeurs de taxi se sont alors engagés dans une procédure judiciaire visant à faire cesser cette pratique et à obtenir des dommages-intérêts compensant la perte de valeur des permis de taxi. En effet, jusqu'à l'arrivée d'Uber, le marché des taxis était fermé par une réglementation. Une personne ne pouvait y accéder qu'en payant un droit d'entrée matérialisé par une licence. Cette licence avait donc une valeur en raison de l'équilibre entre l'offre et la demande. L'arrivée d'Uber est venue mettre un terme à cet équilibre, en ouvrant le transport de personnes à toute personne possédant un véhicule.

La première réaction du concurrent victime de l'innovation – car une plateforme numérique mettant en relation des personnes dans le secteur du transport était une innovation à l'arrivée d'Uber – est de saisir la justice pour faire condamner le nouveau joueur. Ainsi, que ce soit au Québec ou en France, la procédure d'urgence a été utilisée. Il s'agit de l'injonction interlocutoire au Québec et de la procédure de référé en France. Notons qu'il est intéressant de comparer la réaction judiciaire dans ces deux systèmes de droit en raison de la tradition civiliste continentale en droit privé commune aux deux ordres juridiques. Au Québec, les chauffeurs de taxi

ont perdu leur demande contre Uber, mais aussi contre le projet pilote du gouvernement. En effet, en plus d'attaquer les opérations d'Uber au Québec, ils ont aussi contesté le projet du gouvernement qui visait à « régulariser » Uber. Le législateur a validé cette innovation dans les transports en légalisant Uber par le biais d'un projet dit « pilote ».

Au Québec, la Cour supérieure a d'abord été saisie le 20 septembre 2016 d'une demande d'injonction interlocutoire provisoire présentée par les chauffeurs de taxi dans le but d'obtenir la suspension du projet pilote mis en œuvre par le gouvernement du Québec. La demande a été rejetée⁴¹. Le lendemain, la Cour supérieure rejetait la demande d'ordonnance de sauvegarde déposée dans l'objectif de faire cesser la fourniture de services par Uber en vertu de la *Loi sur le taxi*⁴².

Le 5 octobre 2017, la Cour supérieure rejette la demande en injonction permanente des chauffeurs de taxi dirigée contre le permis d'intermédiaire de taxis délivré par le gouvernement du Québec dans le cadre du projet pilote⁴³.

En France, le parcours judiciaire fut semblable, à la différence que le législateur a souhaité protéger les acquis des chauffeurs de taxi. Le législateur a pénalisé au Code des transports « le fait d'organiser un système de mise en relation de clients avec des personnes qui se livrent aux activités [de prestations de transport routier de personnes effectuées à titre onéreux avec des véhicules de moins de 10 places] »⁴⁴. Dans une décision du 12 décembre 2014, le Tribunal de commerce de Paris s'est prononcé sur les prétentions des parties. Sommairement, les chauffeurs de taxi souhaitaient obtenir en référé une ordonnance constatant qu'Uber France SAS se livrait à une activité illégale et déloyale et Uber prétendait que l'article L. 3124-13 du Code de commerce était contraire à la Constitution en ce qu'il portait atteinte au principe de légalité des délits et des peines posé à l'article 34. La juridiction consulaire déclara recevable la demande des chauffeurs de taxi et rejeta les prétentions constitutionnelles d'Uber⁴⁵.

⁴¹ *Regroupement des travailleurs autonomes Métallos, section locale 9840 c. Québec (Procureure générale)*, 2016 QCCS 4491.

⁴² *Loi concernant les services de transport par taxi*, RLRQ, c. S-6.01.

⁴³ *Regroupement des travailleurs autonomes Métallos, section locale 9840 c. Uber Technologies Inc.*, 2017 QCCS 4447.

⁴⁴ Code de commerce, art. L. 3124-13.

⁴⁵ Trib. com. Paris, 12 décembre 2014, n° RG 2014061003, *SAS Voxtur et al. c. Uber France SAS et al.*

B. La déloyauté et l'innovation

Le moyen juridique utilisé en droit civil pour contester l'arrivée d'un nouveau joueur est, dans le cas d'Uber, celui de l'action en concurrence déloyale. À ce titre, la demande d'autorisation de l'action collective des chauffeurs de taxi contre Uber est emblématique⁴⁶. Dans cette décision, la Cour supérieure considère qu'en apparence Uber se livre à une concurrence déloyale qualifiée aussi d'illégal⁴⁷. Le juge prend soin de préciser en note de bas de page que cette question relève du fond⁴⁸. Peu d'informations y sont données sur la notion de déloyauté. Le juge se contente de reprendre les prétentions du représentant des chauffeurs de taxi. Celles-ci se présentent ainsi :

Concurrence déloyale

48. En négligeant de se conformer aux Lois et règlements applicables en l'espèce, les défenderesses jouissent d'un avantage déloyal par rapport aux chauffeurs de taxi et aux intermédiaires en services de transport par taxi qui eux se conforment à la Loi et aux règlements ;

49. Concrètement, en ne payant pas les frais liés aux permis de taxi et d'intermédiaires en services de transport par taxi, les défenderesses peuvent offrir et permettre à leurs chauffeurs d'offrir un prix nettement inférieur à celui offert par les intervenants du milieu du taxi se conformant aux Lois ;

La question de la concurrence déloyale est bien plus complexe en droit civil que ne le laisse sous-entendre ce bref résumé de la déloyauté d'Uber. Certes, les prix sont plus compétitifs, mais encore faut-il s'entendre sur le point de savoir si des prix bas sont déloyaux.

Au Canada, le principe de la liberté du commerce n'est pas fixé dans une loi ordinaire ou constitutionnelle en tant que telle. Il découle de l'interprétation de deux dispositions constitutionnelles. La Cour suprême déduit la liberté du commerce du principe de libre circulation et du droit de gagner sa vie du paragraphe 6(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁹. Si

⁴⁶ *Jean-Paul c. Uber Technologies Inc.*, préc., note 4.

⁴⁷ *Id.*, par. 48.

⁴⁸ *Id.*, note 24.

⁴⁹ Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

l'on se base sur la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁰ aucune référence explicite n'est faite à la consécration d'un principe de liberté commerciale. En revanche, l'article 121 établit la liberté du commerce entre les provinces en admettant les produits en franchise à dater de l'Union. La Cour suprême a interprété cet article de la façon suivante :

Je considère que l'art. 121, en plus d'être dirigé contre les droits de douane, vise à interdire qu'une réglementation du commerce ne vienne entraver, ou restreindre de quelque façon que ce soit, la libre circulation des marchandises dans tout le Dominion comme s'il n'y avait pas de frontières provinciales. Je suis bien d'accord qu'il ne fait pas disparaître pour autant toute réglementation des activités commerciales. Il vise à assurer la liberté du commerce, tout en permettant la réglementation dans ses aspects secondaires, qui sont les à-côtés du commerce. Ce qui est interdit, c'est une réglementation du commerce qui serait reliée, en droit et en fait, à l'existence des frontières provinciales.⁵¹

Il est possible de déduire que si le commerce doit être libre entre les provinces, il l'est aussi dans les provinces. Une décision de la Cour d'appel du Québec, rendue sous la plume du juge Le Bel, explique que :

Le régime économique dans lequel nous vivons se fonde, à tout le moins en théorie et, assez souvent, en pratique, sur la liberté de concurrence. La clientèle constitue habituellement l'actif le plus précieux, mais aussi le plus fragile de l'entreprise. La nature même d'un système économique concurrentiel la rend mobile. [...] Bien que dommageable, la concurrence, en elle-même, ne saurait être fautive et source de responsabilité civile. Même lourdement préjudiciable pour une entreprise [...], la seule conquête d'une part de marché par un nouveau concurrent ne lui donne pas droit à une indemnité. La concurrence fait partie de ces activités reconnues comme licites, bien que dommageables. On a le droit de conduire le restaurateur ou l'épicier voisin à la faillite, pourvu que, ce faisant, on emploie des moyens licites et corrects.⁵²

Le principe est bien celui de la liberté du commerce et son effet est de légaliser le préjudice concurrentiel, c'est-à-dire celui résultant des pertes occasionnées par le libre jeu de la concurrence. Il est commun de considérer que la concurrence, et donc le principe de liberté du commerce, favorise

⁵⁰ 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

⁵¹ *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, 642. Repris dans *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 63.

⁵² *Excelsior (L), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).

l'innovation. Ainsi, lorsque l'on confronte l'innovation à la notion de déloyauté, la prudence est de rigueur. Par principe, le préjudice concurrentiel est légal puisque « la clientèle est à qui sait la prendre »⁵³. Selon Alain Ronzano,

[l]e principe de la liberté de la concurrence, qui constitue le fondement [du droit de la concurrence], postule la fluidité de l'offre et de la demande sur le marché, autrement dit la possibilité, pour la clientèle, d'aller d'un offreur à l'autre sans que des obstacles soient artificiellement dressés devant elle et, pour les offreurs, de convoiter à leur tour cette clientèle [...]. Par suite, se trouve légitimé le principe de la licéité du dommage concurrentiel.⁵⁴

L'innovation est un moyen d'attirer une nouvelle clientèle. En cela, elle contribue à la liberté de choix des consommateurs et à l'amélioration des produits et des services. On oserait dire que plus que tout autre préjudice concurrentiel, celui qui résulte d'une innovation est légal. À défaut, c'est non seulement une source d'insécurité juridique – l'innovateur est découragé dans son dynamisme entrepreneurial puisqu'il risque une poursuite en justice – et l'entreprise en place doute de la capacité du droit à la protéger contre des nouveaux entrants. Nous verrons dans le paragraphe suivant en quoi le législateur a une responsabilité envers l'innovateur du point de vue de la politique législative.

La particularité dans nos systèmes juridiques de droit privé civilistes est que le juge est l'arbitre de la légalité. Tout ce qui n'est pas interdit expressément est autorisé. Dès lors, l'innovateur en droit civil continental est particulièrement vulnérable à l'action en concurrence déloyale. Tant qu'elle se fonde sur un article posant la base d'une responsabilité civile extra-contractuelle, en l'occurrence 1457 C.c.Q. au Québec, la faute doit être démontrée par le demandeur. Dans notre contexte, il s'agira d'une entreprise ou de plusieurs entreprises installées qui voient l'équilibre du marché perturbé par un nouveau joueur. En cela, l'affaire *Uber* est emblématique. La déloyauté devient une arme redoutable dans les mains des joueurs en place. D'un point de vue réputationnel, le nouveau joueur est confondu

⁵³ On doit l'expression à Paul Roubier. Sa version longue est la suivante : « La clientèle est à qui sait la conquérir et la prendre, et il ne peut y avoir d'action tendant à garantir une clientèle ». Paul ROUBIER, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », *RTD civ.* 1948.554.

⁵⁴ Alain RONZANO, « Le rôle de la clientèle en droit de la concurrence », dans Yves CHAPUT (dir.), *Clientèle et concurrence*, Paris, Litec, 2000, n° 48, p. 39.

avec une forme de délinquance économique. À ce titre, la pénalisation française des entreprises comme Uber est symptomatique. Le législateur français a ainsi conforté les opinions étrangères qui considèrent comme endémiques la rigidité du droit français et l'incapacité du pays à accueillir des investisseurs étrangers. Au risque réputationnel s'ajoute un risque juridique, celui de s'exposer à une poursuite judiciaire coûteuse et de la perdre. La présomption de légalité, valable dans une économie libérale, est mise à mal, voire remplacée par une présomption d'illégalité en défaveur de l'innovateur. Au Québec, en l'absence de pénalisation, ce sont les tribunaux civils qui ont la lourde tâche d'arbitrer cette question en se basant sur la notion de faute civile.

La faute civile en matière de concurrence déloyale a été théorisée par Paul Roubier en 1948 dans un célèbre article publié à la *Revue trimestrielle de droit civil*⁵⁵. Depuis, la France et le Québec ont adopté la typologie de Roubier, qui consacre trois fautes de concurrence déloyale : la confusion, le dénigrement et la désorganisation du marché en général. Plus tard, en 1956, l'auteur Yves Saint-Gal a introduit la notion de parasitisme et de concurrence parasitaire⁵⁶. Au Québec, c'est en 2011 que la Cour d'appel du Québec a consacré la notion en droit civil québécois, dans un arrêt avare d'explications ou à tout le moins fragile sur ses fondements théoriques⁵⁷. En matière de concurrence déloyale, la lecture doctrinale a, en quelque sorte, effacé la logique civiliste pour utiliser une logique inductive sur le modèle des *torts* de common law. La lecture doctrinale est si présente dans cette action qu'elle peut laisser l'impression qu'en dehors des fautes civiles reconnues par nos tribunaux, il n'y a pas de place pour la création prétorienne. En d'autres termes, si le demandeur est incapable de qualifier le comportement de son concurrent d'une des trois de fautes reconnues en doctrine, il semble n'y avoir aucun fondement général de responsabilité civile. Pourtant, notre droit civil extracontractuel présente une flexibilité enviable. Il faut comprendre que la faute de concurrence déloyale est d'abord une faute civile. En ce sens, elle est caractérisée par un comportement contraire à la norme de prudence et de diligence d'une personne raisonnable placée dans des conditions identiques à celle du défendeur. C'est en plaçant le défendeur sur le spectre objectif de ce comportement que le juge établit le niveau d'écart de la conduite reprochée. En matière de concurrence déloyale, cela

⁵⁵ P. ROUBIER, préc., note 53.

⁵⁶ Yves ST-GAL, « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire », *R.I.P.L.A.* 1956.19.

⁵⁷ *Groupe Pages jaunes Cie c. 4143868 Canada inc.*, 2011 QCCA 960.

s'évalue depuis la *Convention de Paris* de 1883⁵⁸ en fonction des usages du commerce. Ce traité international prévoit explicitement cette norme, laquelle a été transposée dans les ordres juridiques des pays signataires. L'alinéa e) de l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*, y faisait une référence directe jusqu'à son abrogation en 2014. L'alinéa était libellé ainsi :

faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada.

En 1974, la Cour suprême du Canada avait jugé *ultra vires* cette disposition. En effet, sa formulation était suffisamment générale pour empiéter sur la compétence des provinces en droit civil, puisque la faute civile et sa définition relèvent des provinces. Ceci dit, elle est un indice de la norme de prudence et de diligence attendue d'un commerçant en matière de concurrence déloyale. On se fiera « aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada ». On sait aussi qu'en droit civil, l'usage excessif d'une liberté est une faute civile⁵⁹. La liberté du commerce doit être analysée sous cet angle. La faute de concurrence déloyale peut donc être définie comme celle qui transgresse la liberté du commerce caractérisée par un usage excessif de cette liberté aboutissant à la violation des usages commerciaux et industriels pratiqués par l'ensemble des acteurs d'un secteur de l'économie dans un ordre juridique donné. Une telle définition permet de décloisonner la faute civile de concurrence déloyale et de s'interroger à savoir si l'innovation est une faute de concurrence déloyale. En se référant aux usages commerciaux, il est difficile de soutenir que les entrepreneurs sont majoritairement contre l'innovation. Un marché ne peut se contenter du *statu quo*, sinon il s'agit d'un marché monopolistique ou sur lequel on trouve une entente anticoncurrentielle qui maintient son équilibre. Ainsi, l'innovation n'est pas déloyale en soi. Dans la mesure où elle recèle un fort potentiel de captation de la clientèle, elle est nécessairement attendue par les opérateurs économiques.

⁵⁸ *Convention internationale pour la protection de la propriété industrielle*, (1883) 828 R.T.N.U. 305 (révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et modifiée le 28 septembre 1979).

⁵⁹ Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, vol. 1 « Principes généraux », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 1-229, p. 214.

L'affaire Uber est en ce sens un mauvais exemple. Ce dossier porte une contradiction. Si l'innovation n'est qualifiable de concurrence déloyale qu'après une analyse fine de la notion de concurrence déloyale, quelle qualification retenir pour contester le fait pour un nouveau joueur de ne pas respecter la réglementation en vigueur? Pour répondre à cette question, il faut quitter la sphère de la déloyauté et plutôt s'interroger sur la notion de concurrence illégale. C'est alors le rôle du législateur qui est à questionner.

C. La responsabilité du législateur

L'affaire Uber a pour particularité de pointer du doigt le législateur. En fixant les limites du jeu concurrentiel, ce dernier garantit une certaine sécurité juridique aux opérateurs du marché. Le pouvoir législatif est aussi étroitement lié aux enjeux politiques d'une société démocratique donnée. On l'oublie trop souvent, le législateur est un ensemble de députés animés par des convictions politiques et sensibles aux revendications du milieu des affaires, lequel appelle à la promotion de l'innovation. Dans ce contexte juridico-politique, la loi et les règlements sont de la responsabilité du législateur. La politique économique d'un gouvernement peut ou non imprimer la promotion de l'innovation dans le tissu économique d'un État. Problématique toute civiliste et continentale, le législateur est dès lors imputable de ses choix. En effet, l'affaire *Uber* n'aurait pas de telles suites dans un ordre juridique de common law pure, car la logique inductive de la common law permet au droit de se faire dans les prétoires et en fonction des cas d'espèce. Au contraire, dans un ordre juridique privatiste et civiliste comme au Québec, le juge applique la loi en fonction de la lettre votée dans un parlement. Les actes inférieurs, dans la logique de Kelsen, sont conformes à la norme supérieure. Ainsi, deux types de réglementation sont scrutés par les juges dans cette affaire: la loi civile, celle prévoyant la responsabilité juridique des personnes, et les règlements fixant les conditions d'exercice de la profession de chauffeur de taxi. Par conséquent, lorsqu'un nouveau joueur entre sur le marché et qu'il ne respecte pas les règles du jeu avec l'approbation active ou passive du législateur, ce dernier est responsable du déséquilibre concurrentiel créé par le nouveau joueur. La concurrence livrée par le nouveau joueur est temporairement illicite dans l'hypothèse où le législateur la valide *a posteriori*. Telle est la situation québécoise avec l'instauration d'un projet pilote. À l'inverse, en France, la position fut celle d'une pénalisation. Ainsi, le législateur français n'a pas de responsabilité particulière, ni aux plans moral et politique ni au plan juridique. Seule Uber doit

faire face aux accusations de concurrence déloyale. Au Québec, la situation est différente. En rachetant l'innovation d'Uber au nom de la libre concurrence, le législateur québécois crée une situation doublement dommageable pour les chauffeurs de taxi. D'abord, il laisse un préjudice économique certain pour la période de latence qui précède la validation règlementaire (projet pilote). Ensuite, il crée un sentiment d'insécurité juridique. Au motif de valider une innovation, il envoie aussi au marché le signal que, désormais, même dans le domaine des professions règlementées, la contestabilité du marché est possible et la règlementation, précaire. Fort logiquement, ces deux dommages ont deux conséquences juridiques claires : une demande de réparation pour le préjudice subi, même s'il fut temporaire, adressé au nouveau joueur (ici Uber) et une demande de réparation au législateur pour la validation de la pratique concurrentielle perturbatrice. Dans le dossier Uber, chacune de ces conséquences a son action collective. Celle portant sur la demande de réparation directement auprès du nouveau joueur porte le nom de dossier *Jean-Paul* et date de 2017. Celle portant sur la responsabilité du législateur porte le nom de dossier *Metellus* et date de 2018⁶⁰. Dans ce dossier, le demandeur explique au point 36 de sa requête que :

La défenderesse et le Gouvernement du Québec, qui ont les pouvoirs de sanctionner Uber ainsi que ses chauffeurs, acceptent tacitement, par leur inaction, que ces derniers violent les lois et règlements ;

Ce point résume notre hypothèse d'une responsabilité du législateur pour la période de latence entre l'arrivée du nouveau joueur et la validation règlementaire de sa pratique. Le dossier *Metellus* reprend une argumentation entièrement centrée sur la responsabilité du législateur. Les fondements de droit soulevés sont l'article 1457 C.c.Q. en tant que source élémentaire de responsabilité juridique extracontractuelle, et l'article 6 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶¹. Celui-ci fait référence à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens d'une personne. La décision d'autorisation de l'action collective explore la question de l'immunité du gouvernement. Elle cite la décision *Carrier c. Québec (Procureur général)*, laquelle précise :

Il est généralement admis que la frontière entre ce qui relève de la sphère politique et de la sphère opérationnelle est souvent difficile à tracer. C'est pour

⁶⁰ *Metellus c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 4626.

⁶¹ RLRQ, c. C-12.

cette raison que, règle générale, les défenses d'immunité font appel à une analyse minutieuse et poussée de la preuve.⁶²

Comme relevé plus haut, le législatif et le politique se confondent. La politique ne devrait pas être source de responsabilité juridique. Pour cette raison, il convient de prouver une violation à une obligation qui appartient à l'État. Une autre décision citée dans le dossier *Metellus* explique :

L'État ne peut, pour des raisons politiques ou économiques, prendre des mesures qui amènent des organismes qu'il a créés et dont il dicte la conduite, de pouvoir contourner les lois ou à permettre la mise en place de systèmes qui y contreviennent.⁶³

La question se pose dès lors au tribunal de savoir pourquoi deux groupes qui semblent exercer la même activité sont traités différemment par l'État⁶⁴. La réponse est évidemment politique et non pas juridique. Néanmoins, comme mentionné plus haut, les professions réglementées comptent sur l'État pour garantir leur réglementation, et l'industrie du taxi ne fait pas exception. Ainsi, il apparaît que l'innovation est source d'instabilité même dans les professions réglementées, au nom, ultimement, de la liberté d'entreprise. Cependant, la volonté de défendre la libre entreprise et la libre concurrence ne doit pas effacer la réglementation existante. Dès lors, toute innovation dans les secteurs réglementés est illégale si elle ne respecte pas la réglementation en vigueur. Si le législateur tient à la valider pour les raisons politiques, il lui est possible de le faire. Mais, en aucun cas, il ne peut tolérer des violations de la réglementation, sans quoi il s'expose lui-même à une action en réparation de la part de l'industrie réglementée.

*
* * *

Cette étude visait à faire un bref tour d'horizon sur des problématiques bien précises concernant la politique de concurrence et l'innovation au travers de deux affaires emblématiques. Il en ressort plusieurs constatations.

⁶² 2011 QCCA 1231, par. 39.

⁶³ *Association pour l'accès à l'avortement c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 4694, par. 105.

⁶⁴ *Metellus c. Procureure générale du Québec*, préc., note 60, par. 94.

Le droit de la concurrence devrait renforcer la capacité d'innovation des entreprises et non l'inverse. L'instrumentalisation des autorités de concurrence par des concurrents en vue de contester des innovations est à ce titre critiquable. La question de la domination du marché et de l'innovation préoccupe les économistes et les juristes depuis longtemps. Il y a eu l'affaire *Microsoft* et ses préoccupations sur l'interopérabilité des logiciels, il y a désormais les affaires *Google Shopping* et *Android*. Deux époques différentes, mais des préoccupations juridiques identiques, démontrant au passage la capacité du droit de la concurrence à encadrer les comportements monopolistiques dans les milieux technologiques, là où l'innovation est un enjeu crucial.

D'un autre côté, le « petit » droit de la concurrence, celui de la concurrence déloyale, est aussi une source importante de régulation des comportements micro-économiques. Cependant, ce droit se révèle difficile à appliquer dans le cas d'une innovation contestée par une industrie en place. En effet, le nouveau joueur, aussi qualifié de perturbateur du marché, se livre à un acte de concurrence innovant. Le fait que l'innovation porte préjudice à ses concurrents est légal. En revanche, le fait que l'innovation aille à l'encontre d'un dispositif réglementaire dans une industrie donnée n'est pas souhaitable. La concurrence n'est alors plus déloyale, mais illégale. L'État, en tant que garant de l'État de droit, a alors un rôle à jouer : soit il valide l'innovation, soit il la déclare illégale en raison d'un dispositif réglementaire existant. Dans le premier cas, il devra assumer l'absence de sanction à l'égard de l'innovateur. Dans le second cas, il n'assume aucune responsabilité à l'égard du secteur réglementé perturbé. La concurrence est alors qualifiable de déloyale.

En matière de politique d'innovation, la prudence est de rigueur. L'application du droit de la concurrence par les juges doit être juste, pour à la fois favoriser l'émergence d'innovation et donc le maintien d'une concurrence effective, et, d'un autre côté, pour protéger les nouveaux joueurs contre des pratiques monopolistiques abusives et les joueurs en place contre des modifications législatives et réglementaires validant *a posteriori* des innovations illégales.