Fédéralisme et protection du consommateur au Canada: influences croisées

Catherine Mathieu

Faculté de droit

Université McGill

Montréal

Juillet 2023

Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de Doctor of Civil Law (DCL)

@CATHERINE MATHIEU, 2023

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES ..... **iii**

RÉSUMÉ ..... **vii**

ABSTRACT ..... **viii**

REMERCIEMENTS ..... **ix**

TABLE DES ABRÉVIATIONS ..... **x**

INTRODUCTION **1**

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE — FÉDÉRALISME ET PROTECTION DU CONSOMMATEUR: CADRES THÉORIQUES **13**

1. L'évolution de l'interprétation du partage des compétences: du paradigme classique au fédéralisme coopératif **14**

1.1. Le paradigme classique: une vision cloisonnée du partage des compétences **17**

1.2. Le paradigme moderne: une interprétation favorisant les chevauchements et ouvrant la porte à un fédéralisme « coopératif » **24**

1.3. D'un paradigme à l'autre: une évolution non linéaire **32**

2. Le rôle de l'État dans le domaine du droit de la consommation **34**

2.1. Les théories sous-tendant l'intervention de l'État en droit de la consommation **37**

2.1.1. L'approche néo-classique 38

2.1.2. L'économie comportementale 43

2.2. La catégorisation des moyens d'intervention de l'État selon les intérêts qu'il cherche à protéger **46**

2.2.1. La protection ex ante et ex post de la santé et la sécurité du consommateur 48

2.2.2. La protection des intérêts économiques du consommateur aux différentes phases de sa relation contractuelle 56

PARTIE I — FÉDÉRALISME ET PROTECTION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU CONSOMMATEUR **74**

1. L'intervention fédérale: la compétence en droit criminel comme fondement de l'action législative du Parlement pour prévenir les risques liés la santé et la sécurité des consommateurs **77**

1.1. La réglementation des aliments et drogues: la définition des contours de la compétence fédérale en droit criminel **78**

1.1.1. Les origines 79

1.1.2. Le premier test constitutionnel 80

1.1.3. L'élargissement de la portée de la Loi sur les aliments et drogues et les premières limites posées par la Cour suprême 83

1.1.4. Les suites des affaires Labatt et Wetmore, et leurs conséquences contemporaines 95

1.2. L'encadrement de la vente des produits du tabac et l'arrêt RJR-MacDonald: l'expansion de la compétence du Parlement et ses incidences sur l'équilibre provincial-fédéral **99**

1.2.1. Les objectifs poursuivis par la Loi sur les produits du tabac 100

1.2.2. RJR-MacDonald et la confirmation de la compétence du Parlement pour encadrer la vente et la publicité des produits du tabac 102

1.3. La compétence fédérale (presque) incontestée de contrôler la vente des produits dangereux 110

1.4. La Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation: un rôle accru de l'ordre fédéral dans la protection de la santé et de la sécurité du public 113

1.5. Conclusion: un large éventail de mesures préventives balisé par les conditions d'exercice de la compétence fédérale en droit criminel 117

2. L'intervention du législateur provincial: une action combinant la prévention et l'indemnisation du risque 119

2.1. Le droit commun provincial et les obligations statutaires 120

2.2. La validité des normes provinciales en vertu de leur compétence sur la propriété et les droits civils ainsi que sur les matières de nature purement locale ou privée 125

2.3. L'interaction avec le droit fédéral : le cumul des protections 130

2.3.1. Rothmans: la compatibilité du droit provincial et fédéral réglementant la vente des produits du tabac et l'interprétation restrictive de la doctrine de la prépondérance fédérale 130

2.3.2. Wakelam: l'interaction entre la Loi sur les aliments et drogues et les lois provinciales d'application générale visant à protéger le consommateur 134

2.4. Conclusion: l'application simultanée du droit provincial et fédéral en matière de protection de la santé et de la sécurité du consommateur 137

3. Conclusion de la Partie I: des actions fédérales et provinciales parallèles et complémentaires pour protéger la santé et la sécurité du consommateur favorisées par une approche souple du fédéralisme 140

PARTIE II — FÉDÉRALISME ET PROTECTION DES INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES DU CONSOMMATEUR 144

1. L'intervention fédérale: L'expansion de la compétence et de l'action législative du Parlement en matière économique 145

1.1. Le droit de la concurrence comme principal outil fédéral d'intervention en matière économique 146

1.1.1. Les premières initiatives fédérales 147

1.1.2. Re Board of Commerce: une interprétation restrictive des compétences fédérales par le CJCP 150

1.1.3. La reconnaissance de la concurrence comme sujet relevant de la compétence fédérale en matière criminelle 152

1.1.4. Les réformes importantes des années 1970-1980 et les limites du droit criminel dans l'encadrement de la concurrence 164

1.1.5. La compétence fédérale générale sur le commerce comme nouvelle justification à l'intervention fédérale en matière de concurrence 171

1.1.6. Conclusion: l'évolution interreliée du droit de la concurrence et des compétences fédérales en matière de droit criminel et de commerce 191

1.2. L'intervention accrue du Parlement dans les rapports contractuels des entreprises fédérales 196

1.2.1. Les « codes » fédéraux de protection des consommateurs de services de télécommunications 198

1.2.2. La protection fédérale et internationale des voyageurs aériens 205

1.2.3. Le régime (non) exhaustif de protection des consommateurs en matière financière de la Loi

sur les banques 212
1.2.4. Conclusion: une large marge de manœuvre et une action législative croissante dans l'encadrement des rapports entre les entreprises fédérales et leurs clients 217

1.3. L'incapacité fédérale d'adopter des normes de qualité du produit pour des fins économiques 219
1.3.1. Supermarchés Dominion: une exception à l'approche souple du fédéralisme et un frein à l'expansion de la compétence fédérale en matière économique 220
1.3.2. La confusion des doctrines interprétatives dans Supermarchés Dominion et la porte ouverte laissée par General Motors 230
1.3.3. Conclusion: une intervention fédérale limitée (pour l'instant) aux activités interprovinciales ou internationales 233

1.4. La reconnaissance graduelle de la validité des recours fédéraux de nature civile 234
1.4.1. Le point départ de l'arrêt Vapor: l'invalidité du recours civil indépendant d'un contrôle administratif par un organisme fédéral 236
1.4.2. Le pouvoir accessoire d'inclure un droit d'action de nature civile dans une loi fédérale reconnu dans General Motors et Rocois #1 et #2 243
1.4.3. La confirmation du pouvoir fédéral de dupliquer les actions civiles provinciales dans l'arrêt Kirkbi 255
1.4.4. Conclusion: la relation étroite entre la reconnaissance de la validité des droits d'action de nature civile fédéraux et l'évolution de la compétence fédérale en matière de commerce 264

1.5. Conclusion: une expansion de la portée de la compétence fédérale en matière économique et une protection accrue des consommateurs par le Parlement et ses organismes 268

2. L'intervention du législateur provincial: un rôle à toutes les phases de la relation contractuelle 272

2.1. L'encadrement du crédit: un premier pas vers la reconnaissance d'une compétence provinciale en matière de protection du consommateur 277
2.1.1. Le double aspect du crédit à la consommation 278
2.1.2. L'inefficacité de la législation fédérale et le rôle accru joué par les provinces 281
2.1.3. Barfried: la reconnaissance de la validité des lois provinciales encadrant le contrat de crédit 285
2.1.4. Conclusion: une décentralisation des règles relatives au crédit 292

2.2. La validité, l'applicabilité et l'opérabilité du droit provincial protégeant le consommateur dans ses rapports avec les entreprises fédérales 294
2.2.1. Les télécommunications: au cœur de l'évolution de la jurisprudence sur les rapports entre les lois provinciales de protection du consommateur et les entreprises fédérales 295
2.2.2. Les banques: la consécration du courant « dominant » de la conception moderne du fédéralisme 334
2.2.3. L'aéronautique: l'applicabilité et l'opérabilité des mesures provinciales interdisant certaines pratiques de commerce 352
2.2.4. Conclusion: une conception souple du fédéralisme faisant échec aux tentatives répétées des entreprises fédérales d'échapper aux lois provinciales 357

2.3. Une vaste gamme de recours et de sanctions provinciales complétant le droit fédéral 362
2.3.1. Des recours et sanctions de nature civile, administrative et pénale 363
2.3.2. L'applicabilité des recours et sanctions de source provinciale aux entreprises fédérales 369
2.3.3. Le dédoublement entre les recours provinciaux et fédéraux: un plus grand choix pour le consommateur 373
2.3.4. Conclusion: une approche complémentaire à l'avantage du consommateur 380

2.4. Conclusion: une intervention provinciale encadrant tous les aspects du rapport de consommation 382

3. Conclusion de la Partie II: la prédominance du droit provincial et sa capacité à combler les lacunes du droit fédéral en matière de protection des intérêts économiques des consommateurs 386

CONCLUSIONS GÉNÉRALES 390

BIBLIOGRAPHIE..... 412

RÉSUMÉ

Cette thèse examine les influences croisées entre l'évolution du droit canadien de la consommation et celle de la conception du fédéralisme adoptée par la Cour suprême du Canada.

La protection du consommateur ne figure pas dans la liste des compétences formellement attribuées aux provinces ou au Parlement fédéral. Elle relève plutôt d'une compétence « partagée », c'est-à-dire que les deux ordres de gouvernement peuvent intervenir afin de protéger le consommateur en exerçant leurs compétences exclusives respectives. La portée et les limites de leur intervention dépendent dès lors en grande partie de l'interprétation de la répartition des compétences par les tribunaux.

Dans ce contexte, cette thèse analyse comment la compétence des provinces et du Parlement fédéral pour protéger le consommateur a été influencée par l'approche interprétative adoptée par la Cour suprême du Canada en matière de partage des compétences. Elle étudie parallèlement de quelle façon la contestation de la constitutionnalité des mesures provinciales et fédérales en matière de protection du consommateur a mené la Cour suprême à préciser sa conception du fédéralisme et à développer les doctrines d'interprétation constitutionnelle par lesquelles cette conception s'exprime.

Cette thèse révèle que la Cour suprême a généralement privilégié une approche souple et décloisonnée du partage des compétences qui favorise les chevauchements entre la législation provinciale et fédérale. Cette approche a toutefois varié à travers le temps en fonction de l'ordre législatif ayant adopté les mesures analysées et du type d'intérêts protégés — soit la protection de la santé et la sécurité des consommateurs ou la protection de leurs intérêts économiques.

Cette thèse trace également les contours des compétences respectives des autorités fédérales et provinciales pour protéger les différents intérêts du consommateur. Elle démontre à cet égard que la Cour suprême a favorisé l'exercice d'une compétence largement partagée entre les deux ordres de gouvernement, bien que certains aspects de la protection du consommateur relèvent encore de la compétence exclusive de l'un ou l'autre.

Cette recherche a été financée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada

Conseil de recherches en sciences humaines du Canada | Social Sciences and Humanities Research Council of Canada | Canada

ABSTRACT

This doctoral thesis examines the cross-influences between the evolution of Canadian consumer law and of the Supreme Court of Canada's conception of federalism.

Consumer protection is not formally listed as a power assigned to either the provinces or the federal Parliament. Rather, it falls under a "shared" jurisdiction, signifying that both levels of government may intervene to protect consumers by exercising their respective exclusive powers. The scope and limits of their intervention thus rely signficantly on the courts' interpretation of the division of powers.

In this context, this thesis analyzes how the powers of the provinces and the federal Parliament to protect consumers have been influenced by the Supreme Court of Canada's approach to the interpretation of the division of legislative powers. It also examines how constitutional challenges to provincial and federal consumer protection measures have led the Supreme Court to clarify its conception of federalism and to develop the constitutional interpretation doctrines through which this conception is expressed.

This thesis reveals that the Supreme Court has generally favoured a flexible and decompartmentalized approach to the division of powers which promotes overlaps between federal and provincial legislation. However, this approach has varied over time, depending on the legislative order that enacted the measures analyzed and the type of interests protected—either the protection of consumers' health and safety or the protection of their economic interests.

This thesis also outlines the respective powers of federal and provincial authorities to protect different consumer interests. It demonstrates that the Supreme Court has favored the exercise of a widely shared power between the two orders of government, although some aspects of consumer protection still fall exclusively under the jurisdiction of one or the other.

This research was supported by the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada

Social Sciences and Humanities Research Council of Canada | Conseil de recherches en sciences humaines du Canada | Canada

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer mes sincères remerciements à tous ceux et toutes celles qui m'ont soutenue dans la réalisation de ma thèse.

Tout d'abord, je tiens à remercier ma directrice de thèse, Johanne Poirier, pour son encadrement exceptionnel et son aide inestimable pendant tout mon parcours. Je me sens immensément privilégiée d'avoir eu la chance d'être accompagnée par une directrice aussi dévouée, brillante et bienveillante. Merci d'avoir relu (encore et encore !) toutes les parties de ma thèse avec autant d'attention, de minutie et de générosité dans tes commentaires toujours utiles et pertinents. Merci d'avoir été une mentore aussi incroyable et de m'avoir donné toutes les opportunités pour réussir.

Je souhaite également exprimer ma gratitude envers les membres de mon comité de thèse, Geneviève Saumier et Fabien Gélinas, pour leur précieuse contribution tout au long de la réalisation de ma thèse. Merci pour votre intérêt dans mon projet, vos commentaires constructifs et vos suggestions ainsi que pour tout le temps et l'énergie que vous avez consacrés à la révision des nombreuses versions de ma thèse.

Mes remerciements également aux membres de mon jury, Jean-François Gaudreault-Desbiens, Geneviève Saumier et Richard Janda, de même qu'à Jennifer Raso et Maxime Denis pour leur participation à ma soutenance de thèse.

Je veux aussi remercier Patrick Taillon, qui m'a transmis sa passion pour le droit constitutionnel et qui m'a appuyée et conseillée dans tous les projets académiques que j'ai entrepris depuis le baccalauréat.

Merci à Woods et à l'UQAM qui m'ont permis d'avancer dans ma recherche tout en poursuivant mon travail d'avocate, puis de professeure. Merci à mes collègues pour tous vos encouragements, vous ne pouvez pas savoir à quel point ceux-ci m'ont fait du bien et m'ont donné la force de continuer.

Merci à l'Université McGill et aux dévoué.e.s employé.e.s de la Faculté de droit et de la bibliothèque. Merci également au CRSH pour le financement de cette recherche.

Sur le plan personnel, je veux remercier mes ami.e.s qui m'ont toujours encouragée dans cette aventure. Un merci tout particulier à Shana et Gabriel pour toutes les passionnantes discussions que nous avons eues qui m'ont permis d'enrichir ma réflexion.

Je ne saurais jamais remercier suffisamment mon conjoint Patrick pour son soutien inconditionnel et son écoute tout au long de cette expérience. Merci d'avoir toujours été là pour moi du début à la fin, merci pour tous les compromis que tu as faits, merci d'avoir supporté les hauts comme les bas.

Enfin, je veux remercier ma mère sans qui rien de cela n'aurait été possible. Merci maman pour tous les sacrifices que tu as faits pour me donner la meilleure de chance dans la vie et de m'avoir toujours encouragée, peu importe le chemin que je choisissais.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

ACFC	Agence de la consommation en matière financière du Canada
CJCP	Comité judiciaire du Conseil privé
CPRTS	Commission des plaintes relatives aux services de télécom-télévision
CRTC	Conseil canadien de la radiodiffusion et des télécommunications
CSC	Cour suprême du Canada
DPCP	Directeur des poursuites criminelles et pénales
FSI	Fournisseur de services Internet
FSSF	Fournisseur de services sans-fil
OETP	Organisme externe de traitement des plaintes
OPC	Office de la protection du consommateur
OTC	Office des transports du Canada
PGC	Procureur général du Canada
PGQ	Procureur général du Québec

INTRODUCTION

L'essor de la société de consommation au 20e siècle a entraîné, au Canada comme ailleurs, une transformation majeure des rapports entre commerçant et consommateur[1]. Afin de contrecarrer les effets négatifs de la liberté du commerce et du laissez-faire ayant jusque-là régi ces rapports[2], le Parlement canadien et les provinces ont agi de façon parallèle en multipliant les mesures législatives encadrant les différentes facettes du droit de la consommation. Ces acteurs ont dû intervenir à l'intérieur des limites imposées par la structure fédérale canadienne, et plus particulièrement par le partage des compétences législatives prévu aux articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[3].

Ces limites ne sont toutefois pas clairement définies. En effet, la protection du consommateur n'est pas une « matière » exclusivement attribuée à l'un ou l'autre des ordres de gouvernement. Puisqu'elle encadre les relations contractuelles entre consommateurs et commerçants, elle est souvent considérée comme un sujet se rattachant à la compétence des provinces relativement à la « propriété et aux droits civils »[4]. Cela ne signifie pas pour autant que le législateur fédéral ne peut pas s'immiscer dans le rapport de consommation en vertu de ses propres compétences, notamment sur les échanges et le commerce, le droit criminel ou encore les entreprises qui relèvent de sa responsabilité. En ce sens, la protection du consommateur résulte de l'exercice d'une compétence « partagée »

---

[1] Luc Thibaudeau, *Guide pratique de la société de consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 2013 aux pp 59–67; Iain Ramsay, *Consumer Law and Policy: Text and Material on Regulating Consumer Market*, Oxford, Hart Publishing, 2012 aux pp 1–14. Pour un aperçu de l'historiographie de la consommation, voir Sheryl Kroen, « A Political History of the Consumer » (2004) 47 The Historical Journal 709; Frank Trentmann, *Empire of Things*, New York, Harper, 2016. Au Canada, voir Joy Parr, *Domestic Goods. The Material, the Moral, end the Economic in the Postwar*, Toronto, University of Toronto Press, 1999; Donica Belisle, *Retail Nation: Department Stores and the Making of Modern Canada*, Vancouver, UBC Press, 2011 [Belisle, *Retail Nation*].

[2] Belisle, *Retail Nation*, *supra* note 1 aux pp 27–28.

[3] *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3 [LC de 1867]; Claude Masse, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse: en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 39 à la p 58 [Masse, « Fondement historique »].

[4] LC de 1867, para 92(13). Voir notamment *Procureur général (Québec) c Kellogg's Co of Canada et autre*, [1978] 2 RCS 211 à la p 220, 83 DLR (3d) 314 [*Kellogg's*]; *Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927 à la p 953, 58 DLR (4th) 577 [*Irwin Toy*]; *Banque de Montréal c Marcotte*, 2014 CSC 55 au para 74 [*Marcotte*].

ou « *de facto* concurrente »[5] où s'enchevêtrent des actions législatives provinciales et fédérales.

Dans ce contexte, la portée de la compétence respective des deux ordres de gouvernement pour légiférer dans ce domaine a été essentiellement définie par la jurisprudence et influencée par l'approche interprétative du partage des compétences adoptée d'abord par le Comité judiciaire du Conseil privé (« CJCP ») puis, depuis la seconde moitié du 20e siècle, par la Cour suprême du Canada. En effet, ces tribunaux se sont appuyés parfois sur une approche *classique* du fédéralisme, selon laquelle tout empiètement d'un ordre législatif sur le domaine de compétence exclusive de l'autre doit être évité, et parfois sur une approche *souple* (ou *moderne*), qui privilégie une vision décloisonnée du partage des compétences et ouvre la porte aux chevauchements entre les lois adoptées par les deux ordres législatifs[6]. Ainsi, la marge de manœuvre dont ont bénéficié les provinces et l'ordre fédéral pour légiférer afin de protéger le consommateur a été largement tributaire de

[5] Nous utilisons l'expression « compétence partagée » ou « compétence *de facto* concurrente » lorsque les deux ordres de gouvernement peuvent légiférer sur un même sujet en vertu de leurs compétences exclusives respectives. À l'inverse, nous référons à des « compétences concurrentes » pour décrire les compétences qui sont expressément attribuées à la fois au Parlement fédéral et aux provinces en vertu de la LC de 1867. Ces compétences concurrentes *de jure* sont le commerce interprovincial des ressources naturelles (92A de la LC de 1867), les pensions de vieillesse et prestations additionnelles (94A de la LC de 1867) et l'agriculture et l'immigration (95 de la LC de 1867). Nous reprenons à cet égard la terminologie employée par la professeure Poirier dans Johanne Poirier, « Le partage des compétences et les relations intergouvernementales: la situation du Canada » dans Bernard Fournier et Min Reuchamps, dir, *Le fédéralisme en Belgique et au Canada: Un dialogue comparatif*, Bruxelles, de Boeck, 2009, 107 aux pp 112–13 [Poirier, « Le partage des compétences »]. Voir aussi Jean-François Gaudreault-DesBiens et Jean Leclair, *Provinces, lutte contre la corruption et fédéralisme*, Montréal, Thémis, 2016, où les auteurs reprennent une formulation semblable en distinguant la « concurrence *de jure* » de la « concurrence *de facto* », cette dernière qualifiant une situation où les deux ordres de gouvernement peuvent légiférer sur des matières ayant à la fois un aspect fédéral et un aspect provincial « dans la mesure où ils poursuivent des finalités qui tombent dans leurs champs exclusifs de compétences » (à la p 18). La Cour suprême utilise également le terme « compétence partagée » pour décrire les sujets qui ne font pas l'objet d'une attribution exclusive dans la LC de 1867. Voir notamment *R c Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS 213 à la p 255, 151 DLR (4th) 32 (au sujet de la compétence partagée en matière d'environnement); *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 au para 72 (au sujet de la compétence partagée en matière de santé).

[6] Voir à ce sujet Bruce Ryder, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism » (1990-1991) 36 McGill LJ 308 [Ryder, « Demise »]; Bruce Ryder, « Equal Autonomy in Canadian Federalism: the Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers » (2011) 54 SCLR (2d) 565 [Ryder, « Equal Autonomy »]; Eugénie Brouillet, « The Federal Principle and the 2005 Balance of Powers in Canada » (2006) 34 SCLR (2d) 307; Eugénie Brouillet, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada: quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs » (2010) 3 RQDC 1; Eugénie Brouillet, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (2004) 45 C de D 7; Eugénie Brouillet et Bruce Ryder, « Key Doctrines in Canadian Federalism » dans Peter C Oliver et al, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 415 aux pp 417–19.

l'approche retenue par les tribunaux, une approche en partie affectée par la chronologie des interventions.

C'est dès lors à travers les maintes contestations de la constitutionnalité des différentes mesures législatives ayant pour objet ou effet de protéger le consommateur que les contours de la compétence respective des provinces et du Parlement fédéral dans ce domaine ont été tracés. Parallèlement, ces contestations ont mené à des décisions phares en matière de fédéralisme, lesquelles ont façonné l'approche théorique qui a guidé et guide encore aujourd'hui l'interprétation du partage des compétences de façon plus générale. Ainsi, cette jurisprudence s'est avérée déterminante à la fois dans l'évolution du droit canadien de la consommation et dans celle de la conception jurisprudentielle du fédéralisme et des doctrines d'interprétation constitutionnelle. L'analyse de l'interrelation et des influences croisées entre ces deux évolutions est au cœur de cette thèse.

1. Questions et objectifs de recherche

La présente étude vise à répondre à deux principales questions de recherche qui s'entrecroisent.

D'une part, nous souhaitons identifier la conception du fédéralisme qui sous-tend de nombreuses décisions de la Cour suprême du Canada portant sur des enjeux relatifs à la protection du consommateur. Assistons-nous dans ce domaine à un abandon de la conception dualiste classique en faveur d'un fédéralisme souple ? La Cour a-t-elle plutôt « valsé »[7] entre ces conceptions ? Plus largement, comment ces décisions ont-elles influencé la conception jurisprudentielle du fédéralisme et façonné l'évolution de l'interprétation du partage des compétences ?

D'autre part, nous voulons évaluer les effets de la conception retenue par la Cour suprême sur l'évolution du droit de la consommation. Autrement dit, quelles sont les conséquences de l'approche interprétative favorisée par la Cour sur la capacité des provinces et du Parlement fédéral à encadrer les rapports de consommation ? Plus précisément, quelles sont la nature, la portée et les limites des compétences respectives des deux ordres de

[7] Voir Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 5 à la p 114, qui utilise l'image d'une « valse à trois temps » pour décrire l'évolution de l'interprétation du partage des compétences. Nous reviendrons en détail sur cette évolution dans le Chapitre préliminaire.

gouvernement en matière de protection du consommateur à la lumière du partage des compétences législatives et de l'interprétation jurisprudentielle de ces compétences ?

Cette thèse poursuit ainsi un double objectif. Le premier vise à analyser, par l'étude du cas particulier du droit de la consommation, l'évolution des différentes approches du fédéralisme qui ont défini l'interprétation du partage des compétences au Canada. Le second objectif est de saisir comment cette interprétation a guidé et encadré l'intervention des deux ordres de gouvernement afin de protéger le consommateur.

2. Intérêt et pertinence du sujet de recherche

Sur le plan académique, l'intersection entre le droit constitutionnel et le droit de la consommation est peu étudiée et les développements doctrinaux sur ce sujet sont souvent laconiques[8]. Ne constituant pas une matière énumérée dans la répartition des compétences prévues par la LC de 1867, la protection du consommateur n'est la plupart du temps qu'effleurée dans les textes de doctrine de droit constitutionnel[9]. À l'inverse, les ouvrages de droit de la consommation n'osent généralement pas s'aventurer en profondeur dans le domaine du droit constitutionnel et n'abordent la question que de façon introductive[10]. La plupart se limitent d'ailleurs à traiter uniquement des quelques décisions relativement

[8] Parmi ceux qui se sont intéressés à la question, voir Edward P Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984 » dans Yvan Bernier et Andrée Lajoie, dir, *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 1 [Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation »]; Edward P Belobaba, « Unfair Trade Practices Legislation: Symbolism and Substance in Consumer Protection » (1977) 15:2 Osgoode Hall LJ 327; Robert Kerr, « The Scope of Federal Power in Relation to Consumer Protection » (1980) 12 Ottawa L Rev 119; Louis J Romero, *Les relations fédérales-provinciales en matière de protection du consommateur*, Ottawa, Conseil de recherche en consommation, 1975; François Chevrette, « Problèmes de juridiction » (1971) 108 Maintenant 220; Nicolas Roy Sidor, *Consumer Policy in the Canadian Federal State*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1984; Marie-Ève Arbour, « Sécurité des produits, santé des consommateurs, responsabilités et constitutions: synergies comparées » (2013) 7:2 R D & santé McGill 169.

[9] Voir Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014, no VI-2.111; Gérald-A Beaudoin, *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, 3e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 à la p 433; Nicole Duplé, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 6e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 à la p 459; Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5e éd, Toronto, Carswell, 2007 (feuilles mobiles mises à jour en août 2022) à la p 21-24.

[10] Voir Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit de la consommation*, 6e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2011, no 7–8; Pierre-Claude Lafond, *Droit de la protection du consommateur: théorie et pratique*, 2e éd, Montréal, Yvon Blais, 2021, no 92–111 [Lafond, *Droit de la protection du consommateur*]; Jacob Ziegel et Anthony Duggan, *Commercial and Consumer Sales Transactions: Cases, Text and Materials*, 4e éd, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 2002 aux pp 14–18.

connues ayant porté sur la constitutionnalité de la *Loi sur la protection du consommateur*[11] et sur son application à des entreprises fédérales, soit les arrêts *Kellogg's*, *Irwin Toy* et, plus récemment, *Marcotte*[12]. Or, ce faisant, la doctrine occulte un grand pan de la jurisprudence mettant en jeu la constitutionnalité de mesures provinciales et fédérales relatives à la protection du consommateur.

Il existe selon nous un réel intérêt à combler ce vide doctrinal et à explorer les principes qui sous-tendent le droit de la consommation et le droit constitutionnel. En effet, le droit de la consommation constitue un domaine transversal qui se rattache à de nombreux enjeux socio-économiques avec lesquels doivent composer les deux ordres de gouvernement[13]. L'étude des décisions rendues en matière de protection du consommateur permet ainsi non seulement d'acquérir une meilleure compréhension de la portée des compétences respectives des provinces et du Parlement dans ce domaine particulier, mais aussi dans d'autres domaines qui s'y rattachent, tels que le commerce intraprovincial, la concurrence, les contrats, la santé, le droit criminel, etc. Le droit de la consommation donne par ailleurs lieu à des chevauchements et des croisements entre l'exercice des compétences provinciales et fédérales dont la nature et les effets méritent d'être explorés davantage.

Nous cherchons ainsi à contribuer à l'avancement des connaissances en proposant une étude approfondie de la portée des compétences respectives du Parlement et des provinces en matière de protection du consommateur. Nous visons également à contribuer à la théorie du fédéralisme en tentant de rationaliser l'interprétation du partage des compétences et des doctrines constitutionnelles à travers l'analyse d'un domaine spécifique et particulièrement complexe, soit celui de la protection du consommateur. Ce faisant, nous entendons participer à la construction et au développement d'un « droit constitutionnel de la consommation » au Canada.

[11] *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1 [LPC].

[12] Voir *supra* note 4.

[13] Voir Benoit Moore, « Autonomie ou dépendance: réflexion sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation en droit commun » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 1 à la p 2 [Moore, « Autonomie ou dépendance »]; Masse, « Fondement historique », *supra* note 3 aux pp 45–46; Lafond, *Droit de la protection du consommateur*, *supra* note 10, nº 85.

Enfin, dans un système fédéral où deux ordres de gouvernement disposent d'une compétence constitutionnelle partagée pour protéger les intérêts des consommateurs — et, par le fait même, une responsabilité politique de le faire lorsque cela est justifié — il est nécessaire, de déterminer qui peut (et doit) intervenir à cet égard, et de quelle façon. Qui doit par exemple s'assurer que le consommateur ne se voit pas facturer des frais abusifs pour l'utilisation de son téléphone cellulaire ? Les provinces, puisque ces frais découlent d'un contrat ? Le Parlement (et le CRTC), puisque ces frais sont imposés par des entreprises (fédérales) de télécommunications ? Les deux ? Le cas échéant, qu'advient-il si les règles provinciales et fédérales sont incompatibles ? Notons que ces questions ne sont pas uniquement théoriques puisqu'elles se sont retrouvées devant les tribunaux de façon récente et répétée[14].

Dans ce contexte, les enjeux que nous aborderons dans cette thèse sont susceptibles d'intéresser tant les consommateurs et les groupes défendant leurs intérêts que les entreprises ainsi que les législateurs, gouvernements et organismes fédéraux et provinciaux. Par conséquent, au-delà de son apport académique, notre étude s'avère utile pour ces différents acteurs dans la mesure où elle leur permettra de déterminer à qui revient le pouvoir de légiférer afin d'assurer la protection du consommateur dans différents secteurs d'activités et comment les règles adoptées à cet effet interagissent les unes avec les autres. Nos conclusions à cet égard informeront les deux ordres de gouvernement de la portée et des limites de leur intervention respective afin qu'ils puissent éviter que la constitutionnalité des mesures qu'ils mettent en place soit remise en question, ou du moins, qu'ils puissent défendre celle-ci en cas de contestations futures.

3. Aperçu du cadre théorique

Puisqu'elle est située à la frontière du droit constitutionnel et du droit de la consommation, cette thèse prendra appui sur des approches théoriques qui relèvent de ces deux domaines

[14] Voir notamment *Bell Canada c Directeur des poursuites criminelles et pénales (Office de la protection du consommateur)*; *Telus Communications Inc c Directeur des poursuites criminelles et pénales (Office de la protection du consommateur)*, 2022 QCCA 408, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 40192 (dossier de Telus) et 40193 (dossier de Bell) (10 novembre 2022); *Nelson v Telus Communications Inc*, 2021 ONCA 751, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 39957 (10 novembre 2022).

du droit. Ces approches seront analysées en profondeur dans un chapitre préliminaire qui y est entièrement consacré. Il convient néanmoins d'en aborder ici les grandes lignes.

Sur le plan du droit constitutionnel, notre analyse convoquera les théories, principes et doctrines qui encadrent la répartition des compétences législatives au sein de la fédération canadienne. Elle s'appuiera plus particulièrement sur les distinctions entre l'approche « classique » et l'approche « souple » du fédéralisme, et sur les doctrines d'interprétation constitutionnelle par lesquelles le passage d'une approche à l'autre s'opère.

C'est à travers ces deux approches, aussi appelées « conceptions » du fédéralisme[15], que nous examinerons la marge de manœuvre dont bénéficient Ottawa et les provinces pour légiférer afin de protéger les intérêts des consommateurs. L'étude du cas particulier du droit de la consommation nous permettra de retracer l'évolution de ces deux approches et d'évaluer les conséquences de celle-ci sur un domaine de compétence de plus en plus partagée[16].

Sur le plan du droit de la consommation, nous aborderons dans un premier temps les principales justifications théoriques à l'intervention de l'État — qui dans le régime fédéral canadien se manifeste tant à l'échelle fédérale que provinciale — pour protéger les consommateurs[17]. Ces approches théoriques nous permettront de comprendre, dans un

[15] La Cour suprême utilise différentes terminologies: elle réfère parfois aux « approches » (*Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11 au para 113; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 aux para 56–57), aux « visions » (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48 au para 19), aux « conceptions » (*Transport Desgagnés inc c Wärtsilä Canada Inc*, 2019 CSC 58 au para 81; *Banque de Montréal c Marcotte*, 2014 CSC 55 au para 63; *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22 aux para 31, 42) ou encore aux « tendances » du fédéralisme (*Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44 au para 65).

[16] Sur l'évolution des approches du fédéralisme, voir notamment Ryder, « Demise », *supra* note 6; Johanne Poirier et Jean-François Gaudreault-DesBiens, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back?: Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism » dans Peter C Oliver et al, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 391 aux pp 400–05; Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 5 aux pp 114–15; Jean Leclair, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity » (2003) 28 Queen's LJ 411 aux pp 416–21; Fabien Gélinas, « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation » (1994) 28 RJT 507 aux pp 510–15.

[17] Voir à ce sujet Jacob Ziegel, « The Future of Canadian Consumerism » (1973) 51:2 Can Bar Rev 191; Norbert Reich, « Diverse Approaches to Consumer Protection Philosophy » (1992) 14 J of Consumer Policy 257; Jean-Guy Belley, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socio-économique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse: En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 121; Thierry Bourgoignie, « Un droit de la

deuxième temps, les différentes mesures que l'État — dans toutes ses incarnations — peut adopter lorsqu'il vise à accroître la protection conférée aux consommateurs face aux forces du marché. À cette fin, nous avons analysé et regroupé ces mesures selon les intérêts que l'État cherche ainsi à protéger.

Nous verrons, d'une part, que la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs regroupe deux types de mesures, soit celles qui visent à *prévenir* le risque (*ex ante*) et celles qui visent à *indemniser* le préjudice subi (*ex post*). D'autre part, lorsque l'État cherche plutôt à protéger les intérêts économiques des consommateurs, les mesures qu'il adopte peuvent cette fois se diviser en quatre grandes catégories, suivant les phases de la relation contractuelle entre le consommateur et le commerçant. Il s'agit de la *phase précontractuelle*, qui inclut les règles encadrant les pratiques de commerce et la concurrence sur le marché et contrôlant les entreprises pouvant y exercer leurs activités; la *phase de la formation du contrat*, où s'appliquent des règles en matière d'équité contractuelle entre les parties; la *phase de l'exécution du contrat*, soumise à des règles de qualité des biens et services; et enfin la *phase de la mise en œuvre des droits* conférés aux consommateurs, ce qui comprend les recours et sanctions en cas de violation de ces droits.

C'est à partir de cette classification que nous pourrons examiner et étudier la législation adoptée par les deux ordres de gouvernement pour protéger le consommateur ainsi que la jurisprudence ayant porté sur la constitutionnalité de cette dernière. Cela nous permettra de délimiter avec plus de précisions la portée et les limites de la compétence respective des provinces et du Parlement et de dégager les tendances qui ressortent de la jurisprudence analysée.

consommation est-il encore nécessaire en 2006 », dans Thierry Bourgoignie, dir, *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, 1; Masse, « Fondement historique », *supra* note 3; Moore, « Autonomie ou dépendance », *supra* note 13; Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation », *supra* note 8.

4. Méthodologie de la recherche

La méthodologie de recherche que nous employons dans le cadre de cette thèse repose sur une analyse exégétique traditionnelle visant à interpréter, étudier et critiquer le droit positif[18]. Cette analyse s'appuie principalement sur trois sources du droit[19].

D'abord, nous avons étudié la législation fédérale et provinciale relative à la protection du consommateur s'étant développée depuis la Confédération en 1867 jusqu'à aujourd'hui[20]. Nous nous sommes intéressés non seulement aux lois d'application générale, comme la LPC, mais également à des lois sectorielles qui ont pour objet ou pour effet la protection du consommateur. Nous avons ainsi inclus l'étude de mesures qui ne relèvent pas uniquement du droit de la consommation, mais qui font partie d'autres domaines de droit, tel que le droit de la concurrence, qui ont parmi leurs fonctions celle d'accroître la protection offerte au consommateur sur le marché. Conscients du nombre important de lois et règlements faisant partie de ce corpus — plus de 225 selon Claude Masse en 2003[21] —, nous avons organisé notre recherche et notre analyse selon les intérêts que l'État cherche à protéger et selon les catégories que nous identifions dans notre cadre théorique.

Nous nous sommes par la suite penchés sur la jurisprudence canadienne. Nous avons consulté les décisions du CJCP et de la Cour suprême du Canada portant sur le fédéralisme et le partage des compétences de manière générale. Parmi celles-ci, nous avons identifié et analysé celles qui traitent plus spécifiquement de la constitutionnalité de la législation provinciale et fédérale relative à la protection du consommateur. Dans la mesure où le droit de la consommation s'est essentiellement développé à partir de la deuxième moitié du 20e siècle, et donc après l'abolition des appels au CJCP, la grande majorité des décisions analysées sont celles de la Cour suprême du Canada. Nous traiterons néanmoins de certaines décisions du CJCP lorsque celles-ci sont reprises par la Cour suprême ou encore

[18] Nous reprenons ici la catégorisation établie par le Conseil de recherche en sciences humaines (« CRSH ») dans Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Le droit et le savoir: rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada*, Ottawa, CRSH, 1983 à la p 74.

[19] La recension de ces sources dans le cadre de la présente étude se termine au 10 novembre 2022.

[20] L'examen de la législation provinciale comprend les lois et règlements adoptés par les dix provinces et les trois territoires. Notons que, de façon générale, lorsque nous référons aux « provinces » dans la présente étude, nous incluons à la fois les provinces et les territoires.

[21] Voir Masse, « Fondement historique », *supra* note 3 à la p 46.

lorsque nous traiterons de certains domaines particuliers, comme le droit de la concurrence, où cette jurisprudence s'avère pertinente pour en comprendre l'évolution.

Nous avons par ailleurs répertorié la jurisprudence pertinente des tribunaux inférieurs. L'analyse de ces décisions nous a permis de compléter et d'enrichir notre analyse de la jurisprudence du CJCP et de la Cour suprême ainsi que de relever des exemples concrets de l'impact de la conception jurisprudentielle du fédéralisme adoptée par les tribunaux sur différents aspects du droit de la consommation. Notons que la jurisprudence portant sur la protection des intérêts économiques des consommateurs est plus abondante et plus riche que celle portant sur la protection de leur santé et de leur sécurité, ce qui explique que notre seconde partie soit plus étoffée que la première.

Enfin, nous avons consulté des textes doctrinaux portant sur le fédéralisme, le partage des compétences et les doctrines d'interprétation constitutionnelle, de même que sur le droit de la consommation. Nous nous sommes intéressés non seulement à des textes de nature juridique, mais également à la littérature portant sur le droit de la consommation dans une perspective historique et sociologique. Bien que nous nous soyons principalement concentrés sur la doctrine canadienne, nous avons également consulté des sources doctrinales d'origine américaine et européenne. Nous avons en outre intégré à notre analyse des études et rapports produits par différents organismes gouvernementaux provinciaux et fédéraux ayant pour sujet la protection des consommateurs dans différents secteurs d'activités et les enjeux constitutionnels qui y sont rattachés.

5. Structure de la thèse

Pour répondre à nos questions de recherche, nous procédons en trois temps.

Nous mettons d'abord en place, dans un chapitre préliminaire, les bases théoriques de notre analyse. Nous expliquons en détail les différentes approches interprétatives du partage des compétences, leur évolution ainsi que les doctrines constitutionnelles par lesquelles ces approches sont mises en œuvre. Nous abordons ensuite les justifications à l'intervention de l'État au sein des rapports de consommation et identifions les différentes formes que peut prendre cette intervention.

Par la suite, notre thèse se divise en deux grandes parties qui regroupent les mesures adoptées par les deux ordres de gouvernement selon les intérêts qu'ils cherchent à protéger. La Partie I est ainsi consacrée à la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs et la Partie II porte sur la protection de leurs intérêts économiques. Chacune de ces parties est également divisée en deux sous-parties, la première traitant de l'intervention législative fédérale et la seconde traitant à la fois de l'intervention des provinces et de l'intersection entre le droit provincial et fédéral.

Dans chacune des parties, nous dressons un portrait de l'encadrement de la protection du consommateur au Canada en retraçant l'historique et l'évolution de la législation fédérale et provinciale à travers l'étude des différentes décisions jurisprudentielles ayant traité de la constitutionnalité des mesures adoptées par les deux ordres de gouvernement dans ce domaine. Nous identifions les principaux secteurs d'intervention fédérale et provinciale en matière de protection du consommateur et les principaux champs de compétence sur lesquels repose cette intervention. Nous voyons également de quelle façon le Parlement et les provinces ont donné suite aux décisions ayant tracé les contours de leurs compétences respectives pour protéger le consommateur, notamment le rôle de ces décisions sur le développement de la législation provinciale et fédérale dans ce domaine.

Autrement dit, non seulement tentons-nous de définir la marge de manœuvre reconnue aux deux ordres de gouvernement pour protéger le consommateur, mais nous déterminons également comment ceux-ci ont, dans les faits, exercé leurs compétences respectives en fonction des balises fixées par les tribunaux. Au terme de cet exercice, il nous est ainsi possible de « cartographier » les différentes mesures que chaque ordre de gouvernement a adoptées — et pourrait adopter — en fonction des intérêts qu'il cherche à protéger et selon le ou les champs de compétences en vertu desquels il peut légiférer.

À travers cette analyse, nous portons notre attention sur la conception du fédéralisme adoptée par les tribunaux et sur le développement des différentes doctrines d'interprétation constitutionnelle appliquées par ces derniers. L'étude de cette jurisprudence nous amène à observer, de façon plus générale, l'évolution de l'approche interprétative du partage des compétences. Parallèlement, elle révèle la portée donnée à plusieurs compétences fédérales

notamment en matière d'échanges et de commerce[22], de droit criminel[23], de paix, d'ordre et de bon gouvernement[24], de banques[25] et de télécommunications[26]. Similairement, l'étude permet de tracer les contours des compétences provinciales relativement à la propriété et aux droits civils[27], à l'administration de la justice[28] et aux matières de nature purement locale ou privée[29]. Elle nous permet en outre de relever les lacunes, les angles morts et les incohérences de la jurisprudence étudiée et de tenter de proposer certaines pistes de solution.

Au terme de notre étude, nous constaterons que la Cour suprême a, en grande partie, privilégié une approche souple et décloisonnée du partage des compétences par laquelle elle a autorisé et favorisé les chevauchements entre les mesures adoptées par les provinces et le Parlement fédéral. Cette approche a néanmoins varié à travers le temps, selon le type d'intérêts que les législateurs cherchaient à protéger et selon l'ordre de gouvernement ayant adopté les mesures analysées. Nous verrons en outre que, en traçant les contours des compétences respectives des autorités fédérales et provinciales pour protéger le consommateur, la Cour a favorisé l'exercice d'une compétence largement partagée entre ces dernières, bien que certains aspects relèvent encore de la compétence exclusive de l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement.

En somme, à travers cette thèse, nous serons en mesure de comprendre comment la jurisprudence portant sur la constitutionnalité de mesures relatives à protection du consommateur a influencé l'évolution de l'approche interprétative du partage des compétences et, corrélativement, comment cette dernière a influencé l'évolution du droit de la consommation au Canada.

[22] LC de 1867, para 91(2).
[23] LC de 1867, para 91(27).
[24] LC de 1867, paragraphe introductif de l'article 91.
[25] LC de 1867, para 91(15).
[26] LC de 1867, para 92(10) et 91(29).
[27] LC de 1867, para 92(13).
[28] LC de 1867, para 92(14).
[29] LC de 1867, para 92(16).

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE — FÉDÉRALISME ET PROTECTION DU CONSOMMATEUR: CADRES THÉORIQUES

Avant d'entreprendre notre analyse, nous devons d'abord et avant tout définir le double cadre théorique qui guidera cette dernière. Cet exercice nous permet d'expliquer les différentes théories et notions que nous empruntons à la fois au droit constitutionnel et au droit de la consommation qui seront au cœur de notre étude. Il donne du même coup l'opportunité aux lecteurs moins familiers avec l'un ou l'autre de ces domaines de mieux en comprendre les concepts, les enjeux et même le vocabulaire. Plus fondamentalement, ce chapitre préliminaire permet d'expliquer la structure que nous avons choisi de retenir pour conduire notre recherche et en présenter les résultats.

Il traitera dans un premier temps de l'architecture dualiste du fédéralisme canadien et des théories — « classique » et « moderne » — guidant l'interprétation du partage des compétences. À travers une revue de la littérature, nous définirons ces deux théories, expliquerons ce qui les distingue et retracerons leur évolution dans la jurisprudence canadienne. Nous aborderons également les différentes doctrines d'interprétation constitutionnelle par lesquelles ces théories sont mises en œuvre dans le cadre de l'analyse de la constitutionnalité d'une loi ou d'une disposition provinciale ou fédérale [1.]. Cela nous permettra par la suite d'identifier laquelle de ces théories a été favorisée par les tribunaux dans les décisions que nous analyserons et de déterminer en quoi ces décisions ont influencé l'évolution de ces théories et des doctrines qu'elles sous-tendent.

Dans un deuxième temps, nous dresserons un bref historique de l'évolution du droit de la consommation au Canada et discuterons des justifications théoriques à l'intervention de l'État dans ce domaine. Cela nous permettra par la suite de décrire et de regrouper en différentes catégories les multiples formes que peut prendre cette intervention, selon les intérêts que l'État cherche à protéger [2.]. Cette catégorisation servira par la suite de cadre pour conduire notre analyse et pour définir avec plus de précision la portée de la compétence respective des deux ordres de gouvernement pour protéger le consommateur.

1. L'évolution de l'interprétation du partage des compétences: du paradigme classique au fédéralisme coopératif

L'encadrement du droit de la consommation au Canada a été, comme dans tout autre domaine du droit, influencé par la structure fédérale canadienne au sein de laquelle deux ordres de gouvernement sont appelés à intervenir. Formellement, notre fédération repose sur une architecture « dualiste » et « cloisonnée » selon laquelle chaque ordre de gouvernement agit de façon à la fois parallèle et autonome, et dispose de ses propres institutions législatives, exécutives et judiciaires[1]. En principe, le Parlement et les assemblées législatives provinciales adoptent et mettent en œuvre les lois relevant de leurs sphères de compétence exclusive[2].

Malgré cette structure fédérale dualiste, les acteurs politiques fédéraux et provinciaux ont, avec le temps, mis en place de nombreux mécanismes coopératifs, se transférant l'exercice de leurs compétences respectives et créant des organes conjoints mettant en œuvre ces compétences. Le fédéralisme canadien apparaît ainsi aujourd'hui comme étant de plus en

[1] Voir Johanne Poirier, « Le partage des compétences et les relations intergouvernementales: la situation du Canada » dans Bernard Fournier et Min Reuchamps, dir, *Le fédéralisme en Belgique et au Canada: Un dialogue comparatif*, Bruxelles, de Boeck, 2009, 107 à la p 110 [Poirier, « Le partage des compétences »]; Johanne Poirier, « The 2018 Pan-Canadian Securities Regulation Reference: Dualist Federalism to the Rescue of Cooperative Federalism » (2020) 94 SCLR (2d) 85 à la p 87 [Poirier, « The 2018 Pan-Canadian Securities Regulation Reference »]. Pour une étude détaillée du caractère « dualiste » de la fédération canadienne et des distinctions qui s'imposent avec les systèmes fédéraux « administratifs » ou « intégrés », voir notamment Johanne Poirier, « Souveraineté parlementaire et armes à feu: le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire » (2015) 45 RDUS 198 aux pp 204–20 [Poirier, « Souveraineté parlementaire »]; Marc-Antoine Adam, Josée Bergeron et Marianne Bonnard, « Intergovernmental Relations in Canada: Competing Visions and Diverse Dynamics » dans Johanne Poirier, Cheryl Saunders et John Kincaid, dir, *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 135 à la p 138; Johanne Poirier et Cheryl Saunders, « Comparing Intergovernmental Relations in Federal Systems: An Introduction » dans Johanne Poirier, Cheryl Saunders et John Kincaid, dir, *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 1 aux pp 5–6; Johanne Poirier et Cheryl Saunders, « Conclusion: Comparative Experiences of Intergovernmental Relations in Federal Systems » dans Johanne Poirier, Cheryl Saunders et John Kincaid, dir, *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 440 aux pp 445–47 [Poirier et Saunders, « Conclusion »]; Francesco Palermo et Karl Kössler, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017 à la p 46; Jean-François Gaudreault-DesBiens et Johanne Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back?: Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism » dans Peter C Oliver et al, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 391 aux pp 399–400 [Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism »].

[2] Voir Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 1 à la p 119; Poirier et Saunders, « Conclusion », *supra* note 1 aux pp 491–92; *Maritime Bank of Canada (Liquidators of) c New Brunswick (Receiver-General)*, [1892] AC 437, 10 CRAC 180 (CJCP) [*Maritime Bank*].

plus « *de facto* intégré »[3]. C'est ce que la professeure Johanne Poirier appelle « un fédéralisme enchevêtré » dans une « architecture institutionnelle dualiste »[4]. Cette transformation partielle et graduelle d'une structure essentiellement dualiste en un système plus coopératif trouve écho dans la jurisprudence du CJCP et de la Cour suprême du Canada[5]. Elle reflète et explique l'évolution de la conception jurisprudentielle du fédéralisme canadien.

Enchâssé dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*[6], le principe du fédéralisme a été reconnu par la Cour suprême du Canada, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[7], comme un des principes sous-jacents structurels du droit constitutionnel canadien. Ce principe implique un partage de la souveraineté étatique, qui exige à la fois que chaque ordre de gouvernement soit souverain et autonome à l'intérieur de sa propre sphère de compétence (« *self-rule* ») et que les différents ordres agissent de façon conjointe et interdépendante (« *joint rule* »)[8].

Le partage des compétences entre les différents ordres de gouvernement, inhérent au fédéralisme, peut s'effectuer selon des modalités diverses. Cela dit, l'autonomie de chacun des ordres doit être garantie par une constitution supralégislative, dont l'interprétation et l'application relèvent d'un arbitre neutre, qui est le plus souvent issu du pouvoir judiciaire[9].

---

[3] Voir Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 1 à la p 119; Poirier, « Souveraineté parlementaire », *supra* note 1 à la p 212; Adam, Bergeron et Bonnard, *supra* note 1 à la p 165.

[4] Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 1 aux pp 119–20.

[5] Voir Poirier, « Souveraineté parlementaire », *supra* note 1 à la p 239; Poirier, « The 2018 Pan-Canadian Securities Regulation Reference », *supra* note 1 à la p 88.

[6] *Loi constitutionnelle de 1867 (R-U)*, 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, annexe II, nº 5 [LC de 1867].

[7] *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 aux para 55–60, 161 DLR (4th) 385.

[8] Voir notamment Poirier, « Souveraineté parlementaire », *supra* note 1 à la p 199; Francis Delpérée et Marc Verdussen, « L'égalité, mesure du fédéralisme » dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et Fabien Gélinas, dir, *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 193 aux pp 195–96; Eugénie Brouillet, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (2004) 45 C de D 7 à la p 34 [Brouillet, « Dilution du principe fédératif »]; Bruce Ryder, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism » (1990-1991) 36 McGill LJ 308 à la p 311 [Ryder, « Demise »]; Ronald L Watts, *Comparing Federal Systems*, 3e éd, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2008 aux pp 83–84; KC Wheare, *Federal Government*, 4e éd, London, Oxford University Press, 1963 à la p 10; Palermo et Kössler, *supra* note 1 à la p 125.

[9] Voir Palermo et Kössler, *supra* note 1 à la p 114; Eugénie Brouillet, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada: quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs » (2010) 3 RQDC 1 à la p 4 [Brouillet, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada »]; Francis Delpérée et Marc Verdussen, *supra* note 8 à la p 198; Johanne Poirier, « Who is Afraid of (Con)Federalism? » dans Johanne Poirier et Kris

Dans cette perspective, une interprétation du partage des compétences conforme au principe du fédéralisme doit donner une considération et un poids égaux aux revendications des législatures provinciales et du Parlement fédéral lorsqu'ils cherchent à mettre en œuvre des politiques à l'intérieur de leurs champs de compétence exclusive[10].

Dans le système fédéral canadien, les provinces et le Parlement se voient attribuer des compétences législatives en vertu des articles 91 à 95 de la LC de 1867. Alors que les articles 91, 92 et 93 confèrent des compétences exclusives à l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement, les articles 92A, 94A et 95 sont l'objet d'une attribution expressément concurrente. Cela étant dit, cette répartition des compétences, essentiellement réalisée au 19e siècle, fait l'impasse sur plusieurs domaines qui sont devenus, depuis, l'objet d'interventions publiques. Ainsi, de nombreuses matières n'ont été expressément conférées à aucun des ordres de gouvernement. Parmi celles-ci, figure la protection du consommateur qui a la particularité de constituer un domaine de compétence « partagée »[11]. Les deux ordres de gouvernement sont ainsi amenés à légiférer sur cette matière de façon parallèle en vertu de leurs sphères de compétences respectives. Bien qu'il puisse y avoir un chevauchement résultant de l'*exercice* de ces compétences, celles-ci demeurent officiellement exclusives[12].

Cette notion d'« exclusivité » des compétences législatives se voit attribuer un poids différent selon l'approche adoptée dans l'interprétation du partage des compétences. Les auteurs retracent deux principales « approches », « visions », « théories », « conceptions » ou « paradigmes » du fédéralisme guidant l'analyse jurisprudentielle canadienne en matière de partage des compétences. D'une part, l'on retrouve l'approche « classique » ou « dualiste » du fédéralisme, en vertu de laquelle tout empiètement d'un ordre législatif sur le domaine de compétence exclusive de l'autre doit être évité. Chacun dispose donc d'une

Deschouwer, dir, *(Con)Federalism: Cure or Curse?*, Bruxelles, Re-BEL Initiative: Re-Thinking Belgian Institutions in a European Context, 2015, 27 à la p 36.

[10] Voir Bruce Ryder, « Equal Autonomy in Canadian Federalism: the Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers » (2011) 54 SCLR (2d) 565 à la p 574 [Ryder, « Equal Autonomy »]; Delpérée et Verdussen, *supra* note 8; Palermo et Kössler, *supra* note 1 à la p 48.

[11] Sur la différence entre une compétence *concurrente* et une compétence *partagée*, voir *supra* note 5 de l'Introduction.

[12] Voir Jean-François Gaudreault-DesBiens et Jean Leclair, *Provinces, lutte contre la corruption et fédéralisme*, Montréal, Thémis, 2016 aux pp 18–19 [Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*].

réelle autonomie, protégée de l'interférence de l'autre. D'autre part, la théorie du fédéralisme dit « moderne », « flexible » ou « souple » autorise et favorise les chevauchements des compétences provinciales et fédérales, et encourage un fédéralisme dit « coopératif »[13].

La marge de manœuvre dont disposent les provinces et le Parlement fédéral pour légiférer afin de protéger le consommateur s'avère fortement tributaire de l'approche interprétative adoptée en matière de partage des compétences. Corrélativement, l'analyse de l'évolution de la jurisprudence dans ce domaine permet de mettre en lumière l'évolution de la conception du fédéralisme adoptée par la Cour suprême du Canada.

Il importe dès lors d'approfondir les distinctions entre le paradigme « classique » [1.1.] et le paradigme « moderne » [1.2.] du fédéralisme, et de voir dans quelle mesure ceux-ci se sont succédé, mais ont aussi, à certains égards, coexisté [1.3.].

1.1. Le paradigme classique: une vision cloisonnée du partage des compétences

Bruce Ryder est l'un des premiers auteurs à avoir analysé en profondeur la dichotomie entre les paradigmes qu'il qualifie de « classique » et de « moderne » qui ont caractérisé l'approche interprétative du CJCP et de la Cour suprême du Canada depuis 1867[14].

Selon le paradigme classique[15], la notion d'« exclusivité » des compétences législatives exige qu'il n'y ait aucun chevauchement ou interrelation entre les champs de compétence

[13] Sur la distinction entre les deux approches, voir notamment Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 à la p 399; Eugénie Brouillet et Bruce Ryder, « Key Doctrines in Canadian Legal Federalism » dans Peter C Oliver et al, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 415 à la p 420; Brouillet, « Le fédéralisme et la Cour suprême », *supra* note 9 à la p 9; Ryder, « Demise », *supra* note 8 aux pp 322–27; Ryder, « Equal Autonomy », *supra* note 10 à la p 580; Fabien Gélinas, « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation » (1994) 28 RJT 507 aux pp 510–15; Jean Leclair, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity » (2003) 28 Queen's LJ 411 aux pp 417–18 [Leclair, « Efficiency »]; Noura Karazivan, « Cooperative Federalism in Canada and Quebec's Changing Attitudes » dans Richard Albert, Paul Daly et Vanessa MacDonnell, dir, *The Canadian Constitution in Transition*, Toronto, University of Toronto Press, 2018, 136 aux pp 136–38 [Karazivan, « Cooperative Federalism »].

[14] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 8.

[15] Sur cette description de la conception classique du fédéralisme, voir notamment Ryder, « Demise », *supra* note 8 aux pp 322–24; Brouillet et Ryder, *supra* note 13 aux pp 419–20; J R Mallory, « The Five Faces of Federalism » dans Paul-André Crépeau et C B MacPherson, dir, *The Future of Canadian Federalism/L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto & Montréal, University of Toronto Press & Les

fédéraux et provinciaux[16]. Ce paradigme est généralement associé à la période qui s'étend des débuts de la Confédération canadienne en 1867 jusqu'à la moitié du 20e siècle, et à la jurisprudence du CJCP à Londres, qui était alors le tribunal de dernière instance au Canada[17].

En vertu de cette approche, les champs de compétence doivent être interprétés les uns par rapport aux autres et doivent ainsi être « mutuellement exclusifs »[18]. Cette méthode d'interprétation corrélative, ou principe de « modification mutuelle », vise ainsi à tracer une ligne de démarcation claire entre les divers titres de compétence afin d'éviter tout conflit législatif[19]. Chaque gouvernement doit agir dès lors à l'intérieur de ce que le CJCP a appelé des « compartiments étanches »[20]. Selon cette approche, aucun empiètement sur les champs de compétence de l'autre ordre de gouvernement n'est toléré. Une loi qui produirait un tel effet devrait se voir déclarée « invalide » ou « *ultra vires* ».

En vue d'éviter tout « débordement » qui aurait pour effet qu'une loi s'applique dans des domaines à l'extérieur de la compétence de l'ordre de gouvernement l'ayant adoptée, le CJCP a également développé dans sa jurisprudence la doctrine de l'« immunité

Presses de l'Université de Montréal, 1965, 3 aux pp 5–7; Katherine Swinton, *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Laskin-Dickson Years*, Toronto, Carswell, 1990 aux pp 259–91; Patrick J Monahan, « The Supreme Court and the Economy » dans Ivan Bernier et André Lajoie, dir, *The Supreme Court of Canada as an Instrument of Political Change*, Toronto, University of Toronto Press, 1986, 105 aux pp 144–49; Gélinas, *supra* note 13 aux pp 510–11.

[16] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 8 à la p 323; Gélinas, *supra* note 13 à la p 510.

[17] Voir Brouillet et Ryder, *supra* note 13 à la p 420; Johanne Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 1 à la p 114; Gélinas, *supra* note 13 à la p 510; Robin Elliot, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank and Lafarge Canada Inc: The Supreme Court Muddies the Doctrinal Waters – Again » (2008) 43 SCLR (2d) 433 à la p 482 [Elliot, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank »]. La Cour suprême note également cette tendance du CJCP « à favoriser une approche fondée sur l'exclusivité des pouvoirs ». Voir *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 au para 56 [*Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*].

[18] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 8 à la p 323; Wade Wright, « Facilitating Intergovernmental Dialogue: Judicial Review of the Division of Powers in the Supreme Court of Canada » (2010) 51 SCLR (2d) 625 à la p 643 [Wright, « Facilitating Intergovernmental Dialogue »].

[19] Voir Brouillet, « Dilution du principe fédératif », *supra* note 8 à la p 34; Brouillet et Ryder, *supra* note 13 à la p 418. C'est ainsi que le CJCP a tracé les contours de la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils et de la compétence fédérale en matière de commerce, concluant que le commerce intraprovincial relevait des provinces, alors que le commerce interprovincial et international relevait du Parlement fédéral. Voir *Citizens Insurance Co of Canada v Parsons*, [1881] 7 AC 96, 8 CRAC 406 (CJCP) [*Parsons*].

[20] *Canada (Attorney General) c Ontario (Attorney General) (Affaires des conventions de travail)*, [1937] AC 326 à la p 354, 1 DLR 673 (CJCP). Voir aussi *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 17 au para 56; *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22 au para 34 [*Banque canadienne de l'Ouest*].

interjuridictionnelle » (aujourd'hui généralement désignée en français « doctrine de l'exclusivité des compétences »)[21]. Cette doctrine permet en principe de préserver l'exclusivité de chaque compétence contre tout empiètement législatif par l'autre ordre de gouvernement en rendant une loi ou une disposition « inapplicable » à certaines personnes, situations ou activités[22]. Une déclaration d'inapplicabilité correspond, selon les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet, à une forme d'« interprétation atténuée » d'une mesure législative qui serait autrement *ultra vires*[23]. La doctrine de l'immunité interjuridictionnelle a été initialement mise de l'avant afin d'« immuniser » les compagnies incorporées au niveau fédéral ou relevant de la compétence fédérale contre l'application de lois

[21] Bien que la Cour suprême traduise l'expression « *interjurisdictional immunity* » par « doctrine de l'exclusivité des compétences », cette dernière expression crée à notre sens de la confusion et traduit mal l'essence de cette doctrine. Nous sommes à cet égard en accord avec Eugénie Brouillet qui souligne que le principe d'exclusivité est un concept d'analyse du partage des compétences qui entre en jeu relativement aux trois réparations possibles en matière d'inconstitutionnalité, soit l'invalidité, l'inapplicabilité et l'inopérabilité, et ne peut être réduit à une seule de ces réparations. C'est pourquoi nous préférons utiliser dans notre étude l'expression « immunité interjuridictionnelle ». Voir Brouillet, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada », *supra* note 13 à la p 13. Voir aussi Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 12 à la p 26; Poirier et DesBiens, *supra* note 13 à la p 396. Au début des années 2010, les juges Lebel et Deschamps utilisaient quant à eux l'expression « doctrine de la *protection* des compétences exclusives » (notre emphase). Voir *Québec (Procureur général) c Lacombe*, 2010 CSC 38 aux para 71, 95 [*Lacombe*]; *Québec (Procureur général) c Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39 aux para 77, 81 [*COPA*]; *Québec (Procureur général) c Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2011 CSC 60 au para 11; *Terre-Neuve-et-Labrador c AbitibiBowater Inc*, 2012 CSC 67 au para 18; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 au para 188 [*Renvoi sur la procréation assistée*].

[22] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 8 à la p 323.

[23] Ils expliquent que « [l]orsqu'une loi formulée en termes généraux serait invalide dans la mesure où on chercherait à la rendre applicable à une matière qui ne relève pas de la compétence du parlement qui l'a adoptée, les tribunaux peuvent statuer qu'elle doit être interprétée comme ne s'appliquant pas à cette matière. C'est ce qu'on désigne souvent par l'expression "interprétation atténuée". La restriction de l'applicabilité constitutionnelle d'une loi met en cause sa validité, mais en partie seulement. Lorsque le parlement, en légiférant en termes généraux, avait l'intention de déborder sur un terrain qui lui est constitutionnellement défendu, l'applicabilité restreinte équivaut à déclarer *ultra vires* la portion de sa législation qui déborde ». Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014, no VI-2.56. Dans la Partie II, à la section 2.2.1.1. (« Les premières tentatives d'échapper aux exigences (provinciales) de la LPC et de ses règlements »), nous verrons qu'initialement, lorsqu'elle appliquait la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, la Cour suprême ne référait pas à *l'inapplicabilité* d'une mesure législative, mais plutôt à son *invalidité* ou à son caractère *ultra vires* dans certaines situations ou à l'égard de certaines personnes ou entreprises.

provinciales[24]. À cet égard, cette doctrine est décrite comme « *the clearest expression of dual federalism* »[25].

En principe, si la conception classique du fédéralisme opérait parfaitement, il n'y aurait pas de chevauchements législatifs et donc aucun besoin d'avoir recours à une règle permettant de trancher les conflits[26]. Cela dit, comme le note Bruce Ryder « *the classical paradigm expresses an ideal, not a reality* »[27]. Ainsi, en cas de chevauchement législatif, le CJPC a développé une règle de « prépondérance fédérale ». Celle-ci prévoit qu'en cas d'incompatibilité entre une loi provinciale et une loi fédérale, cette dernière aura préséance sur la première. La loi provinciale deviendra dès lors « inopérante » dans la mesure du conflit: son application sera en quelque sorte « suspendue » aussi longtemps que la loi fédérale — et le conflit — persisteront.

À l'instar de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, la doctrine de la prépondérance fédérale ne prend pas sa source dans le texte même de la LC de 1867[28], mais plutôt dans l'évolution de la jurisprudence du CJCP et de la Cour suprême[29]. En effet, les seules règles de prépondérance fédérale énoncées expressément dans le texte de la LC de 1867 sont

[24] Sur les origines de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, voir Elliot, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank », *supra* note 17 aux pp 436–50; Gélinas, *supra* note 13 aux pp 515–17. Pour les premières apparitions de cette doctrine dans la jurisprudence du CJCP, voir *Toronto Corporation c Bell Telephone Co of Canada*, [1905] AC 52, 13 CRAC 361 (CJCP); *John Deere Plow Co v Wharton*, [1915] AC 330, 18 DLR 353 (CJCP) [*John Deere*]; *Ontario (Attorney General) v Winner*, [1954] AC 541, 4 DLR 657 (CJCP); *R v Great West Saddlery Company*, [1921] 2 AC 91, 58 DLR 1 (CJCP).

[25] Karazivan, « Cooperative Federalism », *supra* note 13 à la p 147.

[26] *Ibid*.

[27] Ryder, « Demise », *supra* note 8 à la p 323.

[28] La Cour suprême reconnait elle-même que, malgré l'importance de la doctrine de la prépondérance fédérale dans l'interprétation du partage des compétences, cette règle n'est énoncée nulle part dans la LC de 1867 et ses origines sont « obscures »: *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 RCS 3 au para 98, 150 DLR (4th) 577. Voir aussi Katherine Swinton, « Federalism and Provincial Goverment Immunity » (1979) 29:1 UTLJ 1 à la p 6; Robin Elliot, « Safeguarding Provincial Autonomy from the Supreme Court's New Federal Paramountcy Doctrine: A Constructive Role for the Intention to Cover the Field Test? » (2007) 38 SCLR (2d) 629 à la p 631 [Elliot, « Safeguarding Provincial Autonomy »]; Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5e éd, Toronto, Carswell, 2007 (feuilles mobiles mises à jour en août 2022) à la p 16-3 [Hogg, *Constitutional Law*].

[29] Voir *Parsons*, *supra* note 19 aux pp 100–01; *Tennant v Union Bank*, [1894] AC 31 à la p 45, 10 CRAC 387 (CJCP); *Canada (Attorney General) v Ontario (Attorney General)*, [1894] AC 189 aux pp 200–01, 11 CRAC 13 (CJCP); *Huson v South Norwich (Township)*, [1895] 24 RCS 145 à la p 149, 1895 CarswellOnt 30; *Re Bozanich*, [1942] RCS 130 à la p 136, 2 DLR 145. Pour les origines de la doctrine de la prépondérance fédérale, voir Jesse Hartery, « Towards A Restrained Approach to Canadian Federal Paramountcy » (2017), en ligne: http://federalidea.ca/fideawp/wp-content/uploads/2017/08/Hartery_ang.pdf (consultée le 10 novembre 2022).

celles prévues à l'article 92A en matière de ressources naturelles et à l'article 95 en matière d'agriculture et d'immigration. L'article 94A donne quant à lui expressément préséance aux lois provinciales en matière de pension de vieillesse et de prestations additionnelles.

Selon l'approche classique, la doctrine de la prépondérance fédérale doit être interprétée de manière large[30]. De cette façon, elle permet de mettre de côté toute loi provinciale qui crée un chevauchement et de revenir ainsi à l'« idéal » recherché par le paradigme classique[31]. Ce faisant, en principe, dès qu'il y a un chevauchement ou une simple duplication entre deux lois, la législation provinciale doit céder le pas.

Cette approche est à la base de la doctrine du « champ occupé », également appelée la doctrine de l'« incidence négative » (« *negative implication test* »). Celle-ci exige que les tribunaux lisent dans la législation fédérale une présomption implicite que le Parlement a voulu créer un « code complet », occupant l'entièreté du champ et ne laissant aucune place pour une intervention législative provinciale au même effet[32]. Cette théorie, par définition, n'a été mobilisée qu'en faveur du Parlement fédéral et donc uniquement pour limiter la portée de lois provinciales.

Ainsi, le CJCP a élaboré des doctrines donnant préséance à la législation fédérale. Pourtant, l'approche classique véhiculée par ce dernier est perçue par plusieurs auteurs comme ayant davantage favorisé l'autonomie des provinces dans leurs domaines de compétence exclusive[33]. À cet égard, la définition donnée par le CJCP à différents champs de compétence fédérale, notamment en matière de commerce (91(2) de la LC de 1867) et de

[30] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 8 aux pp 323–24.

[31] Voir *ibid*.

[32] Voir *Attorney General for Ontario c Attorney General for the Dominion (Renvoi sur la prohibition)*, [1896] AC 348, 11 CRAC 222 (CJCP). Voir aussi *ibid* à la p 324; Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 28 aux pp 16-20–16-26; Elliot, « Safeguarding Provincial Autonomy », *supra* note 28 aux pp 634–35.

[33] Voir Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 11 à la p 114; Elliot, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank », *supra* note 17 à la p 482; Brouillet, « Dilution du principe fédératif », *supra* note 8 à la p 12; Adam, Bergeron et Bonnard, *supra* note 1 à la p 138; Gélinas, *supra* note 13 à la p 511; Pierre Patenaude, « Érosion graduelle de la règle de l'étanchéité: une nouvelle menace à l'autonomie du Québec » (1979) 20:1/2 C de D 229 à la p 230. Peter C Oliver qualifie même cette tendance du CJCP de « *pro-provincial bias* ». Peter C Oliver, « The Busy Harbours of Canadian Federalism: The Division of Powers and Its Doctrines in the McLachlin Court » dans David A Wright et Adam M Dodek, dir, *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade*, Toronto, Irwin Law, 2011, 167 à la p 167 [Oliver, « Busy Harbours »].

« paix, ordre et bon gouvernement » (91 de la LC de 1867) est souvent perçue comme plus limitée que celle donnée à ces mêmes compétences par la Cour suprême du Canada[34].

En favorisant le cloisonnement des compétences, le paradigme classique correspond et contribue à l'architecture dualiste classique de la fédération canadienne et est généralement perçu comme favorisant l'autonomie et l'indépendance des deux ordres de gouvernement[35]. Cela dit, plusieurs ont critiqué à l'époque l'approche prise par le CJCP[36]. Patrick J Monahan souligne à cet effet que la plupart des critiques adressées à la conception classique du fédéralisme remettaient en question deux prémisses sur lesquelles celle-ci reposait:

> *The first assumption was that the various spheres of absolute autonomy did not overlap. The second assumption was that the boundaries between the various zones of entitlement could be delineated through some neutral methodology that did not itself collapse into a balancing of competing interests. Neither assumption was valid; the spheres did overlap and the process of policing boundaries was covertly value laden*[37].

Cette affirmation est encore plus pertinente dans le contexte contemporain. En effet, l'une des principales critiques formulées à l'égard du paradigme classique est que, dans un monde complexe et interdépendant comme celui dans lequel nous vivons aujourd'hui, les problèmes sociaux sont difficiles à insérer dans des compartiments juridictionnels parfaitement étanches[38]. Or les listes de compétences attribuées en 1867 ont, depuis, très peu évolué afin d'y insérer des domaines de politique publique inconnus à l'origine. La

[34] Voir Oliver, *supra* note 33 à la p 167; Karazivan, « Cooperative Federalism », *supra* note 13 à la p 142; Poirier, « Souveraineté parlementaire », *supra* note 1 à la p 216.

[35] Voir Poirier, « Souveraineté parlementaire », *supra* note 1 à la p 206.

[36] Voir notamment Bora Laskin, « Peace, Order and Good Government Re-Examined » (1947) 25:10 Can Bar Rev 1054; Vincent C Macdonald, « Judicial Interpretation of the Canadian Constitution » (1936) 1:2 UTLJ 260; Vincent C Macdonald, « The Privy Council and the Canadian Constitution » (1951) 29:10 Can Bar Rev 1021; Raphael Tuck, « Canada and the Judicial Committee of the Privy Council » (1941) 4:1 UTLJ 33; Mark MacGuigan, « The Privy Council and the Supreme Court: A Jurisprudential Analysis » (1966) 4:3 Alta L Rev 419; F E LaBrie, « Canadian Constitutional Interpretation and Legislative Review » (1950) 8:2 UTLJ 298; Herbert A Smith, « The Residue of Power in Canada» (1926) 4:7 Can Bar Rev 432. Pour une revue exhaustive des critiques formulées à l'égard de la jurisprudence du CJCP, voir Alan C Cairns, « The Judicial Committee and its Critics » (1971) 4 Can J of Pol Sci 301.

[37] Patrick J Monahan, « At Doctrine's Twilight: The Structure of Canadian Federalism » (1984) 34 U of T LJ 47 aux pp 55–56 [Monahan, « The Structure of Canadian Federalism »].

[38] Voir à cet effet *Renvoi sur la procréation assistée*, *supra* note 21 au para 139; *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44 au para 148.

réalité du fédéralisme en général est telle que des problèmes de démarcation se posent inévitablement et la gestion des différentes matières « ne s'accommode pas d'une distribution rigide de celles-ci, mais réclame, au contraire, la possibilité de quelques imbrications »[39]. Ce constat se révèle d'autant plus vrai au Canada. S'ajoute par ailleurs le fait qu'une telle approche est susceptible de créer des « vides législatifs » lorsqu'un sujet ne peut être encadré efficacement que par un seul des deux ordres de gouvernement et que ce dernier omet ou refuse volontairement de légiférer en la matière[40].

Au surplus, bien que le paradigme classique contribue, selon certains, à préserver l'autonomie des provinces, il ne permet pas nécessairement d'atteindre cet objectif. En effet, selon cette vision cloisonnée du partage des compétences, les provinces demeurent tout autant confinées dans leur action législative que l'est le Parlement fédéral[41]. Autrement dit, bien que les provinces aient pu à certains égards bénéficier de l'approche classique adoptée par le CJCP, cette approche est également susceptible de miner leur autonomie lorsque l'exercice de leurs compétences empiète sur celles du Parlement fédéral[42].

À la suite de l'abolition des appels au CJCP en 1949 et face aux nombreuses critiques adressées à l'égard de l'approche prise par ce dernier, la Cour suprême du Canada s'est progressivement éloignée de la vision classique du fédéralisme. Elle a graduellement développé une approche prenant acte du fait que les ordres de gouvernement n'agissaient plus en isolation les uns des autres, mais étaient de plus en plus engagés dans des efforts de coopération ou, à tout le moins, dans une certaine forme d'interaction[43]. Ainsi, de la

---

[39] Delpérée et Verdussen, *supra* note 8 à la p 199. Voir aussi Watts, *supra* note 8 à la p 199; Johanne Poirier, « Layered Social Federalism: From the Myth of Exclusive Competences to the Categorical Imperative of Cooperation » dans Bea Cantillon, Patricia Popelier et Ninke Mussche, dir, *Social Federalism: The Creation of a Layered Welfare State: The Belgian Case*, Cambridge, Intersentia, 2011, 279.

[40] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 8 à la p 313; Brouillet et Ryder, *supra* note 13 aux pp 417, 423. La Cour suprême reconnait elle aussi le risque de « vides juridiques » ou « vides législatifs » susceptibles de résulter de l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle. Voir notamment à ce sujet *Banque canadienne de* l'Ouest, *supra* note 20 au para 44; *Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44 aux para 64, 69; *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44 au para 147.

[41] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 8 à la p 351.

[42] Voir *ibid*; Brouillet, « Dilution du principe fédératif », *supra* note 8 à la p 36.

[43] Voir William R Lederman, « The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada » (1963) 9 McGill LJ 185 à la p 199 [Lederman, « Concurrent Operation »]. Lederman faisait remarquer déjà à cette époque que le pouvoir de négociation des acteurs provinciaux et fédéraux dans le cadre de cette coopération reposait sur les décisions des tribunaux dans le cadre de l'exercice de compétences concurrentes et de leur application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

deuxième moitié du 20e siècle jusqu'à aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour suprême fut marquée par le « courant dominant » (« *dominant tide* »)[44] du paradigme « moderne » favorisant l'existence de larges domaines de compétence partagée[45].

1.2. Le paradigme moderne: une interprétation favorisant les chevauchements et ouvrant la porte à un fédéralisme « coopératif »

Selon le paradigme « moderne »[46], la notion d'« exclusivité » est appliquée avec moins de force[47]. Dans cette conception, l'exclusivité réfère seulement à la capacité d'adopter des lois dont la caractéristique dominante, le « caractère véritable », se rattache à un sujet qui tombe sous l'un des champs de compétence fédérale ou provinciale, et ce, même si ces lois produisent des effets accessoires, incidents ou secondaires sur la compétence de l'autre ordre législatif[48]. Cette capacité d'effleurer ou de toucher les compétences exclusives de l'autre ordre de gouvernement découle de ce qui est appelé la « doctrine du caractère véritable »[49], la « théorie de l'aspect »[50] ou encore « la règle des effets accessoires »[51]. Une telle approche permet et tolère un plus grand nombre de « débordements » législatifs et de chevauchements entre les compétences provinciales et fédérales[52].

Le paradigme moderne favorise la doctrine du « double aspect », selon laquelle un même sujet peut à la fois avoir un aspect tombant sous la compétence des provinces et un autre aspect tombant sous la compétence fédérale. Cette doctrine ouvre ainsi la porte à ce que plusieurs domaines, tels que celui de la protection du consommateur, relèvent d'une compétence partagée entre les deux ordres législatifs[53]. Elle permet ainsi de préserver la

---

[44] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 20 aux para 35–37; *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 17 au para 57.

[45] Voir Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 11 à la p 114.

[46] Sur la description du paradigme moderne, voir notamment Ryder, « Demise », *supra* note 8 aux pp 324–26; Brouillet, « Dilution du principe fédératif », *supra* note 8 aux pp 35–44; Monahan, « The Structure of Canadian Federalism », *supra* note 37 aux pp 64–69; Gélinas, *supra* note 13 aux pp 512–14.

[47] Voir Brouillet, « Dilution du principe fédératif », *supra* note 8 à la p 35.

[48] Voir Brouillet et Ryder, *supra* note 13 à la p 427; Gélinas, *supra* note 13 aux pp 512–15.

[49] *Banque canadienne de* l'Ouest, *supra* note 20 au para 29.

[50] Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 12 à la p 15.

[51] *Lacombe*, *supra* note 21 au para 36; *Siemens c Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3 au para 31.

[52] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 8 aux pp 312–13.

[53] Voir *ibid* à la p 325.

validité de lois provinciales et fédérales portant sur le même sujet et assure ainsi le respect des politiques mises en œuvre par les deux ordres de gouvernement[54].

La doctrine des « pouvoirs accessoires » est également mise de l'avant afin de préserver la validité de dispositions législatives dont les effets empiètent sur les compétences de l'autre ordre de gouvernement[55]. Cette doctrine s'applique lorsque, par son caractère véritable, une disposition (et non pas une loi dans son entièreté) excède la compétence de l'ordre de gouvernement qui l'a adoptée, mais se trouve dans un régime législatif qui, lui, est *intra vires*[56]. Pour préserver la validité d'une telle disposition, il faut d'abord déterminer si elle constitue ou non un empiètement grave sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Si la disposition contestée est considérée comme un empiètement *léger*, sa validité sera préservée s'il existe un rapport *rationnel et fonctionnel* entre la disposition contestée et le régime législatif dont elle fait partie. Par contre, si la disposition constitue un empiètement *grave*, elle devra être *nécessaire* à la réalisation de l'objectif de la loi[57]. Autrement dit, « le degré d'intégration requis croît en fonction de la gravité de l'empiètement »[58].

---

[54] Voir *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 20 au para 30; *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 17 au para 66.

[55] Voir Brouillet et Ryder, *supra* note 13 à la p 423–24; Gélinas, *supra* note 13 à la p 513.

[56] Dans *Lacombe*, *supra* note 21, la juge en chef McLachlin, écrivant les motifs de la majorité, explique ainsi la distinction entre la « doctrine des pouvoirs accessoires » et la « règle des effets accessoires »: « La doctrine des pouvoirs accessoires s'applique lorsque, de par son caractère véritable, une disposition excède la compétence de l'organisme qui l'adopte, comme c'est le cas en l'espèce. La disposition potentiellement invalide sera sauvegardée si elle constitue un élément important d'un régime législatif plus vaste qui relève de la compétence de l'organisme qui l'adopte. Par contre, la règle des effets accessoires s'applique lorsque, de par son caractère véritable, une disposition relève de la compétence de l'organisme qui l'adopte, mais touche un domaine de compétence attribué à l'autre ordre de gouvernement. Selon cette règle, on ne conclura pas à l'invalidité de la disposition simplement parce qu'elle a un effet accessoire sur un domaine de compétence législative qui excède la compétence de l'organisme qui l'adopte. De simples effets accessoires ne justifieront pas le recours à la doctrine des pouvoirs accessoires » (au para 36). Voir aussi *General Motors of Canada Ltd c City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641 aux pp 668–70, 58 DLR (4th) 255. Pour une critique de cette doctrine, voir notamment Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 12 aux pp 16–17, plus particulièrement la note 16 où les auteurs soulignent que « [l]'honnêteté intellectuelle oblige à reconnaitre qu'il est strictement impossible, sur le plan de la pure logique, de déterminer à partir de quel moment la théorie de l'aspect ne suffit plus pour justifier une atteinte au pouvoir de l'autre ordre de gouvernement et où, en conséquence, un juge décide de faire intervenir la notion de pouvoir accessoire ».

[57] Voir *Lacombe*, *supra* note 21 aux para 35–46.

[58] *Ibid* au para 42.

Puisque, dans le paradigme moderne, les chevauchements doivent être acceptés, la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle remplit, quant à elle, un rôle plus restreint que dans le paradigme classique[59]. Seul le « cœur » de la compétence est immunisé de toute intervention de l'autre ordre de gouvernement et seulement dans la mesure où l'exercice de cette compétence est « entravé »[60]. Une interprétation stricte de cette doctrine laisse ainsi davantage place à l'exercice partagé des compétences provinciales et fédérales, et permet, comme nous le verrons dans la Partie II, aux lois provinciales visant à protéger le consommateur de s'appliquer aux entreprises relevant de la compétence fédérale, telles que les banques, les entreprises de télécommunications et les transporteurs aériens[61]. Bien que la Cour suprême ait reconnu que cette doctrine pouvait s'appliquer dans « les deux sens », c'est-à-dire autant pour protéger le cœur d'une compétence provinciale que celui d'une compétence fédérale, elle n'a, jusqu'à maintenant, été invoquée avec succès que pour rendre inapplicable le droit provincial[62].

L'approche moderne du fédéralisme exige enfin que la doctrine de la prépondérance fédérale se voie elle aussi conférer une portée étroite[63]. La simple duplication des lois ou l'intention implicite d'occuper le champ ne doivent pas rendre une loi provinciale inopérante[64]. À cet égard, la doctrine du champ occupé a été rejetée par la Cour suprême dans une série de décisions rendues au cours des années 1960 et 1970[65]. Dorénavant, les tribunaux doivent s'abstenir de présumer, en l'absence d'un texte clair à cet effet, que le Parlement fédéral a l'intention d'« occuper le champ » et d'ainsi rendre inopérante toute loi provinciale portant sur la même matière[66].

---

[59] Voir Karazivan, « Cooperative Federalism », *supra* note 13 aux pp 147–48.

[60] Voir *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 20 au para 48.

[61] Voir Wright, *supra* note 18 à la p 645; Peter W Hogg, « Narrowing Interjurisdictional Immunity » (2008) 42 SCLR (2d) 623 à la p 635 [Hogg, « Narrowing Interjurisdictional Immunity »].

[62] Nous reviendrons sur le traitement asymétrique de cette doctrine lorsque nous aborderons plus spécifiquement l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* dans la Partie II.

[63] Voir Karazivan, « Cooperative Federalism », *supra* note 13 à la p 149.

[64] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 8 à la p 325.

[65] Voir *O'Grady c Sparling*, [1960] RCS 804, 25 DLR (2d) 145; *Mann v The Queen*, [1966] RCS 238, 56 DLR (2d) 1; *Ross c Registrar of Motor Vehicles et al*, [1975] 1 RCS 5, 42 DLR (3d) 68; *Bell c Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard* [1975] 1 RCS 25, 65 DLR (4th) 361; *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 20 au para 74. Voir aussi Elliot, « Safeguarding Provincial Autonomy », *supra* note 28 à la p 635; Oliver, « Busy Harbours », *supra* note 33 à la p 163.

[66] Voir *Saskatchewan (Procureur général) c Lemare Lake Logging Ltd*, 2015 CSC 53 au para 27.

Par ailleurs, le test désormais applicable pour qu'une loi provinciale soit considérée comme inopérante au regard de la doctrine de la prépondérance fédérale se scinde en deux branches: il doit exister soit un *conflit d'application*, c'est-à-dire qu'il est impossible de respecter simultanément la loi fédérale et la loi provinciale, soit une *incompatibilité d'objet*, ce qui implique que la loi provinciale entrave la réalisation de l'objectif de la loi fédérale[67]. De plus, l'approche moderne du fédéralisme exige que la notion de conflit soit interprétée de façon restrictive[68].

Pour certains, le passage du paradigme classique au paradigme moderne est vu comme ayant fait pencher la balance davantage en faveur du Parlement fédéral[69]. En effet, des auteurs ont constaté que la seconde moitié du 20e siècle a été marquée par une tendance centralisatrice de la Cour suprême du Canada qui a élargi le champ d'action du législateur fédéral en interprétant la portée de ses compétences de façon extensive[70]. Ainsi, pendant cette période, l'approche souple de fédéralisme aurait permis au législateur fédéral d'accroître sa sphère d'intervention en « tolérant » les empiètements des mesures adoptées par ce dernier sur les compétences des provinces. Le professeur Jean Leclair souligne à cet égard que, pendant cette période, la Cour a privilégié une vision du partage des compétences favorisant l'efficacité au détriment de la diversité[71].

Les professeurs Jean-François Gaudreault DesBiens et Johanne Poirier expliquent quant à eux cette transition vers une conception moderne du fédéralisme par l'évolution du rôle de l'État résultant de la montée de l'économie keynésienne après la Grande Dépression de

---

[67] Voir *ibid* au para 17; *Marine Services International Ltd c Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44 aux para 65–69; *Orphan Well Association c Grant Thornton Ltd*, 2019 CSC 5 au para 65 [*Orphan Well*]; *Multiple Access Ltd* c *McCutcheon*, [1982] 2 RCS 161 à la p 191, 138 DLR (3d) 1; *Alberta (Procureur général)* c *Moloney*, 2015 CSC 51 aux para 18–19 [*Moloney*].

[68] Voir *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 20 au para 74; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Town)*, 2001 CSC 40 au para 35 [*Spraytech*]; *COPA*, *supra* note 21 au para 66; *Moloney*, *supra* note 67 au para 26; *Lemare Lake*, *supra* note 66 au para 20; *Orphan Well*, *supra* note 67 au para 66;

[69] Voir Brouillet, « Dilution du principe fédératif », *supra* note 8 à la p 187; Eugénie Brouillet, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should we Open Pandora's Box? » (2011) 54 SCLR (2d) à la p 602; Adam, Bergeron et Bonnard, *supra* note 1 à la p 139; Brouillet et Ryder, *supra* note 13 à la p 431.

[70] Voir Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 11 à la p 114; Adam, Bergeron et Bonnard, *supra* note 1 à la p 139; Dale Gibson, « Case Comment: A Representative Ruling: Attorney General of Quebec v. Irwin Toy Limited » (1990) 69:2 Can Bar Rev 339 à la p 354; Howard L Kushner, « *Dominion Stores* and *Labatt Breweries*: Signals of a Return to the Theory of Provincial Rights » (1981) 19:1 Osgoode Hall LJ 118 à la p 118.

[71] Voir Leclair, « Efficiency », *supra* note 13.

1929[72]. Ils soulignent ainsi que « *that role's expansion inevitably propelled intergovernmental « encounters » and frictions in areas from which governments were previously absent, or where they previously intervened in a less ambitious and more autonomous fashion* » et ajoutent que « *[i]n such areas, a form of cohabitation emerged, which sometimes led to duplication of legal regimes, and occasionally to outright rivalry* »[73]. Nous verrons dans la prochaine section que la protection du consommateur fait partie de ces domaines où les deux ordres de gouvernement ont commencé à intervenir de façon de plus en plus marquée à partir de la deuxième moitié du 20e siècle jusqu'à aujourd'hui.

Enfin, depuis le début du 21e siècle, l'approche moderne a ouvert la porte au développement d'un fédéralisme dit « coopératif », qui vise à faciliter la coopération entre les deux ordres de gouvernement[74]. Pour reprendre les propos imagés de la juge Abella, « *[t]oday's constitutional landscape is painted with the brush of co-operative federalism* »[75].

Le fédéralisme coopératif revêt aujourd'hui, à tout le moins, deux significations. D'une part, il est vu comme un principe interprétatif ayant un impact sur la façon dont les doctrines constitutionnelles d'interprétation — qui se sont essentiellement développées dans le contexte du paradigme classique — sont appliquées[76]. Il permet d'assouplir l'application des doctrines de l'immunité interjuridictionnelle et de la prépondérance fédérale tout en favorisant les doctrines du caractère véritable et du double aspect[77]. Il a dans ce sens la même signification que le fédéralisme dit « souple », « flexible » ou

[72] Voir Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 à la p 400.

[73] *Ibid* à la p 392. Voir aussi Gélinas, *supra* note 13 aux pp 511–12.

[74] Voir Poirier, « Souveraineté parlementaire », *supra* note 1 aux pp 222–23; Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 11 à la p 115. Voir aussi les propos du juge en chef Wagner, écrivant pour la majorité dans *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11 au para 50 [*Renvoi sur la taxe carbone*], selon lequel la Cour, contrairement au CJCP, favorise « une vision souple du fédéralisme — que décrit très bien l'expression fédéralisme coopératif moderne — qui permet et encourage les efforts de coopération intergouvernementale ».

[75] *NIL/TU,O Child and Family Services Society c BC Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45 au para 42 [*NIL/TU,O*].

[76] Voir Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 à la p 401. Voir aussi *Québec (Procureur général) c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14 au para 17 [*Renvoi sur le registre des armes d'épaule*].

[77] Voir Karazivan, « Cooperative Federalism », *supra* note 13 à la p 137.

« moderne ». C'est ce que Noura Karazivan qualifie aussi de « *judicial* cooperative federalism »[78]. D'autre part, il décrit ce que cette dernière appelle le « *executive* cooperative federalism » qui renvoie à la collaboration dans les faits entre les exécutifs du gouvernement fédéral et des provinces à travers différents mécanismes, dont les ententes intergouvernementales[79].

Ces deux acceptions du même terme se recoupent dans la mesure où le fédéralisme coopératif en tant que principe interprétatif favoriserait, selon la Cour suprême, la collaboration entre les deux ordres de gouvernement[80]. Le professeur Wade Wright explique ainsi comment la multiplication des chevauchements législatifs est perçue comme un moyen de favoriser cette coopération:

> *The argument is this: overlap in legislative power inevitably gives rise to situations in which both orders of government wish to provide the same or similar goods and services to the same constituents; this, in turn, gives rise to situations of redundancy, where the involvement of both orders of government may be of no (or even negative) benefit to those constituents; governments, seeking to avoid these situations of redundancy, will be inclined to work together, perhaps due to political forces, or simply a desire*

[78] *Ibid*.

[79] *Ibid* aux pp 150–51. Quant à lui, l'auteur (et dorénavant juge à la Cour supérieure du Québec) Alexander Pless note que le concept de « fédéralisme coopératif » (« *cooperative federalism* ») a été appliqué dans cinq différents contextes par la Cour suprême: (1) pour décrire la coopération entre les provinces, (2) pour décrire la coopération entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, (3) comme synonyme de fédéralisme « moderne » ou « flexible », (4) comme un principe suggérant que la Constitution encourage, voire requiert, une coopération entre les gouvernements ou, à tout le moins, invite les tribunaux à faire preuve de déférence lorsque ces derniers coopèrent et (5) comme un « principe interprétatif » visant à favoriser une interprétation harmonieuse et compatible des lois provinciales et fédérales afin d'éviter l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale. Voir à ce sujet Alexander Pless, « Uncooperative Thoughts About Cooperative Federalism » (2020) 99 SCLR (2nd) 135. Sur la nature polymorphe du concept de « fédéralisme coopératif », ses fondements et ses potentielles implications, voir notamment Kate Glover, « Structural Cooperative Federalism » (2016) 76 SCLR (2d) 45; Scott A Carrière, « The Emergence of a Normative Principle of Co-operative Federalism and its Application » (2021) 58:4 Alta LR 897; Jean-François Gaudreault-DesBiens, « Cooperative Federalism in Search of a Normative Justification: Considering the Principle of Federal Loyalty » (2014) 23:4 Const Forum Const 1; Noura Karazivan, « Le fédéralisme coopératif entre territorialité et fonctionnalité: Le cas des valeurs mobilières » (2016) 46 RGD 419 [Karazivan, « Le cas des valeurs mobilières »]; Johanne Poirier, « Souveraineté parlementaire et armes à feu: le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire » (2015) 45 RDUS 198; Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1.

[80] Voir notamment *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48 au para 18; *Renvoi sur la taxe carbone*, *supra* note 74 au para 50; *Renvoi sur la procréation assistée*, *supra* note 21 au para 152.

> *to provide public goods and services more efficiently, in an attempt to ensure that this does not occur*[81].

Du même coup, lorsque les deux ordres de gouvernement souhaitent collaborer, le principe du fédéralisme coopératif sert d'outil interprétatif permettant à la Cour d'autoriser une telle collaboration. Comme le décrivent les professeurs Gaudreault-DesBiens et Poirier, dans un contexte où les acteurs provinciaux et fédéraux s'unissent afin de mettre en place un régime particulier, le fédéralisme coopératif peut être utilisé « *as a prism through which the impugned regime [is] seen in the best possible light* »[82].

Le statut du fédéralisme coopératif reste cependant relativement ambigu dans le discours de la Cour suprême.

À cet égard, certains notent que ce principe a une portée normative limitée lorsqu'il est invoqué pour restreindre la liberté des acteurs gouvernementaux d'agir unilatéralement de manière non coopérative[83]. À l'inverse, le principe du fédéralisme coopératif peut se voir attribuer un poids considérable lorsqu'il est avancé pour « sauvegarder » des régimes coopératifs élaborés par les divers ordres de gouvernement et que le litige est initié par des tierces parties affectées par ces régimes[84].

De surcroît, bien que le fédéralisme coopératif soit parfois considéré comme un « principe »[85] permettant d'injecter une certaine dose de flexibilité dans l'interprétation et l'application des doctrines constitutionnelles, la Cour suprême a souligné qu'il ne pouvait servir à modifier le partage des compétences ni à imposer des limites à l'exercice valide

---

[81] Wright, « Facilitating Intergovernmental Dialogue », *supra* note 18 à la p 648.

[82] Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 à la p 403, référant à la décision *NIL/TU,O Child*, *supra* note 75.

[83] Voir Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 à la p 402; Karazivan, « Cooperative Federalism », *supra* note 13 à la p 154. Voir aussi Johanne Poirier, « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien: les ententes intergouvernementales » (2009) 1 RQDC 1; Karazivan, « Le cas des valeurs mobilières », *supra* note 79.

[84] Voir Poirier, « The 2018 Pan-Canadian Securities Regulation Reference », *supra* note 1 aux pp 89–90.

[85] La Cour suprême qualifie parfois le fédéralisme coopératif de « principe » sans toutefois en spécifier le statut. Voir *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17 aux para 22–25 (motifs majoritaires quant au résultat de la juge Karakatsanis); *Rogers Communications Inc c Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23 au para 39; *Lemare Lake*, *supra* note 66 au para 21–23. Dans un article consacré à cette question, Warren J Newman conclut que le fédéralisme coopératif est une « modalité » du principe du fédéralisme plutôt qu'un principe constitutionnel autonome. Voir Warren J Newman, « The Promise and Limits of Cooperative Federalism as a Constitutional Principle » (2016) 76 SCLR (2d) 67.

d'une compétence législative[86]. De fait, la conception moderne du fédéralisme favorise certes la coopération entre les ordres de gouvernement, mais ne va pas jusqu'à opérer une transformation formelle du partage des compétences ou de la structure dualiste de la fédération canadienne[87]. En outre, elle ne remet pas en cause la possibilité pour les législateurs d'adopter des lois ayant des incidences négatives pour les autres membres de la fédération, dans la mesure où ils agissent dans leur sphère de compétences, y compris lorsque cette sphère en chevauche une autre.

En somme, du point de vue chronologique, l'évolution de la jurisprudence canadienne relative à l'interprétation du partage des compétences pourrait se diviser en trois grandes périodes, ou en ce que Johanne Poirier appelle une « valse en trois temps »[88]. Dans un premier temps, de 1867 jusqu'en 1949, le CJCP aurait adopté une approche classique du fédéralisme qui aurait davantage joué en faveur de l'autonomie des provinces. Dans un deuxième temps, de l'abolition des appels au CJCP jusqu'à la fin du 20e siècle, la Cour suprême aurait, pour sa part, privilégié une conception plus souple et flexible du fédéralisme, dite « moderne », qui aurait cette fois favorisé davantage l'autorité fédérale en permettant l'élargissement de son champ d'intervention. Dans un troisième et dernier temps, du début des années 2000 jusqu'à aujourd'hui, la Cour se serait appuyée sur cette conception « moderne » du partage des compétences pour encourager la coopération entre les deux ordres de gouvernement, ce qu'elle qualifie de « fédéralisme coopératif ».

Cela dit, cette façon de découper et de « compartimentaliser » en trois périodes distinctes les approches du fédéralisme privilégiées par les tribunaux ne correspond pas en tout point

[86] Voir Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 à la p 405; *Renvoi sur le registre des armes d'épaule*, *supra* note 76 aux para 17–19; *Renvoi sur la taxe carbone*, *supra* note 74 au para 50.

[87] Voir Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 à la p 405.

[88] Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 11 à la p 114. Sur cette approche chronologique, voir aussi Wade K Wright, « Canadian Federalism's Underlying Question: What It Is and Why It Matters » (2020) 53:2 UBC L Rev 531 à la p 544; Karazivan, « Le cas des valeurs mobilières », *supra* note 79 aux pp 436–37; *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 17 aux para 56–59; *Renvoi sur le registre des armes d'épaule*, *supra* note 76 aux 146–47.

à la réalité dans la mesure où le passage d'une approche à l'autre correspond davantage à un mouvement non linéaire[89].

1.3. D'un paradigme à l'autre: une évolution non linéaire

Bien que certaines tendances puissent avoir été observées avec le temps, l'évolution de l'approche interprétative adoptée par le CJCP et la Cour suprême du Canada ne peut s'étudier uniquement à travers un prisme chronologique.

D'abord, les deux approches ont, même dans la jurisprudence du CJCP, coexisté. Dès 1914, le CJPC, sous la plume du Vicomte Haldane, soulignait que la ligne de démarcation entre les champs de compétence n'était pas parfaite et que le langage utilisé aux articles 91 et 92 de la LC de 1867 ne pouvait être interprété « *as having been intended to embody the exact disjunctions of a perfect logical scheme* »[90]. Le CJCP avait par ailleurs déjà reconnu en 1883 que certains sujets pouvaient à la fois comporter un aspect fédéral et un aspect provincial et ainsi faire l'objet de chevauchements législatifs[91]. Il avait également pris acte de la nécessité, dans certains cas, que les deux ordres de gouvernement mènent une action concertée et collaborent pour résoudre des problèmes possédant une dimension intergouvernementale[92].

À l'inverse, les professeurs Gaudreault-DesBiens et Poirier font remarquer qu'encore aujourd'hui la Cour suprême retourne à certaines occasions à la conception classique du fédéralisme afin de maximiser le pouvoir unilatéral de chacun des deux ordres de

[89] Voir notamment Asher Honickman, « Watertight Compartments: Getting Back to the Constitutional Division of Powers » (2017) 55 Alta L Rev 225 aux pp 246–47; Poirier, « Souveraineté parlementaire », *supra* note 1 à la p 239; Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 à la p 411; Ryder, « Demise », *supra* note 8 à la p 309; Elliot, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank », *supra* note 17 à la p 483; Karazivan, « Cooperative Federalism », *supra* note 13 à la p 143; Karazivan, « Le cas des valeurs mobilières », *supra* note 79 aux pp 437–39; Poirier, « Le partage des compétences », *supra* note 11 à la p 114.

[90] *John Deere*, *supra* note 22 à la p 338. Voir aussi Karazivan, « Cooperative Federalism », *supra* note 13 à la p 144; Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 aux pp 406–07.

[91] Voir *Hodge v R*, [1883] 9 AC 117, [1883] UKPC 59 (CJCP) [*Hodge*]. Voir aussi *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 17 au para 56; Gélinas, *supra* note 13 à la p 514; Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 aux pp 406–07.

[92] Voir Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 aux pp 406–07, citant *City of Montreal v Montreal Street Railway*, [1912] AC 333 à la p 345, 1 DLR 681 (CJCP) et *Re Board of Commerce* [1922] 1 AC 191 à la 201, 60 DLR 513 (CJCP).

gouvernement dans le contexte où l'un de ceux-ci ne veut pas ou plus coopérer[93]. La professeure Eugénie Brouillet soulignait quant à elle, en 2004, que la Cour semble revenir au paradigme classique lorsque ce dernier favorise l'exercice des compétences fédérales ou, à l'inverse, lorsque l'application d'une vision moderne aurait pu bénéficier aux provinces[94].

Enfin, Bruce Ryder souligne qu'il convient plutôt d'analyser ces approches en fonction des attitudes des tribunaux par rapport à la réglementation de certaines activités[95]. Il remarque que c'est dans des domaines relatifs à la protection du consommateur que l'on a pu observer les tensions entre les deux paradigmes et les deux conceptions de l'exclusivité qu'ils sous-tendent. Selon lui, le CJCP et la Cour suprême se montraient plus enclins à favoriser une approche moderne favorisant l'action des deux ordres de gouvernement lorsque la législation était caractérisée comme nécessaire pour préserver la moralité et l'ordre social, comme c'est le cas des mesures visant à protéger la santé et la sécurité des consommateurs. À l'inverse, il remarque que lorsque la loi était vue comme interférant avec les relations de marché, se rapportant davantage aux mesures de protection des intérêts économiques du consommateur, l'approche restrictive du paradigme classique était plus susceptible d'être

[93] Voir Gaudreault-DesBiens et Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism », *supra* note 1 à la p 411, citant notamment à titre d'exemple le *Renvoi sur le registre des armes d'épaule*, *supra* note 76. Voir aussi Poirier, « Souveraineté parlementaire », *supra* note 1 à la p 202; Karazivan, « Cooperative Federalism », *supra* note 13 aux pp 154–55.

[94] Voir Brouillet, « Dilution du principe fédératif », *supra* note 8 à la p 36. Elle s'appuie notamment sur les décisions suivantes: *R c Hydro-Québec* [1997] 3 RCS 213, 151 DLR (4th) 32; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can)*, 2000 CSC 31; *Ward c Canada (PG)*, [2002] 1 RCS 569, 25 DLR (3d) 121; *Bell Canada c Québec (CSST)*, [1988] 1 RCS 749, 51 DLR (4th) 161; *Avis sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 RCS 373, 68 DLR (3d) 452; *Husky Oil Operation Ltd c MRN*, [1995] 3 RCS 453, 128 DLR (4th) 1. Notons toutefois que depuis la publication de ce texte, certaines décisions semblent aller à l'encontre de cette théorie. Voir par exemple le *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 17, dans lequel la Cour suprême a déclaré invalide l'initiative fédérale visant à créer un organisme pancanadien de réglementation des valeurs mobilières, en rappelant que « même si la Cour préconise un fédéralisme coopératif et souple, les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences doivent être respectées » (au para 62). Voir aussi l'arrêt *Transport Desgagnés inc c Wärtsilä Canada Inc*, 2019 CSC 58, dans lequel la majorité de la Cour invoque la « conception moderne du fédéralisme » (au para 81) pour justifier la validité, l'applicabilité et l'opérabilité de dispositions du *Code civil du Québec* dans le cadre de la vente de pièces de moteur de navire. Voir également à ce sujet Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption, supra* note 12 à la p 34, qui notent que depuis l'an 2000, la Cour suprême semble au contraire avoir adopté une interprétation du partage des compétences ayant davantage favorisé les provinces.

[95] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 8 à la p 309. Voir aussi Robin Elliot qui écrivait, en 2008, qu'en matière économique le « courant dominant » de la jurisprudence de la Cour suprême n'était pas le paradigme moderne, mais plutôt le fédéralisme classique favorisant une interprétation large de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle. Voir Elliot, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank », *supra* note 17 aux pp 482–83.

adoptée[96]. Comme nous le verrons dans notre étude, la distinction tracée par Bruce Ryder n'a pu s'observer qu'à la fin des années 70 et seulement à l'égard de mesures adoptées par le Parlement fédéral.

En somme, le paradigme classique et le paradigme moderne ont pu coexister sans que l'un supplante définitivement l'autre. L'approche retenue en matière d'interprétation du partage des compétences ne peut ainsi être uniquement associée à une période spécifique ou à un tribunal en particulier. Elle dépend également du contexte dans lequel la décision étudiée a été rendue, de l'ordre de gouvernement ayant adopté les mesures législatives en cause ainsi que de la nature de ces dernières.

C'est en tenant compte de ces différents facteurs que nous chercherons à identifier les tendances qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour suprême et, dans une certaine mesure de celle du CJCP, relativement à leur conception du fédéralisme en matière de partage des compétences. Puisque nous réaliserons une telle étude en ciblant uniquement la jurisprudence portant sur la constitutionnalité de mesures visant la protection du consommateur, il convient maintenant de s'attarder plus spécifiquement à l'historique et à la justification de l'intervention de l'État dans ce domaine ainsi qu'aux moyens pris par ce dernier pour protéger les différents intérêts des consommateurs.

2. Le rôle de l'État dans le domaine du droit de la consommation

Bien que l'on situe généralement les origines du droit de la consommation au début des années 1960, la volonté de protéger les citoyens contre les pratiques commerciales inéquitables et abusives, et contre les produits défectueux ou dangereux remonte plus loin[97]. Au Canada, déjà au 19e siècle, certaines lois fédérales intervenaient dans le rapport entre commerçant et consommateur, notamment les lois relatives aux poids et mesures[98]. On peut également penser aux mesures législatives encadrant les coalitions, qui ont

[96] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 8 à la p 333.

[97] Voir Edward P Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984 » dans Yvan Bernier et Andrée Lajoie, dir, *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 1 à la p 4 [Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation »]; Jacob Ziegel, « The Future of Canadian Consumerism » (1973) 51 Can Bar Rev 191 à la p 91 [Ziegel, « Canadian Consumerism »].

[98] Voir *Acte des poids et mesures métriques de 1871*, LC 1871, c 24.

initialement été intégrées dans le Code criminel en 1889[99]. Au-delà de ces lois plus spécifiques, le droit commun provincial, qu'il s'agisse du droit civil ou de la *common law*, conférait depuis longtemps aux consommateurs des droits et recours à l'encontre des commerçants qui offraient sur le marché des produits pouvant s'avérer dangereux ou d'une qualité moindre que celle qui était annoncée[100].

Une intervention accrue de l'État au sein des rapports de consommation s'observe toutefois au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Cette période correspond à l'émergence de la société de consommation, caractérisée par un système de production en série et de distribution massive d'une multitude de biens[101]. Les commerçants ne sont plus dans une relation personnelle avec les acheteurs, comme ils l'étaient traditionnellement. Le consommateur est seul face à un marché dont l'organisation est de plus en plus raffinée. Il devient par le fait même relativement impuissant et incapable d'agir pour modifier ou influencer le comportement des commerçants[102]. L'évolution et la libéralisation des marchés nécessitent dès lors une protection accrue du consommateur et appellent à l'élaboration de nouveaux régimes destinés à offrir une telle protection. L'État intervient ainsi de façon croissante dans les relations sociales, l'objectif consistant à contrôler et à éventuellement changer les principes classiques de la liberté contractuelle et de la libre concurrence, qui plaçaient le consommateur en situation de vulnérabilité par rapport au commerçant[103].

---

[99] Voir *Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, LC 1889, c 41. À ce sujet, voir Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation », *supra* note 97 à la p 4; M T MacCrimmon, « Controlling Anticompetitive Behavior in Canada: A Contrast to the United States » (1983) 21:4 Osgoode Hall LJ 569 à la p 573.

[100] Voir Peter Cartwright, *Consumer Protection and the Criminal Law: Law, Theory, and Policy in the UK*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 à la p 1 [Cartwrigh, *Consumer Protection*].

[101] Voir Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit de la consommation*, 6e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2011, nº 1 [L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*].

[102] Voir Nicole L'Heureux, « L'identification du consommateur, son besoin de protection » (1979) 39: 1 R du B 41 à la p 44 [L'Heureux, « L'identification du consommateur »]; Patricia Fonseca, *Droit de la protection du consommateur au Québec et au Brésil*, Éditions IEIM, Montréal, 2016 à la p 47 [Fonseca, *Droit de la protection du consommateur*].

[103] Voir Norbert Reich, « Diverse Approaches to Consumer Protection Philosophy » (1992) 14 J of Consumer Policy 257 à la p 259 [Reich, « Diverse Approaches »]; L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 101, nº 1–5.

Plusieurs considèrent le discours du Président Kennedy en 1962 comme un point tournant du consumérisme nord-américain[104]. Le Président y formule quatre droits fondamentaux pour le consommateur: un droit à la sécurité, un droit d'être informé, un droit de choisir, et, enfin, un droit d'être entendu[105]. Ce discours s'inscrit dans la montée des regroupements de consommateurs qui font de plus en plus pression sur l'État afin qu'il adopte des mesures permettant le respect et la protection de leurs intérêts[106]. Ce mouvement s'étend au Canada et amène les deux ordres de gouvernement à intervenir afin de réformer le droit existant et de le compléter par de nouvelles mesures législatives s'appliquant à différents secteurs de l'économie[107].

L'intervention des autorités publiques a néanmoins été conditionnée et modulée par l'architecture fédérale canadienne. En effet, dans « un État fédéral, le droit "étatique" se décline nécessairement au pluriel »[108]. Le droit canadien de la consommation est dès lors le fruit des efforts combinés des assemblées législatives provinciales et du Parlement qui agissent en vertu des compétences qui leur sont constitutionnellement attribuées et, par le fait même, à travers des moyens d'intervention qui leur sont propres.

Harold Buchwald souligne à cet effet que « *[t]he very nature of the Canadian federal system is no more vividly illustrated than in the concurrent – yet separate – approaches to consumer protection enacted by the Canadian Parliament and by each of the ten provincial legislatures* »[109]. Ainsi, bien que la protection du consommateur soit un sujet relevant d'une compétence partagée entre les deux ordres de gouvernement, ces derniers peuvent adopter des approches distinctes qui découleront de l'exercice de leurs compétences exclusives respectives.

---

[104] Voir notamment Christopher S Axworthy, « Recent Developments in Consumer Law in Canada » (1980) 29 ICLQ 346 à la p 346; Ziegel, « Canadian Consumerism », *supra* note 97 à la p 194.

[105] Voir John F Kennedy, *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*, 15 mars 1962, en ligne: https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest (consultée le 10 novembre 2022).

[106] Voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 101, nº 3.

[107] Voir Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation », *supra* note 97 à la p 7.

[108] Johanne Poirier, « Quand le non-droit fait la loi: les ententes entre partenaires fédéraux et l'hypothèse du pluralisme juridique », *Site collaboratif de recherches sur l'avenir du droit public*, 2015, en ligne: https://ssrn.com/abstract=2695865 (consultée le 10 novembre 2022).

[109] Harold Buchwald, « Consumer Protection in the Community: The Canadian Experience – An Overview » (1977) 2:2 Can Bus LJ 182 à la p 185.

Afin de mieux comprendre le contexte dans lequel le Parlement et les provinces ont agi en vue d'accroître la protection conférée au consommateur face au marché, nous traiterons d'abord des justifications théoriques et historiques expliquant de façon générale l'intervention de l'État dans ce domaine [2.1.]. L'étude des théories qui expliquent cette intervention sera utile pour avoir une meilleure compréhension des objectifs poursuivis par l'État lorsqu'il légifère pour protéger le consommateur, ce qui s'avéra pertinent dans l'analyse de la constitutionnalité des mesures adoptées par ce dernier. Cela nous permettra de surcroît d'expliquer et de catégoriser les moyens d'intervention de l'État en fonction des intérêts qu'il cherche à protéger [2.2.]. Cette catégorisation déterminera par la suite la structure à notre analyse.

Notons que, bien que nous nous penchions dans la présente étude sur l'intervention législative de l'État, nous ne prétendons pas qu'une telle intervention s'avère dans tous les cas le meilleur moyen de répondre à un problème de consommation donné. Comme le mentionnent les auteurs Hadfield, Howse et Trebilcock, « *identification of a [consumer] problem does not create a presumption that government should regulate* »[110]. Ce qui nous intéresse plutôt ici est de déterminer — lorsque l'un des deux ordres de gouvernement choisit de légiférer pour répondre à un tel problème — quels sont les objectifs qui sous-tendent son intervention et quels sont les moyens qu'il peut prendre pour les atteindre. La réponse à ces questions est pertinente pour évaluer quelle(s) compétence(s) justifie(nt) cette action législative et comment celle-ci interagit avec celle de l'autre ordre de gouvernement.

2.1. Les théories sous-tendant l'intervention de l'État en droit de la consommation

Différentes raisons ou « *rationales* » peuvent justifier, au point de vue théorique, l'intervention de l'État dans le domaine du droit de la consommation. La littérature à ce

[110] Gillian K Hadfield, Robert Howse et Michael J Trebilcock, « Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy » (1998) 21 J of Consumer Policy 131 à la p 155 [Hadfield, Howse et Trebilcock, « Information-Based Principles »]. Voir aussi Michael J Trebilcock, « Rethinking Consumer Protection Policy » dans Charles Rickett and Thomas Telfer, dir, *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, Cambridge, CUP, 2003, 68 à la p 72 [Trebilcock, « Rethinking Consumer Policy »]; Reich, « Diverse Approaches », *supra* note 103.

sujet est riche[111]. Pour les fins du présent exercice, nous nous limiterons à résumer deux des principales approches économiques identifiées par Iain Ramsay comme justifiant l'adoption de mesures législatives encadrant le rapport entre le consommateur et le commerçant, soit l'approche néo-classique [2.1.1.] et l'approche économique comportementale [2.2.2.]. Nous verrons par la suite comment ces approches justifient l'adoption de différentes mesures par le législateur.

2.1.1. L'approche néo-classique

Une première justification à l'intervention de l'État au sein du rapport de consommation est celle issue du discours économique néo-classique selon lequel l'État doit intervenir afin de corriger les défaillances du marché (ou « *market failures* ») et de s'assurer que ce dernier demeure économiquement « efficient »[112].

Selon cette approche, dans un marché « parfait », le consommateur est un être parfaitement rationnel dont les préférences sont révélées par les choix qu'il effectue. En contrepartie, les commerçants répondent à ces choix en offrants au consommateur les biens et services dont

[111] Voir notamment sur cette question Thierry Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation: au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, E Story-Scientia, 1988; Thierry Bourgoignie et Guy Delvax, « La fonction de consommation et le droit de la consommation: l'enjeu réel » (1981) 7 RIEJ 1; Cartwrigh, *Consumer Protection*, *supra* note 100; Hadfield, Howse et Trebilcock, « Information-Based Principles », *supra* note 110; Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, « Consumer Law in its International Dimension », dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 1 [Howells, Ramsay et Wilhelmsson, « International Dimension »]; Claude Masse, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse: en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 39 [Masse, « Fondement historique »]; Benoit Moore, « Autonomie ou dépendance: réflexion sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation en droit commun » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 1 [Moore, « Autonomie ou dépendance »]; Reich, « Diverse Approaches », *supra* note 103; Michael J Trebilcock, « Consumer Protection in the Affluent Society » (1970) 16:2 McGill LJ 263; Ziegel, « Canadian Consumerism », *supra* note 97.

[112] Voir Iain Ramsay, *Consumer Law and Policy: Text and Material on Regulating Consumer Market*, Oxford, Hart Publishing, 2012 aux pp 42–45 [Ramsay, *Consumer Law*]; Iain Ramsay, « Framework for Regulation of the Consumer Marketplace » (1985) 8:4 J of Consumer Policy 353 pp 354–55 [Ramsay, « Framework for Regulation »]; Cartwrigh, *Consumer Protection supra* note 100 à la p 5; Reich, « Diverse Approaches », *supra* note 103 à la p 261. Selon les principes qui sous-tendent l'approche néo-classique, l'intervention de l'État est le fruit d'une analyse coût-bénéfice, qui prend en compte non seulement les bénéfices pour les consommateurs et les commerçants, mais également les coûts associés à la formulation des règles, à leur mise en application et aux effets inattendus pouvant résulter de l'intervention. Lorsque les bénéfices tant pour les consommateurs que les commerçants dépassent les coûts, l'intervention législative est dès lors perçue comme étant « efficiente ».

il a besoin[113]. La compétition qui s'opère entre les commerçants exige que ceux-ci respectent certains standards et qu'ils offrent un prix qui se compare à ceux de leurs concurrents, à défaut de quoi ils ne pourront continuer d'opérer sur le marché et devront en sortir[114]. Cette approche privilégie ainsi l'autonomie du consommateur en considérant que ce dernier est mieux à même de déterminer quel niveau de qualité et de sécurité optimise ses préférences[115]. Lorsque les conditions du marché parfait sont réunies, l'intervention du législateur ne s'avèrera ni utile ni nécessaire pour protéger le consommateur[116].

Ce sont dès lors les défaillances du marché qui justifient l'intervention de l'État[117]. Une telle défaillance se produit en principe lorsque l'une des conditions pour l'opération optimale du marché fait défaut. Dans son importante étude sur les fondements de cette approche, *Rationales for Intervention in the Consumer Marketplace*, Iain Ramsay identifie cinq potentielles défaillances pouvant nécessiter l'intervention de l'État: (1) l'absence de concurrence, (2) les barrières à l'entrée, (3) la différenciation des produits, (4) les problèmes d'information entre l'acheteur et le vendeur et (5) la présence d'externalités et d'effets inattendus sur les tiers[118].

Ainsi, l'intervention du législateur vise notamment à préserver un marché concurrentiel et à éviter des pratiques monopolistiques de la part des commerçants. En intervenant afin d'interdire des actes anticoncurrentiels, l'État s'assure de la présence de produits variés sur le marché et contrôle les prix auxquels ceux-ci sont vendus. En présence d'un marché concurrentiel, le commerçant ne peut en principe abuser de son pouvoir de négociation face aux consommateurs dans la mesure où ces derniers pourront, face à un tel abus, se tourner

[113] Voir Cartwrigh, *Consumer Protection*, *supra* note 100 à la p 5**.**
[114] *Ibid*.
[115] *Ibid* aux pp 6, 8.
[116] *Ibid* à la p 5.
[117] Voir Reich, « Diverse Approaches », *supra* note 103 à la p 261.
[118] Voir Iain Ramsay, *Rationales for Intervention in the Consumer Marketplace*, London, Office of Fair Trading, 1984. Voir aussi Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 43; Ramsay, « Framework for Regulation », *supra* note 112 à la p 355.

vers ses concurrents[119]. La concurrence est d'ailleurs perçue, dans les années 60 et 70, comme l'un des principaux moyens de protéger les intérêts du consommateur[120].

L'information représente également un outil privilégié d'intervention pour accroître l'autonomie du consommateur et rétablir l'équilibre des forces entre ce dernier et le commerçant[121]. En effet, selon l'approche néo-classique, pour qu'un marché fonctionne « parfaitement », l'information dont dispose le consommateur quant aux prix et à la qualité des biens échangés doit être complète et exacte afin que ce dernier soit en mesure d'exercer son libre choix[122]. La perception que les consommateurs sont informés de façon imparfaite quant à la nature et aux conséquences de leur décision d'acheter un produit justifiera dès lors une intervention législative afin de combler ces défauts d'information (ou « *information* gap ») qui empêchent le consommateur de faire un choix éclairé[123].

Alors que l'intervention de l'État dans le domaine de la concurrence se concentre sur la *structure du marché* et sur les options offertes aux consommateurs, en matière de prix, de quantité et de qualité des biens disponibles, son action afin de remédier aux problèmes d'information encadre la *structure des transactions*[124]. Pour reprendre la formulation de Averii et Lander, « *[t]here must be a range of consumer options made possible through competition, and consumers must be able to choose effectively among these options* »[125].

Traditionnellement, c'est le droit privé qui permettait aux consommateurs de faire valoir leurs droits et d'assurer une protection efficace des échanges sur le marché[126]. Or, Iain Ramsay remarque que l'une des principales raisons pour lesquelles l'État doit intervenir pour réglementer le marché provient de l'incapacité du système de droit privé à remplir ce

[119] Voir Hadfield, Howse et Trebilcock, « Information-Based Principles », *supra* note 110 à la p 134.

[120] *Ibid* à la p 133; Reich, « Diverse Approaches », *supra* note 103 aux pp 258–59; Colin Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws », dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 466 aux pp 471–72 [Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws »].

[121] Voir Reich, « Diverse Approaches », *supra* note 103 à la p 258.

[122] Voir L'Heureux, « L'identification du consommateur », *supra* note 102 à la p 45.

[123] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 43.

[124] Voir Hadfield, Howse et Trebilcock, « Information-Based Principles », *supra* note 110 à la p 150.

[125] Neil W Averitt et Robert H Lande, « Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law » (1997) 65 Antitrust LJ 713 à la p 713 [Averitt et Lande, « Consumer Sovereignty »].

[126] Voir Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 à la p 8; Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 43.

rôle dans le cadre de la consommation de masse qui s'observe à partir des années 1960[127]. En effet, ce système peut s'avérer inefficace dans la mesure où les coûts de transaction pour faire valoir une réclamation contre un commerçant sont élevés (en matière d'information, de temps, d'inconvénients et d'incertitude du résultat) et dépassent souvent la compensation qui peut être obtenue[128]. Dans ce contexte, les mécanismes de droit privé ne réussissent pas toujours à dissuader les commerçants d'adopter des pratiques qui vont à l'encontre des intérêts des consommateurs ni à indemniser ces derniers adéquatement en cas de violation de leurs droits[129]. L'État doit dès lors intervenir pour pallier ces lacunes du droit privé en encadrant les activités des commerçants et en s'assurant ainsi que le marché puisse fonctionner de façon efficiente[130].

Cette incapacité du droit privé de protéger suffisamment les consommateurs est notamment à la base de la création, par l'État, d'organismes administratifs chargés de surveiller les activités des commerçants qui opèrent sur le marché[131]. Elle explique également la mise en place par les législateurs de mécanismes permettant de réduire les coûts de transaction liés à l'action privée, tels que les actions collectives ou les recours de groupes ou d'associations de consommateurs[132].

Enfin, en vertu de l'approche néo-classique, l'État doit choisir une forme d'intervention qui équilibre l'objectif de réduire les coûts d'information avec la nécessité de préserver le choix du consommateur et une saine concurrence. Ainsi, les instruments législatifs

[127] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 43; Howells, Ramsay et Wilhelmsson, « International Dimension », *supra* note 111 à la p 5.

[128] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 43; Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 aux pp 16–17.

[129] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 43.

[130] Partant de ces principes, Trebilcock a développé ce qu'il qualifie de « *information-based approach to policy-making* ». Selon cette approche, la première étape afin de déterminer si une intervention est requise de la part de l'État consiste à vérifier d'abord si une solution à un problème de consommation donné est susceptible d'émerger naturellement du marché sans intervention étatique. Une telle solution sera influencée par l'effet du droit privé, dont les règles de propriété et de responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Selon Trebilcock, les marchés dits « compétitifs » sont plus susceptibles de favoriser l'émergence de solutions aux problèmes de consommation sans qu'une intervention législative soit nécessaire. Avant d'intervenir, le législateur devrait au surplus déterminer si son intervention permettra soit d'améliorer l'estimation de la valeur de l'information par le consommateur, soit de réduire le coût de l'information pour ce dernier. Voir Trebilcock, « Rethinking Consumer Policy », *supra* note 110 aux pp 69–73.

[131] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 43.

[132] *Ibid*.

produisant un effet anti-compétitif ou restreignant les échanges sur le marché seront considérés comme contreproductifs[133].

Cette approche privilégiera par conséquent l'instrument qui permet à l'État de remédier à une ou plusieurs défaillances du marché de la façon la moins interventionniste possible. Tel que l'indique Iain Ramsay, l'approche néo-classique « *attemps initially to « match » the proposed instrument of regulation to the market failure* » et « *will prefer the least interventionist policy consistent with acheiving the desired objective* »[134]. Dans ce contexte, des obligations de divulgation d'information seront privilégiées puisqu'elles évitent d'imposer des standards plus sévères et laissent au consommateur la décision de se procurer ou non un produit ou un service à la lumière des informations connues[135]. Dès lors, le marché sera exempt d'obstacles au libre choix du consommateur qui disposera de l'information nécessaire pour prendre une décision maximisant ses préférences[136]. L'information apparaît dès lors comme une alternative aux autres modes d'intervention « *ex ante* », tels que des interdictions de vente ou des exigences de permis ou d'autorisations, susceptibles de réduire le choix offert au consommateur[137].

Bref, selon l'approche néo-classique, l'État choisira des moyens d'intervention qui permettront d'optimiser le fonctionnement du marché en s'assurant que ce dernier demeure concurrentiel et que le consommateur dispose de l'information nécessaire pour être en mesure d'exercer son libre choix[138].

---

[133] Reprenant les principes de l'analyse coût-bénéfice, Michael J Trebilcock suggère que même lorsqu'une importante défaillance du marché est identifiée, le législateur ne devrait intervenir que lorsqu'une telle intervention est « *feasible and cost-effective* ». Voir Trebilcock, « Rethinking Consumer Policy », *supra* note 110 à la p 75. Voir aussi Hadfield, Howse et Trebilcock, « Information-Based Principles », *supra* note 110 à la p 156.

[134] Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 98.

[135] Voir Reich, « Diverse Approaches », *supra* note 103 à la p 270.

[136] L'Heureux, « L'identification du consommateur », *supra* note 102 à la p 47.

[137] Voir Reich, « Diverse Approaches », *supra* note 103 à la p 270.

[138] Voir Thierry Bourgoignie, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006 » dans Thierry Bourgoignie, dir, *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, 1 à la p 7 [Bourgoignie, « Un droit de la consommation »].

2.1.2. L'économie comportementale

L'économie comportementale, ou « *behavioural economics* », repose, comme son nom l'indique, sur les comportements observés chez le consommateur par le biais d'études empiriques[139]. Elle questionne les prémisses de base du modèle néo-classique, soit la rationalité, la volonté et l'intérêt personnel du consommateur. Elle remet également en cause l'idée selon laquelle le marché réduit les comportements irrationnels et est influencé par le fait que les consommateurs apprennent de leurs erreurs[140].

Selon cette approche, l'étude du comportement des consommateurs et des choix qu'ils effectuent démontre que ceux-ci n'adoptent pas toujours des comportements qui maximisent leurs préférences et qui sont fondés uniquement sur leurs propres intérêts[141]. Dans ce contexte, l'intervention de l'État ne peut se limiter à remédier aux défaillances observées, mais doit plutôt répondre à la façon dont les consommateurs se comportent — en réalité — sur le marché. Les tenants de cette approche identifient plusieurs facteurs psychologiques expliquant que le consommateur adopte parfois des comportements biaisés[142]. Ces facteurs expliquent que ce dernier n'est pas toujours en mesure d'assimiler et d'utiliser l'information qui lui est donnée[143].

Parmi les biais comportementaux identifiés par cette approche, figure notamment le phénomène de « *hyperbolic discounting* » selon lequel les consommateurs ont tendance à privilégier une récompense immédiate plutôt qu'une récompense à long terme qui pourrait

---

[139] Voir notamment sur cette approche Klaus Mathis et Ariel David Steffen, « From Rational Choice to Behavioural Economics », dans Klaus Mathis, dir, *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Law and Economics Conference, Lucerne, 2015, 31; Fernando Gómez Pomar et Mireia Artigot Golobardes, « Rational Choice and Behavioural Approches to Consumer Issues », dans Hans-W Micklitz, Anne-Lise Sibony et Fabrizio Esposito, *Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham & Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, 119 [Gómez Pomar et Artigot Golobardes, « Rational Choice and Behavioural Approches »]; Hans-W Micklitz, « The Politics of Behavioural Economics of Law », dans Hans-W Micklitz, Anne-Lise Sibony et Fabrizio Esposito, *Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham & Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, 513; Annette Nordhausen Scholes, « Behavioural Economics and the Autonomous Consumer » (2011-2012) 14 Cambridge YB Eur Legal Stud 297 [Nordhausen Scholes, « Behavioural Economics and the Autonomous Consumer »].

[140] Voir *Ramsay*, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 57.

[141] *Ibid*.

[142] Voir notamment à ce sujet Gómez Pomar et Artigot Golobardes, « Rational Choice and Behavioural Approches », *supra* note 139 aux pp 130–40.

[143] Voir *Ramsay*, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 61; Geraint Howells, *Consumer Product Safety*, Aldershot, Dartmouth et Ashgale, 1998 à la p 21 [Howells, *Product Safety*].

s'avérer plus avantageuse[144]. Autrement dit, les consommateurs préfèrent dépenser maintenant au lieu d'épargner pour plus tard, même si rationnellement ce n'est pas le choix optimal. Un autre biais comportemental observé est l'excès d'optimisme des consommateurs et le fait qu'ils sous-estiment les risques que survienne un évènement négatif tout en surestimant les chances de survenance d'un évènement positif[145]. En matière de crédit par exemple, les consommateurs auront tendance à sous-estimer le risque de défaut de paiement et à surestimer leur capacité de remboursement[146]. Enfin, les économistes comportementaux notent que l'intervention du législateur pour remédier à un déficit informationnel pourra exposer le consommateur à une trop grande quantité d'informations. En effet, face à un nombre important de détails de toute sorte qui lui sont communiqués, le consommateur risque de se retrouver devant « une surcharge d'information » (« *information overload* »)[147]. Ce phénomène est susceptible de contrecarrer les effets désirés par le législateur en rendant le consommateur plus confus et moins à même de prendre une décision éclairée, particulièrement dans le contexte où l'information qui lui est donnée se révèle complexe et technique. Pour remédier à ce problème, le législateur se limitera parfois à exiger du commerçant qu'il ne divulgue ou ne mette l'accent que sur les informations les plus importantes en lien avec ses produits[148].

Ce faisant, l'économie comportementale s'interroge sur l'efficacité de la divulgation d'information comme mode d'intervention de l'État[149]. En effet, l'approche néo-classique tient pour acquis que l'État n'a pas besoin d'intervenir lorsque le consommateur dispose de l'information adéquate sur les produits et les services qu'il se procure. À l'inverse, l'approche de l'économie comportementale suggère que le consommateur, même lorsqu'il dispose de l'information, n'est pas toujours en mesure d'évaluer adéquatement la qualité

[144] Voir *Ramsay*, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 57; Nordhausen Scholes, « Behavioural Economics and the Autonomous Consumer », *supra* note 139 aux pp 316–17.

[145] Voir *Ramsay*, *Consumer Law*, *supra* note 112 aux pp 58–59.

[146] *Ibid* aux pp 59, 378.

[147] *Ibid* aux pp 59–60; Cartwrigh, *Consumer Protection*, *supra* note 100 aux pp 24–25. Pour une analyse plus détaillée de ce phénomène, voir notamment Jacob Jacoby, « Perspectives on Information Overload » (1984) 10 J of Cons Research 432.

[148] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 101.

[149] *Ibid* aux pp 61–63.

d'un produit, ou encore des risques qui y sont associés[150]. Ainsi, à titre d'exemple, selon la première approche, une mise en garde apposée sur un produit suffirait pour s'assurer que le consommateur fasse un choix éclairé prenant en compte les risques associés à un produit; selon la seconde, des mesures supplémentaires devraient être prises, pouvant aller jusqu'à interdire la vente du produit jugé dangereux, même si cela pourrait entraîner une réduction du choix offert au consommateur.

Bref, contrairement à l'approche néo-classique, l'approche de l'économie comportementale ne privilégie pas la concurrence et l'information comme principaux moyens d'intervention de l'État. Cette approche justifiera donc des mesures plus intrusives dans la relation entre le consommateur et le commerçant[151]. Nous verrons ces différentes mesures et les biais comportementaux sur lesquels celles-ci reposent dans la section suivante.

Avant de traiter de ces mesures, il convient de noter que bien que nous ayons insisté ici davantage sur les deux principales justifications à l'intervention de l'État, plusieurs autres raisons peuvent évidemment motiver celui-ci à encadrer la relation entre le consommateur et le commerçant. Une telle intervention peut en effet s'expliquer non seulement par des considérations liées au marché, mais également par des considérations sociales, éthiques ou encore environnementales[152]. Les mesures visant à protéger le consommateur peuvent également être vues comme ayant pour fonction de contribuer à la redistribution des ressources vers les consommateurs les plus vulnérables[153]. Elles peuvent en outre résulter d'une forme de « paternalisme » de l'État qui substitue son jugement et son choix à ceux du consommateur afin de protéger ce dernier contre lui-même[154].

En somme, ces différentes approches permettent de mieux comprendre les raisons pour lesquelles l'État — qui, au Canada, se conjugue au pluriel — intervient au sein du rapport

[150] *Ibid*; Gómez Pomar et Artigot Golobardes, « Rational Choice and Behavioural Approches », *supra* note 139 aux pp 120–21.

[151] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 63.

[152] *Ibid* à la p 80; Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 aux pp 27, 38.

[153] Voir Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 aux pp 28–32; Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 70; Howells, Ramsay et Wilhelmsson, « International Dimension », *supra* note 111 à la p 11.

[154] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 aux pp 81–82; Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 aux pp 32–37; Joshua D Wright, « Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: An Empirical Perspective » (2007) 2:3 New York U J of L & Liberty 470.

de consommation et choisit certains outils ou instruments législatifs plutôt que d'autres. Nous verrons plus en détail dans notre analyse comment ces principes justifient l'intervention du législateur fédéral et des provinces afin de protéger d'une part la santé et la sécurité des consommateurs et, d'autre part, leurs intérêts économiques.

2.2. La catégorisation des moyens d'intervention de l'État selon les intérêts qu'il cherche à protéger

L'exercice consistant à recenser l'ensemble du corpus normatif formant ce que nous appelons ici le « droit de la consommation » s'avère périlleux et nécessairement imparfait en raison de la dimension transversale de ce domaine du droit. En effet, de nombreuses disciplines juridiques touchent de près ou de loin le droit de la consommation: droit des obligations, droit commercial, droit administratif, droit de la procédure civile, droit pénal, droit fiscal, droit du travail ou encore droit de la concurrence[155]. Les normes formant le droit de la consommation sont d'autant plus éparpillées qu'elles trouvent leur source à la fois dans le droit fédéral et le droit provincial, lequel diffère d'une province à l'autre d'une façon plus ou moins importante selon les domaines étudiés.

En ce sens, il s'avère difficile d'identifier et de traiter de façon exhaustive l'ensemble de la réglementation ou de la jurisprudence qui porte, directement ou indirectement, sur la protection du consommateur. On ne peut, à l'inverse, limiter l'étude du droit de la consommation aux seules dispositions prévues dans des lois d'application générale visant à protéger le consommateur, telles qu'au Québec la *Loi sur la protection du consommateur*[156].

Dans ce contexte, pour cibler la législation et les décisions que nous étudierons dans la présente thèse, nous nous attarderons, pour reprendre la définition de Claude Masse, à « l'ensemble des mesures de protection juridique intervenant dans les relations contractuelles entre, d'une part, un particulier qui se porte acquéreur d'un bien ou d'un service pour des fins de consommation personnelle et, d'autre part, une entreprise commerciale »[157].

---

[155] Voir Bourgoignie, « Un droit de la consommation », *supra* note 138 à la p 11; Fonseca, *Droit de la protection du consommateur*, *supra* note 102 aux pp 50–51.

[156] *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1 [LPC].

[157] Voir Masse, « Fondement historique », *supra* note 111 à la p 46.

Notre objectif consistera à dresser un portrait global de l'évolution des différentes mesures législatives encadrant le droit de la consommation et à mettre celle-ci en parallèle avec l'évolution de l'interprétation constitutionnelle du partage des compétences. Cet exercice permet de se rendre compte de la difficulté, voire de l'impossibilité, de catégoriser ou de compartimenter différents domaines d'intervention en droit de la consommation afin de les attribuer exclusivement à l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement. Comme nous le verrons, ce n'est pas tant les domaines dans lesquels ces derniers sont appelés à légiférer qui permettent de tracer le contour de leurs sphères de compétence, mais surtout les objectifs qu'ils cherchent à atteindre, les moyens d'intervention qu'ils choisissent, les mécanismes de mise en application qu'ils élaborent et le type de sanctions qu'ils imposent.

Par conséquent, nous ne traiterons pas de l'ensemble des normes visant la protection du consommateur comme une seule et même catégorie. En effet, même si on lit parfois que la protection du consommateur relève de la compétence des provinces, la réalité s'avère dans le fait beaucoup plus complexe. Nous partageons à cet effet les remarques du professeur Peter W Hogg qui considère que la « protection du consommateur » représente un sujet trop vaste pour être classifié dans un champ de compétence ou un autre:

> *The phrase consumer protection is too broad and vague to serve as a "matter" for the purpose of the federal distribution of powers. Like inflation, pollution or health, consumer protection must be broken out into smaller, more distinct, concepts, before a consumer protection law can be placed in its correct constitutional slot*[158].

Nous avons donc cherché à subdiviser les règles relatives à la protection du consommateur en différentes catégories de façon à acquérir une meilleure compréhension de la portée respective de la compétence des deux ordres de gouvernement à cet égard. Bien que les auteurs aient retenu différentes façons de classifier ces différentes mesures dans le cadre d'une analyse constitutionnelle[159], nous avons choisi de les catégoriser d'une façon qui

[158] Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 28 à la p 21-34.

[159] Par exemple, l'auteur Edward P Belobaba divise les règles relatives à la protection du consommateur en cinq catégories qui englobent à la fois la protection de la santé et de la sécurité du consommateur et la protection de leurs intérêts économiques, soit 1) la sécurité des produits et les torts subis par le consommateur, 2) la réglementation de l'information et la publicité, 3) l'équité des transactions, 4) la qualité des produits et les garanties accordées aux consommateurs, 5) la résolution des litiges et l'accès du

permet de mieux cerner et définir la portée de la compétence de chacun des ordres législatifs et de dégager les tendances jurisprudentielles relatives à l'interprétation de cette dernière.

Ainsi, aux fins de notre analyse, nous regrouperons d'abord les normes étudiées en deux catégories, en fonction des intérêts que cherche à protéger le législateur, soit d'une part les normes visant à assurer la protection de la *santé et de la sécurité* du consommateur et, d'autre part, celles protégeant les *intérêts économiques* de ce dernier[160]. À l'intérieur de ces deux grandes catégories, nous opérerons une seconde division de ces règles, d'une part, selon leur rôle par rapport au risque posé à la santé et à la sécurité des consommateurs [2.2.1.] et, d'autre part, selon le stade de la relation contractuelle au cours duquel leurs intérêts économiques sont protégés [2.2.2.]. Nous exposerons ici les différents moyens d'intervention de l'État puis expliquerons brièvement quel ordre de gouvernement peut, au Canada, légiférer sur chacun d'eux. Nous donnerons ainsi un aperçu de la répartition des compétences et des mesures législatives provinciales et fédérales que nous explorerons plus en détail dans les Parties I et II.

2.2.1. La protection *ex ante* et *ex post* de la santé et la sécurité du consommateur

De façon générale, on peut distinguer les règles de droit public, assurant la prévention des risques d'atteinte à la santé et à la sécurité du consommateur, de celles de droit privé, permettant l'indemnisation du préjudice subi par ce dernier[161]. Dit autrement, « *[w]hereas statutory safety rules are the warning signs and barriers at the top of the cliff, tort law can*

consommateur à la justice. Voir Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation », *supra* note 97 à la p 11. Harold Buchwald divise quant à lui les mesures selon l'ordre de gouvernement ayant légiférer dans ce domaine, soit au niveau fédéral 1) la santé et la sécurité, 2) la fraude économique, 3) les remèdes en cas d'insolvabilité, 4) l'information et l'éducation, et au niveau provincial 5) les transactions liées au crédit, 6) les pratiques de commerce indésirables, 7) le harcèlement du consommateur, 8) les remèdes et 9) la réglementation générale des pratiques de commerce. Voir Buchwald, « Consumer Protection in the Community », *supra* note 109.

[160] Voir notamment sur cette distinction Fabrizio Cafaggi et Hans-W Micklitz, « Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment » (2008) 3 Eur R Priv L 391 aux pp 395, 412–15.

[161] Voir Marie-Ève Arbour, « Sécurité des produits, santé des consommateurs, responsabilités et constitutions: synergies comparées » (2013) 7:2 R D & santé McGill 169 à la p 232 [Arbour, « Synergies comparées »].

be considered to be the ambulance waiting at the bottom of the cliff »[162]. Cette métaphore illustre les deux pans — *ex ante* et *ex post* — de la législation canadienne dans ce domaine.

Sur le plan théorique, l'intervention du législateur pour s'assurer de la protection de la santé et de la sécurité du consommateur se justifie, selon l'approche néo-classique, par deux principales raisons. D'une part, les consommateurs ne sont pas toujours en mesure de connaitre et de comprendre les risques associés à l'utilisation de certains produits (déficit d'information). D'autre part, les produits dangereux sont susceptibles de poser des risques à des tierces parties (externalités)[163]. L'intervention du législateur dans ce contexte résultera d'une analyse coût-bénéfice ayant pour but de trouver un juste équilibre entre, d'un côté, réduire les risques d'atteinte à l'intégrité physique des consommateurs et, de l'autre, éviter d'imposer à ces derniers des coûts trop élevés. En effet, des règles trop strictes visant à annihiler totalement le risque pour le consommateur peuvent avoir pour effet de rendre les produits plus coûteux, de réduire le choix de produits offerts sur le marché ou encore de rendre plus difficile ou moins pratique leur utilisation[164].

L'intervention dans ce domaine ne se justifie toutefois pas uniquement par ces motivations économiques. En effet, l'État intervient parfois pour interdire la vente de certains produits, même lorsque le consommateur est suffisamment informé du risque et lorsqu'aucun tiers ne risque d'être affecté par la consommation de tels produits[165]. L'intervention de l'État dans un tel contexte s'explique, du point de vue de l'économie comportementale, par le fait que le consommateur n'est pas toujours en mesure de faire un choix rationnel même lorsqu'il dispose de toute l'information pertinente quant au risque que représente un produit donné. Il est en effet sujet à certains biais comportementaux dont par exemple, une tendance à croire que les accidents sont plus susceptibles d'arriver aux autres, ou encore à surestimer les risques plus lointains et plus graves, comme un accident d'avion, tout en minimisant les risques plus communs[166]. L'État dans ce contexte intervient en adoptant des

[162] Cees van Dam, *European Tort Law*, 2e éd, Oxford, Oxford University Press, 2013 à la p 279, cité dans Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 161 à la p 228.

[163] Voir Cartwright, *supra* note 100 à la p 126; Howells, *Product Safety*, *supra* note 143 aux pp 16–23; Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 691.

[164] Voir Howells, *Product Safety*, *supra* note 143 à la p 18.

[165] Voir Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 à la p 126.

[166] Voir Howells, *Product Safety*, *supra* note 143 à la p 22; *Ramsay*, *Consumer Law*, *supra* note 112 aux pp 58–59.

mesures qui ne visent pas uniquement à informer le consommateur du risque, mais également à empêcher que le risque puisse se matérialiser, en retirant par exemple certains produits du marché.

À cette fin, le législateur peut préconiser différentes stratégies d'intervention et de régulation selon l'intensité et l'étendue des risques que peut poser un produit[167]. Plusieurs instruments permettent aux régulateurs d'intervenir en amont et en aval de la survenance d'un préjudice[168]. Les mécanismes permettant de protéger la santé et la sécurité du consommateur prennent ainsi la forme de mesures permettant à la fois la prévention des risques [2.2.1.1.] et l'indemnisation du préjudice pouvant découler de l'utilisation d'un bien [2.2.1.2.][169]. Pour atteindre ces objectifs, le législateur fédéral et les provinces peuvent, comme nous le verrons, avoir recours à différents outils d'intervention, lesquels sont tributaires de leurs champs de compétence respectifs.

2.2.1.1. La prévention des risques

Le législateur peut dans un premier temps intervenir de façon *ex ante* afin de prévenir les risques d'atteinte à la santé et à la sécurité du consommateur et du public en général. Il peut à cet égard imposer des standards en matière de fabrication, de composition et de performance des produits mis sur le marché[170]. Il peut également établir des processus de certification (obligatoires ou optionnels), exiger l'obtention d'autorisations avant la mise en marché et instaurer des mécanismes de contrôle après-vente (notamment des règles de rappel des produits)[171]. L'État peut en outre assujettir la vente de certains produits à des obligations d'étiquetage et d'emballage, et imposer des obligations de divulgation d'informations[172]. De cette façon, il peut par exemple exiger que des informations

[167] Voir Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 161 à la p 171.

[168] *Ibid*.

[169] Nous reprenons ici la catégorisation proposée par Marie-Ève Arbour dans Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 167, qui a réalisé une analyse des règles provinciales et fédérales protégeant la santé et la sécurité du consommateur au niveau provincial et fédéral. Nous intégrerons son analyse à la présente étude en traitant pour notre part plus en détail de la jurisprudence ayant analysé la constitutionnalité de ces règles.

[170] Voir Luke Nottage, « Product Safety », dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 231 aux pp 233–34 [Nottage, « Product Safety »]; Cartwright, *supra* note 100 aux pp 44–48.

[171] Voir Nottage, « Product Safety », *supra* note 170 aux pp 232–34; Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 aux pp 41–44.

[172] Voir Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 à la p 49.

particulières ou des mises en garde apparaissent sur l'emballage de produits considérés comme dangereux (comme c'est le cas par exemple des produits du tabac). Il peut en outre interdire les représentations fausses ou trompeuses quant à la nature, la qualité ou la composition d'un produit[173].

Le législateur peut interférer de façon plus importante dans le marché et aller jusqu'à interdire la vente de certains produits[174]. Une intervention de ce type se justifie lorsqu'il est impossible, ou à tout le moins trop coûteux, même pour un consommateur bien informé, d'évaluer les risques sur le plan de sa santé et de sa sécurité liés à l'utilisation de certains produits[175]. L'État peut en outre contrôler les produits rendus disponibles sur le marché en mettant sur pied un régime réglementaire dont l'application et la surveillance sont confiées à un organe spécialisé[176].

La prévention des risques posés à la santé et la sécurité du consommateur passe également par l'imposition de différents types de sanctions en cas de non-respect de la loi. Ces sanctions ont pour objectif de contrôler les commerçants qui peuvent opérer sur le marché et de dissuader ces derniers de contrevenir aux obligations et interdictions auxquelles ils sont assujettis. À cette fin, le législateur peut prévoir des sanctions administratives, pénales ou criminelles.

Les sanctions de nature *administrative* sont celles que peut imposer une entité administrative (un ministère ou un organisme décentralisé), sans avoir à s'adresser aux tribunaux, en vue d'assurer le respect des règles encadrant un secteur d'activités spécifique[177]. Ces sanctions peuvent être de nature pécuniaire ou encore prendre la forme d'une suspension ou d'une révocation du permis nécessaire pour qu'un commerçant puisse

[173] Voir Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation », *supra* note 97 à la p 16; Cartwright, *Consumer Portection*, *supra* note 100 aux pp 52–53.

[174] Voir Nottage, « Product Safety », *supra* note 170 à la p 234.

[175] Voir Thierry Bourgoignie et David M Trubek, *Consumer Law, Common Markets, and Federalism in Europe and the United States*, Berlin, De Gruyter, 1987 à la p 9.

[176] Voir Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation », *supra* note 97 à la p 12.

[177] Voir Michelle Cumyn, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité » (2007) 41 RJT 1 à la p 32 [Cumyn, « Sanctions »].

exercer ses activités[178]. L'avantage de ces sanctions se trouve dans leur souplesse et leur application « rapide et informelle »[179].

Les sanctions de nature *pénale* sont quant à elles généralement imposées par un tribunal à la suite de procédures initiées ou intentées par l'organisme administratif chargé de l'application de la loi[180]. Ce type de sanctions vise à la fois à imposer une peine dissuasive et à « assurer l'exécution forcée de la Loi lorsque les remèdes civils sont insuffisants pour décourager les transgressions »[181]. Elles peuvent inclure des amendes ou des ordonnances exigeant au commerçant de cesser la commission de certains actes ou de respecter ses obligations[182].

Enfin, le législateur pourra assujettir certaines conduites à des sanctions de nature *criminelle*, prenant la forme d'amendes ou, dans certains cas, de peines d'emprisonnement. Contrairement aux sanctions pénales qui visent principalement à *prévenir* la violation de la loi par le commerçant de façon à protéger le public, les sanctions criminelles ont également pour objectif de *punir* la commission d'une infraction de façon à condamner une conduite jugée moralement répréhensible[183]. Autrement dit, la principale distinction entre

[178] Sur les différents types de sanctions administratives, voir Geneviève Saumier et Hans-W Micklitz, « Enforcement and Effectiveness of Consumer Law », dans Geneviève Saumier et Hans-W Micklitz, dir, *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*, Cham (Switzerland), Springer, 2018, 3 aux pp 8–16 [Saumier et Micklitz, « Enforcement and Effectiveness »]; Geneviève Saumier, « Fascicule 23: Recours du consommateur et de l'État » aux nº 32–35, dans Pierre-Claude Lafond, dir, JCQ *Droit des affaires — Droit de la consommation et de la concurrence*, à jour le 31 juillet 2019 (QL) [Saumier, « Recours du consommateur »]; William AW Neilson, « Administrative Remedies: The Canadian Experience with Assurances of Voluntary Compliance in Provincial Trade Practices Legislation » (1981) 19:2 Osgoode Hall LJ 153; Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws », *supra* note 120 aux pp 472–76; *Ramsay*, *Consumer Law*, *supra* note 112 aux pp 242–56.

[179] Cumyn, « Sanctions », *supra* note 177 à la p 33.

[180] *Ibid* à la p 34. Sur les distinctions entre une sanction *administrative* et une sanction *pénale*, voir notamment *R c Wigglesworth*, [1987] 2 RCS 541, 45 DLR (4th) 235; Pierre Issalys, « Les sanctions administratives de l'assurance-emploi: entre solidarité, assurance et répression » (2009) 50:3-4 C de D 825; Patrick Michel, « Droit pénal et sanctions administratives pécuniaires: quelques considérations pour prévenir la confusion des genres et faciliter la cohabitation » dans *XXe Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Yvon Blais, 2013, 529.

[181] Voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 101, nº 329.

[182] Sur les différents types de sanctions pénales, voir Cumyn, « Sanctions », *supra* note 177 aux pp 33–36; Saumier, « Recours du consommateur », *supra* note 177, nº 23–31.

[183] À ce sujet, le juge Cory explique ainsi la différence entre une infraction pénale (ou « réglementaire ») et une infraction criminelle: « Les lois de nature réglementaire ont pour objectif de protéger le public ou divers groupes importants le composant (les employés, les consommateurs et les automobilistes pour n'en nommer que quelques-uns) contre les effets potentiellement préjudiciables d'activités par ailleurs légales. La législation réglementaire implique que la protection des intérêts publics et sociaux passe avant celle des

une sanction pénale et une sanction criminelle se trouve dans l'objectif poursuivi par le législateur en créant l'infraction menant à une telle sanction[184].

Enfin, à ces exigences et sanctions s'ajoutent d'autres mesures préventives qui ne relèvent pas nécessairement du législateur. C'est le cas par exemple des règles qui résultent de l'autorégulation d'une industrie par les acteurs du marché qui peuvent notamment élaborer des codes de conduite et établir des standards techniques[185].

2.2.1.2. L'indemnisation du préjudice

Les mesures législatives de nature préventive, relevant du droit public, sont complétées par des règles de droit privé en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle[186]. Dans la mesure où le législateur ne peut en amont écarter tous les risques possibles, de telles règles permettent en aval d'indemniser le consommateur lorsque le risque d'atteinte à sa santé ou à sa sécurité se matérialise[187]. Le consommateur peut dès lors entreprendre, seul ou par la voie d'une action collective, un recours de nature civile contre le commerçant afin d'obtenir une réparation, généralement sous la forme de dommages-intérêts visant à

intérêts individuels et avant la dissuasion et la sanction d'actes comportant une faute morale. Alors que les infractions criminelles sont habituellement conçues afin de condamner et de punir une conduite antérieure répréhensible en soi, les mesures réglementaires visent généralement à prévenir un préjudice futur par l'application de normes minimales de conduite et de prudence ». Voir *R c Wholesale Travel Group Inc*, [1991] 3 RCS 154 à la p 219, 84 DLR (4th) 161.

184 Voir Gisèle Côté-Harper, Pierre Rainville et Jean Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd, Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p 517. Notons qu'en droit pénal, la distinction entre une infraction pénale et une infraction criminelle est importante puisque ces deux types d'infraction n'exigent pas le même degré de faute et sont assujettis à des normes de preuve distinctes. Voir Côté-Harper, Rainville et Turgeon, à la p 512).

185 Voir Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 161 à la p 172; Nottage, « Product Safety », *supra* note 170, à la p 258; Reich, « Diverse Approaches », *supra* note 103 à la p 274; Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 aux pp 53–60. Sur la notion d'autorégulation de façon générale, voir Fabrizio Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée » (2004) 109 Rev fr admin pub 23.

186 Voir Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 161 aux pp 172, 175, 215. Sur la division du contrôle *ex ante* et *ex post* en matière de sécurité du produit, voir aussi Cafaggi et Micklitz, « Collective Enforcement », *supra* note 160 à la p 406.

187 Voir Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 161 à la p 171; Jeffrey C Shaul et Michael J Trebilcock, « The Administration of the Federal Hazardous Products Act » (1982) 7:1 Can Community LJ 2 à la p 3; Fabrizio Cafaggi, « A Coordinated Approach to Regulation and Civil Liability in European Law: Rethinking Institutional Complementaries », dans Fabrizio Cafaggi, dir, *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 191 aux pp 233–34 [Cafaggi, « A Coordinated Approach »].

réparer le préjudice subi[188]. La nature contractuelle ou extracontractuelle du recours dépendra alors de l'existence d'un contrat entre le consommateur et le commerçant, ainsi que de règles permettant de rechercher la responsabilité de certains tiers, tels que le fabricant du produit se révélant dangereux[189].

Ces règles *ex post* permettent non seulement d'indemniser le consommateur, mais elles peuvent également produire un effet dissuasif sur les commerçants. En effet, ceux-ci chercheront à éviter d'exposer leur responsabilité en s'assurant de mettre sur le marché des produits sécuritaires[190]. En ce sens, ces règles peuvent jouer un rôle préventif en incitant le commerçant à ne pas exposer le consommateur à des produits dangereux ou défectueux.

Les auteurs Hadfield, Howse et Trebilcock soulignent à cet effet que « *the existence of such liability creates incentives for producers to expend resources on reducing the risks associated with products, by taking cost-effective measures to prevent manufacturing and design defects* »[191]. Dans une perspective de recherche de l'efficience économique, le droit privé et la potentielle responsabilité civile à laquelle s'exposent les commerçants et fabricants permettent ainsi à ces derniers de réaliser un calcul coût-bénéfice assurant une sécurité optimale des produits sans limiter inutilement la circulation de ceux-ci sur le marché[192].

---

[188] Voir Cafaggi, « A Coordinated Approach », *supra* note 187 aux pp 233–34; Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 161 à la p 232. Sur les recours civils prévus par le droit québécois, voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 101, nº 607–38; Saumier, « Recours du consommateur », *supra* note 177, nº 1–22. Les auteurs Nathalie Vézina et Françoise Maniet abordent les différents recours de nature contractuelle et extracontractuelle que peut entreprendre le consommateur victime d'une atteinte à sa santé ou sa sécurité dans Nathalie Vézina et Françoise Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec… deux solitudes: mesures préventives et sanctions civiles des atteintes à la sécurité » (2008) 49:1 C de D 57 aux pp 79–83 [Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec »]. Elles notent que le « recours en dommages-intérêts constitue la sanction la plus courante en cas d'atteinte à la sécurité du consommateur dans un contexte contractuel » (à la p 80). Elles précisent toutefois que d'autres recours contractuels sont (plus rarement) invoqués par le consommateur, tels que l'exécution en nature, lui permettant de faire corriger une situation dangereuse, ou encore la résolution ou la résiliation du contrat, lorsque celle-ci est nécessaire pour prévenir un risque imminent d'atteinte à sa sécurité (aux pp 83–85).

[189] Voir Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec », *supra* note 188 à la p 85.

[190] Voir Steven Shavell, « Liability for Harm versus Regulation of Safety » (1984) 13:2 J Leg Stud 357 à la 357 [Shavell, « Liability for Harm »]; Howells, *Product Safety*, *supra* note 143 à la p 4.

[191] Hadfield, Howse et Trebilcock, « Information-Based Principles », *supra* note 110 à la p 147.

[192] Voir Howells, *Product Safety*, *supra* note 143 aux pp 3–7.

Dans ce contexte, les règles *ex ante* et *ex post* en matière de sécurité du produit s'avèrent souvent complémentaires[193]. La protection du préjudice pouvant découler de produits défectueux est en principe optimale lorsque des mécanismes de prévention et d'indemnisation sont utilisés de façon conjointe et, surtout, coordonnée[194]. Steven Shavell explique ainsi que ni l'une ni l'autre de ces formes d'intervention ne peut à elle seule permettre de protéger adéquatement la santé et la sécurité du consommateur, et du public en général:

> *Neither regulation nor liability, however, leads all parties to exercise the socially desirable levels of care. Regulation does not result in this outcome because the regulatory authority's information about risk is imperfect, while liability does not create sufficient incentives to take appropriate care because of the possibility that parties would not be able to pay fully for harm done or would not be sued for it. Depending on the importance of these factors, either regulation or liability could turn out to be preferred when considered as an alternative to the other. But as is stressed, it is often socially advantageous for the two means of controlling risk to be jointly employed for parties to be required to satisfy a regulatory standard and also to face possible liability*[195].

Si les mesures de prévention du risque doivent compléter les mécanismes d'indemnisation du préjudice, il est possible de se demander comment ces différents modes d'intervention se répartissent dans la structure fédérale canadienne et si le partage des compétences permet l'usage conjoint de ceux-ci.

Dans la Partie I, nous verrons d'une part que, bien que les deux ordres de gouvernement soient compétents à ce sujet, c'est principalement le législateur fédéral qui intervient *ex ante* de façon à prévenir les risques posés à la santé et à la sécurité du consommateur. Nous constaterons, d'autre part, que le droit privé provincial vient compléter ces mesures préventives en prévoyant *ex post* des règles donnant ouverture à des recours de nature civile en cas de défaut de sécurité.

---

[193] Voir Cafaggi, « A Coordinated Approach », *supra* note 187 à la p 196.

[194] Voir Shavell, « Liability for Harm », *supra* note 190 à la p 365; Steven Shavell, « A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation » (1984) 15: 2 Rand J of Economics 271 à la p 271 [Shavell, « Model of the Optimal Use »]. Sur la coordination de ces mécanismes, voir de façon générale Cafaggi, « A Coordinated Approach », *supra* note 187.

[195] Steven Shavell, « Model of the Optimal Use », *supra* note 194 à la p 271 (citations omises).

2.2.2. La protection des intérêts économiques du consommateur aux différentes phases de sa relation contractuelle

La protection des intérêts économiques des consommateurs passe par une vaste gamme de mesures qui relèvent, selon leur nature, soit de la compétence partagée des deux ordres de gouvernement, soit de la compétence exclusive de l'un de ceux-ci. Comme pour l'analyse des règles en matière de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, il est pertinent de catégoriser les différentes normes visant à protéger leurs intérêts économiques pour mieux comprendre la compétence respective des deux ordres de gouvernement à cet égard.

En ce qui a trait aux enjeux relatifs à la santé et à la sécurité du consommateur, nous avons divisé les normes applicables selon leur fonction par rapport au risque, soit la prévention du risque ou l'indemnisation du préjudice lorsque ce risque se matérialise. En ce qui a trait à la protection des intérêts économiques, il est plus approprié aux fins de notre analyse d'élaborer une catégorisation fondée sur les différentes phases de la relation contractuelle entre le consommateur et le commerçant. Nous avons donc regroupé les règles étudiées en quatre catégories selon la phase à laquelle elles s'appliquent.

La première est la *phase précontractuelle*, encadrée par des règles relatives à la concurrence, aux pratiques de commerce répréhensibles et aux permis nécessaires pour exercer certaines activités [2.2.2.1.]. La seconde est la *phase de la formation du contrat*, où s'appliquent des règles en matière d'équité contractuelle entre les parties [2.2.2.2.]. La troisième est la *phase de l'exécution du contrat*, soumise à des règles de qualité des biens et des services [2.2.2.3.]. La quatrième et dernière catégorie est la *phase de la mise en œuvre des droits* conférés aux consommateurs aux trois phases précédentes, ce qui vise les recours et sanctions possibles en cas de violation de ces droits [2.2.2.4.].

Cette catégorisation s'inspire de celle retenue par Claude Masse et reprise par Luc Thibaudeau[196], à laquelle nous avons ajouté une quatrième catégorie nous permettant

[196] Voir Masse, « Fondement historique », *supra* note 111 aux pp 46–48, 50–52; Luc Thibaudeau et al, « Fascicule 2: Champ d'application du droit québécois » au n° 2, dans Pierre-Claude Lafond, dir, JCQ *Droit des affaires — Droit de la consommation et de la concurrence*, à jour le 1er janvier 2018 (QL) [Thibaudeau et al, « Champ d'application du droit québécois »]. Voir aussi Karounga Diawara qui reprend cette catégorisation dans Karounga Diawara, « La *Loi sur la protection du consommateur* au cœur du régime

d'analyser indépendamment la phase de mise en œuvre des droits des consommateurs qui répond à des règles distinctes sur le plan du partage des compétences. Certes, ces catégories de normes ne sont pas parfaitement étanches et certaines règles peuvent donc se rattacher à plus d'une phase de la relation contractuelle. Malgré cela et bien que d'autres divisions auraient été possibles[197], nous avons néanmoins choisi de réaliser notre étude à partir de ces quatre phases puisque, comme nous le verrons dans la Partie II, chacune de celles-ci fait appel à des considérations différentes du point de vue constitutionnel. Cette catégorisation nous permet ainsi d'observer et de dégager différentes tendances jurisprudentielles propres à chacune de ces phases et de définir avec plus de précision la portée de la compétence respective des deux ordres de gouvernement pour protéger les intérêts économiques des consommateurs.

2.2.2.1. La phase précontractuelle: un environnement concurrentiel exempt de pratiques de commerce répréhensibles et composé de commerçants autorisés à y exercer leurs activités

Trois principaux types de mesures peuvent être associées à la phase précontractuelle de la relation entre le consommateur et le commerçant: les règles relatives à la concurrence [2.2.2.1.1.], les interdictions de certaines pratiques de commerce considérées comme malhonnêtes ou frauduleuses [2.2.2.1.2.] et les régimes de permis visant à contrôler les commerçants pouvant opérer sur le marché [2.2.2.1.3.].

2.2.2.1.1. Le droit de la concurrence

Le droit de la concurrence, qui régit les rapports entre les entreprises elles-mêmes, a pour sujet le commerçant plutôt que le consommateur. En ce sens, il se situe en amont du droit

fédéral: la dualité avec le domaine du droit de la consommation » dans Laurence Bich-Carrière et Geneviève Saumier, dir, *Les 50 ans de la Loi sur la protection du consommateur et l'évolution du droit de la consommation*, Montréal, Yvon Blais, 213 aux pp 218–19 [Diawara, « Dualité »].

[197] Voir *supra* note 159.

de la consommation[198]. Ces deux champs du droit sont néanmoins unis par des liens étroits. Souvent ils s'entrecroisent, se complètent, voire se répètent[199].

Thierry Bourgoigny explique ainsi que bien que le droit de la concurrence constitue un ordre normatif distinct, moins étendu et moins contraignant que le droit de la consommation, les préoccupations de ces deux branches du droit se rejoignent[200]. Il souligne que la garantie d'un marché concurrentiel peut bénéficier aux consommateurs, en évitant « que des restrictions non justifiées de l'offre ne se traduisent par des hausses de prix pour les consommateurs, en sanctionnant les actes de concurrence déloyale susceptibles de porter aussi atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et en protégeant ceux-ci contre les abus de puissance économique »[201].

Le droit de la concurrence se concentre traditionnellement du côté de l'offre, en encadrant la structure du marché et le comportement des fournisseurs de biens et de services qui y opèrent[202]. En assurant un contrôle des prix et en évitant les conduites anticoncurrentielles, ce droit bénéficie à la fois aux compétiteurs et aux consommateurs[203]. Ainsi, comme le souligne Colin Scott, « *competition legislation has the dual aim of protecting businesses from unfair competition based on monopolistic practice and restrictive agreements, while*

[198] Voir Pierre-Claude Lafond, *Droit de la protection du consommateur: théorie et pratique*, 2e éd, Montréal, Yvon Blais, 2021, no 62 [Lafond, *Droit de la protection du consommateur*]; Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 7e éd, Dalloz, Paris, 2006 à la p 21 [Calais-Auloy et Steinmetz, *Droit de la consommation*].

[199] Sur les liens qui unissent le droit de la concurrence et le droit de la consommation, et sur ce qui distingue ces deux domaines de droit, voir Diawara, « Dualité », *supra* note 196; Benjamin Lehaire, « La protection du consommateur par le droit de la concurrence: analyse civiliste et pratique des positions canadienne et européenne » (2016) 3 RIDE 289 [Lehaire, « Protection du consommateur par le droit de la concurrence »]; Katalin J Cseres, *Competition Law and Consumer Protection*, The Hague, Kluwer Law International, 2005; Thomas B Leary, « Competition Law and Consumer Protection Law: Two Wings of the Same House » (2005) 72:3 Antitrust LJ 1147; Hans Vedder, « Competition Law and Consumer Protection: How Competition Law can be Used to Protect Consumers Even Better – or Not » (2006) 17:1 Eur Bus L Rev 83; Stephen Weatherill, « The Links Between Competition Policy and Consumer Protection » dans Christian Twigg-Flesner et al, dir, *The Yearbook of Consumer Law 2007*, Aldershot, Ashgate, 2007, 187; Guy Canivet, « Cycle de conférences de la Cour de cassation: Droit de la concurrence et droit de la consommation: complémentarité ou divergences ? » (2006) 9 Rev Lamy de la concurrence 134 [Canivet, « Droit de la concurrence et droit de la consommation »]; Averitt et Lande, « Consumer Sovereignty », *supra* note 125; Masse, « Fondement historique », *supra* note 111 aux pp 51–52.

[200] Voir Thierry Bourgoignie, « Préface » dans Karounga Diawara, *Le contrôle de la puissance de marché: Contribution à une approche juridique du marché*, Cowansville, Yvon Blais, 2011 aux pp X–XI.

[201] *Ibid* à la p X. Voir aussi Fonseca, *Droit de la protection du consommateur*, *supra* note 102 aux pp 54–55.

[202] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 67; Hadfield, Howse et Trebilcock, « Information-Based Principles », *supra* note 110 à la p 150.

[203] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 152.

at the same time protecting consumers from the adverse effects of such practices by way of permitting increased prices or reduced quality of products »[204]. Ce faisant, tout comme le droit de la consommation, le droit de la concurrence peut être considéré comme faisant partie d'un « droit de protection du consommateur »[205] et, à ce titre, s'inscrit dans les mesures que nous analyserons dans la présente étude.

Pour reprendre les principes théoriques discutés précédemment[206], l'intervention de l'État en matière de concurrence vise à répondre à une défaillance du marché en favorisant un environnement dans lequel seules les entreprises répondant aux besoins des consommateurs et adoptant des pratiques équitables resteront sur le marché. Ainsi, la préservation d'un environnement concurrentiel bénéficiera au consommateur qui sera en mesure de disposer d'un plus grand choix de produits à un prix plus avantageux[207].

À l'inverse, l'économie comportementale démontre que même en situation de parfaite concurrence, le consommateur n'est pas toujours en mesure d'assimiler correctement l'information qui lui est donnée et de bien se diriger dans l'ensemble des choix qui lui sont offerts. La protection du consommateur n'est donc pas assurée par la seule existence d'un environnement parfaitement concurrentiel[208]. Les économistes comportementaux notent ainsi que l'intervention de l'État en matière de concurrence doit être complétée par des règles qui visent à remédier aux biais comportementaux des consommateurs. Le législateur doit ainsi intervenir afin de pallier les problèmes dus au trop grand nombre de choix auxquels les consommateurs sont confrontés ou à la présence d'informations trop denses et complexes pour être comprises et évaluées par ceux-ci[209].

---

[204] Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws », *supra* note 120 à la p 471.

[205] Canivet, « Droit de la concurrence et droit de la consommation », *supra* note 199 à la p 135.

[206] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.2.1. (« L'approche néo-classique »).

[207] Voir Rhonda Smith et Stephen King, « Does Competition Law Adequately Protect Consumers? » (2007) 28:7 ECLR 412 [Smith et King, « Does Competition Law Adequately Protect Consumers? »]; Bruce C McDonald, « Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement » (1969) 47:2 Can Bar Rev 161 à la p 201 [McDonald, « Constitutional Aspects »]; Ross Cranston, *Consumers and the Law*, 2e éd, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1984 aux pp 17–28 [Cranston, *Consumers and the Law*].

[208] Voir à ce sujet Cranston, *Consumers and the Law*, *supra* note 207 aux pp 10–28.

[209] Voir Smith et King, « Does Competition Law Adequately Protect Consumers? », *supra* note 207 à la p 415.

Soulignons par ailleurs que si les règles relatives à la concurrence ont des conséquences pour les consommateurs, la réglementation encadrant le droit de la consommation se répercute elle aussi sur la concurrence[210]. Comme le note Angus MacCulloch:

> *It is also clear that activity in the competition sphere may have impacts on consumer policy and vice versa. It is therefore important that each policy area is aware of its potential impact on the other, and attempts to take those impacts into account in their decision making. The example above indicates that increasing number of options available in a liberalised market may result in consumer confusion, which may need to be addressed by consumer policy. It is also apparent that consumer-oriented regulation may effectively remove options from the market that may have been valuable to some consumers: that reduction of choice will arguably reduce competition on the market*[211].

En somme, ces domaines agissent en « symbiose », si bien que les mesures adoptées en matière de concurrence et de protection du consommateur devraient être, d'une certaine façon, coordonnées[212].

Au Canada, jusqu'au milieu du XX[e] siècle, « la préservation d'un environnement économique concurrentiel est demeurée au cœur des mécanismes de protection du consommateur »[213]. En effet, dans le système fédéral canadien, comme nous le verrons, les règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles ont constitué pendant plusieurs années les principales mesures visant à protéger les consommateurs, tant au plan provincial que fédéral.

2.2.2.1.2. Les pratiques de commerce interdites

Parmi les mesures de protection du consommateur en amont de la relation contractuelle entre celui-ci et le commerçant figurent également celles visant à interdire certaines pratiques de commerce considérées comme inéquitables ou frauduleuses[214]. Ces mesures

[210] Voir Calais-Auloy et Steinmetz, *Droit de la consommation*, *supra* note 198 à la p 21.

[211] Angus MacCulloch, « The Consumer and Competition Law », dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2[e] éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 64 aux pp 76–77.

[212] Voir Calais-Auloy et Steinmetz, *Droit de la consommation*, *supra* note 198 à la p 21.

[213] *Richard c Time Inc*, 2012 CSC 8 au para 35 [*Time*].

[214] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 aux pp 151–54; Edward P Belobaba, « Unfair Trade Practices Legislation: Symbolism and Substance in Consumer Protection » (1977) 15:2 Osgoode Hall LJ 327 [Belobaba, « Unfair Trade Practices Legislation »].

encadrent notamment la publicité des produits ainsi que les différentes techniques de vente employées par le commerçant. L'objectif est principalement de s'assurer de la véracité de l'information et de la publicité dirigées vers le consommateur[215]. Parmi les pratiques interdites figure par exemple le fait pour un commerçant de passer sous silence une information importante, de faire des déclarations mensongères quant au produit ou au service offert, de montrer une image qui n'est pas fidèle au bien vendu, d'afficher un prix inexact ou trompeur, ou encore d'utiliser un prétexte pour solliciter une vente[216]. L'État pourra en outre intervenir pour protéger les groupes les plus vulnérables, comme les enfants, en encadrant, voire en interdisant, la publicité qui leur est destinée[217]. Ces différentes mesures bénéficieront à l'ensemble des consommateurs, et non uniquement à ceux qui ont une relation contractuelle avec le commerçant[218].

Du point de vue néo-classique, la nécessité d'intervenir à ce niveau vise essentiellement à corriger le déficit informationnel susceptible d'émaner des représentations faites par le commerçant et de nuire à la capacité des consommateurs de faire un choix éclairé[219]. Selon l'économie comportementale, une telle intervention est justifiée pour remédier au fait que le consommateur n'est pas toujours à même de traiter l'information qui lui est présentée par une publicité ou une déclaration du commerçant, ou d'y réagir de façon rationnelle[220].

Au Canada, les deux ordres de gouvernement ont élaboré différentes solutions pour encadrer des pratiques commerciales jugées répréhensibles. Alors que le Parlement fédéral

---

[215] Voir Moore, « Autonomie ou dépendance », *supra* note 111 à la p 8.

[216] Voir Belobaba, « Unfair Trade Practices Legislation », *supra* note 214.

[217] Voir Ramsay, « Framework for Regulation », *supra* note 112 à la p 364.

[218] À titre d'exemple, l'article 217 de la LPC au Québec prévoit expressément que la « commission d'une pratique interdite n'est pas subordonnée à la conclusion d'un contrat ». Comme le soulignent les juges Cromwell et LeBel, écrivant les motifs unanimes de la Cour dans l'arrêt *Time*, *supra* note 213, l'article 217 « vise à faciliter la sanction préventive des violations de la loi en précisant qu'un commerçant peut commettre une pratique interdite même si aucune des personnes physiques à qui la publicité était destinée n'a conclu un contrat sur la base de celle-ci » (au para 137). Cette disposition permet ainsi au Directeur des poursuites criminelles et pénales d'entreprendre des poursuites dès qu'un commerçant commet une pratique interdite, et ce, même si aucun contrat n'est conclu avec un consommateur à la suite d'une telle pratique. En ce sens, ce mécanisme ne vise pas à « défendre l'intérêt privé d'un ou de plusieurs consommateurs, mais plutôt de protéger le public au sens large contre des pratiques commerciales susceptibles de le tromper » (au para 139).

[219] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 aux pp 99–101, 152; L'Heureux, « L'identification du consommateur », *supra* note 102 aux pp 47–9; Howard Beales, Richard Craswell et Steven C Salop, « The Efficient Regulation of Consumer Information » (1981) 24:3 JL & Econ 491 aux pp 514–23.

[220] Voir Gómez Pomar et Artigot Golobardes, « Rational Choice and Behavioural Approches », *supra* note 139 aux pp 144, 148–49; Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 129.

a agi principalement par le biais de la *Loi sur la concurrence*[221], les provinces se sont dotées de lois particulières s'attaquant directement au problème, en prévoyant à la fois des interdictions s'imposant aux commerçants et en confiant la surveillance de ces lois à un organisme administratif[222].

2.2.2.1.3. Les régimes de permis

Tout comme en matière de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, la protection des intérêts économiques de ces derniers peut justifier que l'État contrôle les entreprises autorisées à transiger sur le marché[223]. Les régimes de permis (aussi appelés « autorisations » ou « licences ») et les sanctions administratives qui y sont prévues (suspension ou révocation) se trouvent en amont de la relation contractuelle entre le commerçant et le consommateur de façon à exclure du marché certaines entreprises. Peuvent ainsi se voir refuser ou retirer l'autorisation d'exercer leurs activités, les entreprises qui ne satisfont pas à certains standards, ne respectent pas certaines normes ou adoptent des conduites malhonnêtes ou frauduleuses[224]. Peter Cartwright explique ainsi la raison d'être de ce mécanisme: « *Instead of relying on prosecutions or law suits to hold errant traders to account, prior approval enables the regulator to block the subject at point of entry to the market and withdraw permission to continue in the market already obtained* »[225]. Les régimes de permis ont ainsi un effet préventif visant à éliminer les pratiques répréhensibles dans les secteurs d'activités pour lesquels un permis est requis[226].

Ces régimes peuvent viser l'ensemble des activités d'une entreprise ou seulement l'une ou plusieurs de celles-ci[227]. Ils sont généralement contrôlés par un organisme administratif

---

[221] *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34, plus particulièrement la Partie VII.1 intitulée « Pratiques commerciales trompeuses » aux arts 74.01 et ss.

[222] Voir par exemple au Québec, le Titre II de la LPC, aux arts 215 et ss, intitulé « Pratiques de commerce »; en Colombie-Britannique, le Titre II du *Business Practices and Consumer Protection Act*, SBC 2004, c 2, aux arts 4 et ss, intitulé « Unfair Practices »; au Manitoba, *The Business Practices Act*, CCSM c B120, qui porte uniquement sur les pratiques de commerce interdites.

[223] Voir à ce sujet Cranston, *Consumers and the Law*, *supra* note 207 aux pp 365–95; Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 aux pp 41–44. Nous avons brièvement discuté de ce type d'intervention dans *supra* note 179 et texte correspondant.

[224] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 105.

[225] Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 à la p 41.

[226] Voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 101, nº 673.

[227] Voir Cranston, *Consumers and the Law*, *supra* note 207 à la p 365.

chargé à la fois d'établir les standards et les normes à respecter pour être autorisé à offrir des biens ou des services et de superviser les activités des entreprises sur le marché[228].

Du point de vue néo-classique, ce type de mesures est généralement justifié par le coût trop élevé pour le consommateur d'évaluer adéquatement les produits et les services offerts sur le marché, notamment lorsqu'il doit consulter des données techniques ou fait appel à des services professionnels[229]. La mise en place d'un régime de permis dont le contrôle est assuré par un organisme spécialisé permet dès lors de corriger cette défaillance. Les économistes comportementaux expliquent quant à eux la nécessité d'intervenir pour protéger les consommateurs plus vulnérables qui ne sont pas en mesure d'évaluer correctement le risque associé avec certaines transactions, notamment en matière de crédit[230]. Dans tous les cas, la mise en place d'un régime de permis est considérée comme l'une des mesures les plus interventionnistes de l'État dans le marché[231].

Au Canada, la création de tels régimes relève à la fois des provinces et du législateur fédéral. En effet, puisque ces régimes font partie, en principe, de la réglementation d'une industrie en particulier, chaque ordre de gouvernement sera compétent pour mettre en place un tel régime dans les secteurs d'activités dont il a la responsabilité[232]. Nous verrons que le législateur fédéral pourrait en outre, dans certaines circonstances, mettre sur pied un régime réglementaire national, comprenant un système de permis, qui toucherait au commerce dans son ensemble plutôt qu'à une seule industrie.

---

[228] *Ibid* à la p 366; Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 à la p 41.

[229] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 aux pp 53, 105; Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 aux pp 41–42.

[230] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 aux pp 63–67; Iain Ramsay, *Accès au crédit sur le marché parallèle du crédit à la consommation*, texte préparé pour le Bureau de la consommation, Industrie Canada et le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, 1er février 2000 à la p 32, en ligne: https://publications.gc.ca/collections/Collection/C2-543-2000F.pdf (consultée le 10 novembre 2022); Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 à la p 42.

[231] Voir Cartwright, *Consumer Protection*, *supra* note 100 à la p 41.

[232] Ainsi, au Québec par exemple, les commerçants qui effectuent de la vente itinérante, qui concluent des contrats de prêt ou encore qui font la vente de véhicules routiers sont assujettis à un régime de permis prévu aux 321 et ss LPC. Au niveau fédéral, les entreprises de télécommunications doivent obtenir une licence du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») pour exercer leurs activités (*Loi sur la radiocommunication*, LRC 1985, c R-2, art 4), tout comme les transporteurs aériens doivent détenir une licence émise par l'Office des transports du Canada (« OTC ») (*Loi sur les transports au Canada*, LC 1996, c 10, art 57).

2.2.2.2. La formation du contrat: la préservation d'un rapport de force équitable

La seconde catégorie de normes visant à protéger les intérêts économiques du consommateur se rattache à la formation du contrat. Elle vise les règles relatives à l'équité contractuelle et celles mettant en place des exigences minimales concernant la forme du contrat.

Dans les années 1960 et 1970, l'iniquité des rapports de négociations entre le consommateur et le commerçant est l'un des principaux motifs évoqués pour justifier l'intervention de l'État dans la relation contractuelle entre ces derniers[233]. Ce déséquilibre trouve sa source principalement dans les contrats « standardisés » ou « d'adhésion » qui se sont développés afin de s'adapter à la répétition des opérations sur le marché[234]. Dans de tels contrats, les clauses sont déterminées et rédigées à l'avance par le commerçant et sont imposées au consommateur. Ce type de contrats peut présenter des avantages, notamment en matière d'efficacité, d'uniformité et d'équité entre les consommateurs. Toutefois, lorsque ces derniers concluent de tels contrats, ils ne peuvent en négocier les termes et sont ainsi à la merci du commerçant[235]. Claude Masse soulignait d'ailleurs que l'incapacité de la doctrine et de la jurisprudence à répondre aux problèmes créés par les contrats d'adhésion est à la source du droit québécois de la consommation[236].

Les économistes néo-classiques attribuent cette iniquité dans la relation entre le commerçant et le consommateur à deux défaillances potentielles du marché[237]. D'une part, l'absence de concurrence empêche le consommateur de se tourner vers un concurrent lui offrant des termes contractuels plus avantageux[238]. D'autre part, le consommateur fait face à un déficit informationnel lorsqu'il n'est pas en mesure d'évaluer si les termes d'un contrat

[233] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 297.

[234] Voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 101, n° 2.

[235] *Ibid*; Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 aux pp 297– 98.

[236] Voir Masse, « Fondement historique », *supra* note 111 aux pp 48–55. Voir aussi Jean-Guy Belley, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socio-économique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse: en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 121 à la p 124.

[237] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 300; Trebilcock, « Rethinking Consumer Protection Policy », *supra* note 110 à la p 93.

[238] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 300.

sont plus avantageux d'un commerçant à l'autre et lorsqu'il n'est pas disposé à investir le temps nécessaire pour se renseigner et renégocier ces termes.[239].

Du point de vue de l'économie comportementale, même en présence d'une concurrence et d'une information parfaite qui leur permettraient de définir les termes de leur contrat, les consommateurs ne se trouveraient pas nécessairement dans une position où ces termes correspondraient parfaitement à leurs intérêts et besoins[240]. Les consommateurs peuvent en effet être limités dans leur capacité de traiter l'information qui leur est donnée lorsqu'ils sont confrontés à une surcharge d'information[241]. Ils peuvent également être portés à ne s'attarder qu'aux clauses du contrat les plus significatives, telles que celles relatives au prix et à la garantie[242]. Les consommateurs peuvent par ailleurs être trop optimistes, ce qui les pousse à sous-estimer certains risques, comme celui des probabilités que le commerçant ne remplisse pas ses obligations[243]. Bref, même si le consommateur est en mesure de négocier les termes de son contrat, cela ne le mènera pas nécessairement à choisir le contrat optimal[244].

Pour s'attaquer aux problèmes d'équité au sein du rapport entre le consommateur et le commerçant, le législateur peut imposer à ce dernier des obligations de divulgation d'information[245]. Il peut également obliger le commerçant à inclure une période de réflexion (« *cooling off* ») à la suite de l'acceptation du contrat. Une telle mesure permet au consommateur, une fois le contrat conclu, d'annuler celui-ci dans un certain délai, de façon à lui permettre de chercher plus d'informations sur le produit ou le service acheté ou de trouver de meilleurs termes auprès de concurrents[246]. L'État pourra en outre protéger le consommateur contre l'exploitation de sa faiblesse économique par rapport au commerçant

[239] Voir Trebilcock, « Rethinking Consumer Protection Policy », *supra* note 110 à la p 93.
[240] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 302.
[241] Voir *supra* note 147 et texte correspondant.
[242] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 302.
[243] Voir *supra* note 145 et texte correspondant.
[244] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 302.
[245] *Ibid* aux pp 100–03. Voir par exemple l'article 12 de la LPC qui prévoit que les frais qui ne sont pas mentionnés dans le contrat ne peuvent être réclamés au consommateur.
[246] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 aux pp 102, 305. Voir par exemple l'article 59 de la LPC qui permet l'annulation du contrat conclu entre un commerçant itinérant et un consommateur dans un délai de 10 jours après que les deux parties aient été en possession d'un double du contrat.

en interdisant les clauses considérées « abusives »[247]. Peuvent également être bannies les clauses qui priveraient le consommateur de certains recours, telles que celles lui imposant de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage ou lui interdisant d'exercer une action collective[248]. Le législateur pourrait au surplus lui-même dicter les termes du contrat en imposant des contrats modèles que doivent adopter les commerçants, comme c'est le cas par exemple du contrat de prêt d'argent et du contrat de crédit variable en droit québécois[249].

Dans la mesure où les règles visant à remédier à l'iniquité dans le rapport contractuel entre le consommateur et le commerçant se rattachent directement au contenu et à la forme du contrat, elles relèvent d'abord du droit commun provincial. Celui-ci vise notamment à résoudre les problèmes rattachés à l'iniquité de certaines clauses contractuelles, par exemple par le biais des règles relatives aux clauses abusives en droit civil[250] ou encore de la doctrine de l'iniquité (« *doctrine of unconscionability* ») en *common law*[251]. La plupart des provinces sont allées encore plus loin en adoptant des lois d'application générale, telle que la LPC au Québec, qui protègent le consommateur contre la lésion objective ou subjective et ajoutent des obligations quant à la forme et au contenu du contrat de consommation[252]. Ces obligations permettent au consommateur d'obtenir une information,

[247] Voir par exemple l'article 8 de la LPC qui permet au consommateur de demander la nullité du contrat ou la réduction de ses obligations « lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur » (lésion objective) ou lorsque « l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante » (lésion subjective). Voir à ce sujet L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 101, nº 51–57. L'article 1437 du CcQ interdit également les clauses abusives dans les contrats de consommation ou d'adhésion.

[248] Ces clauses sont prohibées par l'article 11.1 de la LPC. Bien que cette disposition empêche le commerçant d'imposer à l'avance le recours à l'arbitrage, elle laisse au consommateur la possibilité de choisir ce mode de règlement des différends *a posteriori*, soit lorsqu'un litige survient après la conclusion du contrat. Sur ce type de clauses, voir Marina Pavlović, « Contracting out of Access to Justice: Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts » (2016) 62:2 McGill LJ 389.

[249] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 305. Voir à titre d'exemple le *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, c P-40.1, r 3, arts 61.0.7. et 61.0.10.

[250] Voir l'article 1437 du CcQ.

[251] La Cour suprême décrit ainsi cette doctrine: « la doctrine de l'iniquité vise à protéger les personnes vulnérables dans le *contexte du processus de formation des contrats* des pertes ou des conséquences de leur imprudence dans le marché qui a été conclu ». Voir *Uber Technologies Inc c Heller*, 2020 CSC 16 au para 60. Voir aussi à ce sujet Trebilcock, « Rethinking Consumer Protection Policy », *supra* note 110 à la p 92; Moore, « Autonomie ou dépendance », *supra* note 111 à la p 10.

[252] Voir Belley, *supra* note 236 à la p 132; Moore, « Autonomie ou dépendance », *supra* note 111 à la p 9.

« plus compréhensible, plus complète et plus révélatrice des avantages et coûts réels du contrat de consommation »[253].

Nous verrons que bien que les provinces soient compétentes pour adopter des lois d'application générale réglementant l'ensemble des contrats de consommation, le Parlement fédéral peut pour sa part adopter des règles qui interviennent dans la relation contractuelle du consommateur avec des entreprises de compétence fédérale, dont les banques, les entreprises de télécommunications et les compagnies aériennes.

2.2.2.3. L'exécution du contrat: le contrôle de la qualité des biens et des services

Aux règles relatives à la phase précontractuelle et à celle de la formation du contrat, s'ajoutent celles se rattachant à l'exécution du contrat. Cette phase comprend principalement les règles relatives au contrôle de la qualité des biens et services offerts sur le marché[254].

Traditionnellement, la vente de produits sur le marché était peu encadrée et soumise au principe de *caveat emptor*, c'est-à-dire qu'il appartient à l'acheteur d'être vigilant[255]. Cela dit, l'émergence de la consommation de masse au 20e siècle a eu pour effet de limiter la capacité des consommateurs à négocier avec les commerçants le niveau de qualité des biens et services offerts sur le marché[256]. Parallèlement, la production accrue de biens de consommation a multiplié les risques de défaut dans leur fabrication[257]. Dans ce contexte, l'État a cherché à intervenir non seulement afin que des produits défectueux ne

[253] Belley, *supra* note 236 à la p 132.

[254] Voir Masse, « Fondement historique », *supra* note 111 aux pp 50–51. Pour leur part, Luc Thibaudeau et al, dans « Champ d'application du droit québécois », *supra* note 196, no 2, englobent également dans la phase d'exécution du contrat « les possibilités de mettre fin au contrat conclu avec un commerçant » et le « respect des représentations faites par les commerçants concernant les produits et services qu'ils offrent aux consommateurs ». Aux fins de notre analyse, nous traiterons de ces deux éléments dans une phase distincte, soit celle de la mise en œuvre des droits des consommateurs.

[255] Voir Cynthia Hawes et Christian Twigg-Flesner, « Sales and Guarantees » dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 172 à p 178 [Hawes et Twigg-Flesner, « Sales and Guarantees »].

[256] *Ibid*.

[257] L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 101, no 74.

compromettent pas la santé et la sécurité des consommateurs[258], mais aussi pour protéger leurs intérêts économiques en s'assurant que les produits vendus sur le marché répondent à un certain niveau de qualité en termes de performance, de fiabilité et de durabilité. Ainsi, l'État impose des exigences de qualité qui visent à la fois à ce que les produits achetés par les consommateurs ne représentent pas un danger pour ces derniers et que ces produits puissent servir la fin pour laquelle ils ont été achetés et être utilisés pendant une période raisonnable après leur achat. Nous verrons que l'objectif poursuivi — protéger la santé et la sécurité du consommateur ou protéger ses intérêts économiques — s'avère crucial dans la détermination de l'ordre de gouvernement compétent pour adopter ces diverses mesures.

Selon l'approche néo-classique, deux défaillances justifient l'intervention étatique pour remédier aux pertes économiques des consommateurs relatives à la qualité des biens et services vendus sur le marché. La première défaillance découle du manque d'information des consommateurs quant à la fiabilité, la durabilité et les coûts d'entretien d'un produit, et de la situation privilégiée dans laquelle se retrouve le commerçant en ayant une meilleure connaissance de ces aspects[259]. La seconde défaillance est due au coût élevé pour le consommateur afin de faire valoir ses droits par le biais d'une action privée, ce qui diminue les probabilités qu'une telle action soit entreprise et, du même coup, réduit l'incitatif des commerçants à maintenir un niveau de qualité élevé sur leurs biens et services[260].

L'approche comportementale soutient quant à elle que même en présence d'une information parfaite, les consommateurs ne pourront pas évaluer adéquatement la qualité d'un produit[261]. Ils ne seront par ailleurs pas toujours en mesure de comprendre leurs droits ainsi que les obligations du commerçant à l'égard des produits vendus, particulièrement lorsqu'ils sont confrontés à une trop grande quantité d'informations concernant les aspects techniques d'un produit[262].

[258] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.2.1. (« La protection *ex ante* et *ex post* de la santé et la sécurité du consommateur »).
[259] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 505.
[260] *Ibid* à la p 507. Voir aussi Hawes et Twigg-Flesner, « Sales and Guarantees », *supra* note 255 à la p 179.
[261] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 la p 506.
[262] *Ibid*.

Dans ce contexte, l'État doit intervenir afin d'assurer la qualité des produits vendus sur le marché et peut, pour ce faire, opter pour deux types de mesures. Il peut, d'une part, prévoir des normes ou standards de qualité pour la fabrication et la distribution de certaines catégories de produits[263]. Il peut, d'autre part, imposer des obligations de garantie au commerçant, incluant des garanties de conformité, de durabilité, d'absence de vice caché ou encore de service après-vente[264].

En plus de ces obligations légales, imposées par le législateur, les commerçants peuvent également, de façon volontaire, offrir une garantie conventionnelle sur leur produit valable pour une période prédéterminée[265]. Ainsi, en cas de défectuosité du produit, le consommateur peut régler son différend directement avec le commerçant, plutôt que de s'adresser aux tribunaux[266].

Nous verrons que les deux ordres de gouvernement peuvent adopter des normes relatives à la qualité d'un produit lorsque la santé et la sécurité du consommateur dépendent de celle-ci. Par contre, nous constaterons que les provinces se sont vu reconnaître une compétence exclusive pour imposer des exigences en matière de qualité du produit lorsque celles-ci visent plutôt à protéger les intérêts économiques des consommateurs.

2.2.2.4. La mise en œuvre des droits: les recours et sanctions contre le commerçant

En plus des droits substantifs qui leur sont conférés aux différents stades de leur relation contractuelle avec le commerçant, les consommateurs doivent avoir la capacité de revendiquer ces droits lorsque ceux-ci ne sont pas respectés[267]. Ainsi, la dernière catégorie

---

[263] Voir Lafond, *Droit de la protection du consommateur*, *supra* note 198, nº 427. Voir par exemple les articles 34 à 54 de la LPC.

[264] Voir Lafond, *Droit de la protection du consommateur*, *supra* note 198, nº 430. Notons qu'en principe, seule l'imposition de garanties légales se rattache à proprement parler à la phase de l'exécution du contrat. Quant à elle, l'imposition de standards de qualité se fait plutôt en amont de la formation du contrat entre le consommateur et le commerçant, et pourrait en ce sens être associée à la phase précontractuelle. Toutefois, à l'instar des auteurs desquels s'inspire notre catégorisation, nous avons choisi de regrouper ces deux types de mesures dans la même catégorie (et donc d'en traiter dans la même phase) puisqu'elles visent un objectif commun, soit le contrôle de la qualité des biens et services offerts sur le marché.

[265] Voir Lafond, *Droit de la protection du consommateur*, *supra* note 198, nº 502.

[266] Voir Hawes et Twigg-Flesner, « Sales and Guarantees », *supra* note 255 à la p 188; Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 610.

[267] Voir Kate Tokeley, « Access to Justice », dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing,

de normes qui visent à protéger les intérêts économiques des consommateurs concernent les recours qui permettent à ces derniers de faire valoir les droits dont ils disposent à chacune des phases que nous venons d'aborder. Elle englobe par ailleurs les sanctions qui peuvent être imposées par l'État à la fois afin de prévenir et de punir le non-respect de la loi par le commerçant.

En cas de manquement à l'une des obligations ou interdictions s'appliquant à l'une ou l'autre des trois phases de la relation contractuelle dont nous avons discuté, le consommateur peut d'abord et avant tout entreprendre un recours de nature civile à l'encontre du commerçant. En effet, le consommateur peut, par le biais de lois d'application générale, de lois sectorielles ou encore du droit commun, réclamer aux commerçants des réparations telles que l'annulation du contrat, l'exécution des obligations prévues par la loi ou encore la réparation du préjudice économique subi[268]. À cet égard, les auteurs L'Heureux et Lacoursière décrivent le recours civil contractuel comme étant sans aucun doute le « meilleur remède pour assurer la protection des intérêts du consommateur »[269].

La mise en application des règles visant à protéger les intérêts économiques des consommateurs ne passe pas uniquement par la voie traditionnelle du recours individuel[270]. En effet, les dommages susceptibles de résulter, notamment, de pratiques commerciales inéquitables ou frauduleuses sont souvent mineurs sur le plan individuel, mais peuvent représenter un préjudice important lorsque considérés dans leur ensemble[271]. Or la nature diffuse du préjudice économique découlant de telles pratiques — et le temps et les ressources que nécessite une action en justice — réduisent les chances qu'un consommateur entreprenne une action individuelle[272].

2018, 413 à la p 413 [Tokeley « Access to Justice »]. Sur les recours et sanctions visant à protéger le consommateur, voir de façon générale Saumier et Micklitz, « Enforcement and Effectiveness », *supra* note 177; Saumier, « Recours du consommateur », *supra* note 177; Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws », *supra* note 120; James M O'Grady, « Consumer Remedies » (1982) 60 Can Bar Rev 549.

[268] Voir *supra* note 188.

[269] L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 101, n° 607.

[270] Voir Tokeley « Access to Justice », *supra* note 267 aux pp 415–16.

[271] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 153; Cafaggi et Micklitz, « Collective Enforcement of Consumer Law », *supra* note 160 à la p 394.

[272] Voir Tokeley « Access to Justice », *supra* note 267 aux pp 415–16.

Dans ce contexte, la mise en place d'un mécanisme tel que l'action collective pourra pallier ces problèmes en favorisant l'accès à la justice pour les consommateurs, en incitant les commerçants à modifier leurs comportements préjudiciables et en permettant d'économiser les ressources judiciaires[273]. Une autre solution réside dans la reconnaissance d'un intérêt pour agir au nom des consommateurs à certains groupes ou associations de consommateurs[274]. Le consommateur peut en outre opter pour des modes alternatifs de règlement des différends, tels que la négociation, le règlement à l'amiable, la médiation ou encore l'arbitrage[275].

L'application des mesures interdisant certaines pratiques de commerce peut également être assurée par les concurrents plutôt que les consommateurs[276]. En effet, ceux-ci disposent souvent de ressources plus importantes et ont un incitatif plus grand à s'assurer que les autres entreprises sur le marché n'adoptent pas des conduites pouvant leur procurer un avantage compétitif. Dès lors, les concurrents sont souvent plus susceptibles d'entreprendre une action de nature privée contre les entreprises qui adoptent certaines pratiques frauduleuses. Certes, les consommateurs ne seront pas indemnisés si le concurrent qui entreprend l'action a gain de cause, mais ils bénéficieront indirectement de l'effet dissuasif résultant de ce type d'action[277]. Les entreprises peuvent également s'autoréguler en prévoyant des mécanismes internes de sanctions en cas de manquements aux obligations qu'elles se sont elles-mêmes imposées collectivement[278].

En outre, la nature à la fois diffuse et répandue des pertes économiques susceptible de résulter de certaines pratiques de commerce justifie que la mise en œuvre des droits des consommateurs ne repose pas uniquement entre leurs mains et soit également assurée par

[273] Sur les objectifs de l'action collective, voir Cafaggi et Micklitz, « Collective Enforcement », *supra* note 160 à la p 417; Catherine Piché, *The Class Action Effect/L'effet de l'action collective*, Cowansville, Yvon Blais, 2018 aux pp 14–20; *Vivendi Canada Inc c Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 au para 1; *Western Canadian Shopping Centres Inc Dutton*, 2001 CSC 46 aux para 27– 29.

[274] Voir à ce titre le paragraphe 316(2) de la LPC qui prévoit qu'un organisme destiné à protéger le consommateur est réputé avoir l'intérêt requis pour demander une injonction ordonnant à une personne de cesser de se livrer à une pratique interdite. Voir aussi Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws », *supra* note 120 à la p 476.

[275] Voir à ce sujet Saumier, « Recours du consommateur », *supra* note 177, nº 73.1–80; Saumier et Micklitz, « Enforcement and Effectiveness », *supra* note 267 aux pp 22– 23.

[276] Voir Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws », *supra* note 120 aux p 471–72.

[277] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 153.

[278] Voir Saumier et Micklitz, « Enforcement and Effectiveness », *supra* note 267 aux pp 27–30.

des organismes administratifs spécialisés[279]. Ceux-ci pourront veiller au respect de la loi en imposant des sanctions de nature administratives, ne visant pas à réparer les dommages subis par le consommateur, mais plutôt à éliminer du marché les pratiques de commerce répréhensibles[280]. En outre, tout comme il le fait pour protéger la santé et la sécurité des consommateurs, le législateur pourra assurer la protection de leurs intérêts économiques par la voie de sanctions de nature pénale[281] ou criminelle[282].

À cet égard, comme l'affirme Trebilcock, les mécanismes relevant du droit public peuvent s'avérer plus efficaces pour protéger le consommateur que les seules actions de nature privée:

> *Public enforcement authorities may be able to realize economies of scale, scope and specialization in investigative and enforcement functions relative to private enforcers, and may have access to investigative powers that we would be reluctant to vest in private enforcers, and to penalties (fines and imprisonment) and other forms of deterrence (for example, license revocation) not available in civil redress proceedings*[283].

Au final, l'ensemble de ces recours et sanctions permettent à la fois d'indemniser les consommateurs pour le préjudice subi et de dissuader les commerçants d'adopter des pratiques susceptibles de nuire à leurs intérêts économiques. À l'instar des mesures visant à protéger leur santé et leur sécurité, c'est l'amalgame de ces différents mécanismes qui assurera de façon optimale le respect des droits économiques conférés aux consommateurs[284].

Bien qu'au Canada les deux ordres de gouvernement puissent prévoir des mécanismes de nature administrative et pénale, il relève généralement de la compétence des provinces de mettre sur pied des recours de nature civile, et de celle du Parlement d'imposer des sanctions criminelles. Nous verrons que cette ligne de démarcation en matière de recours

---

[279] Voir Ramsay, *Consumer Law*, *supra* note 112 à la p 153; Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws », *supra* note 120 aux pp 471–72; Tokeley « Access to Justice », *supra* note 267 aux pp 429–30.

[280] Voir *supra* note 177 et texte correspondant.

[281] Voir *supra* note 180 et texte correspondant.

[282] Voir *supra* note 183 et texte correspondant.

[283] Trebilcock, « Rethinking Consumer Protection Policy », *supra* note 110 à la p 84.

[284] Voir Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws », *supra* note 120 aux pp 468– 69; Cafaggi et Micklitz, « Collective Enforcement of Consumer Law », *supra* note 160 à la p 395.

est toutefois devenue plus floue en raison de l'approche moderne du fédéralisme adoptée par les tribunaux.

En somme, la compétence de chacun des ordres de gouvernement pour adopter des mesures visant à protéger les intérêts économiques du consommateur dépendra en grande partie du type de mesures en question. Les règles relatives à la phase précontractuelle relèvent essentiellement d'une compétence partagée entre les deux ordres de gouvernement. Pour leur part, celles relatives à la formation et à l'exécution du contrat, de même que celles portant sur les recours des consommateurs, se trouvent pour la majorité dans le champ de compétence des provinces, bien que le Parlement fédéral soit aussi, dans certains cas, habilité à intervenir. Nous verrons dans la Partie II dans quelle mesure l'évolution de la jurisprudence du CJPC et de la Cour suprême a mené à une telle répartition des compétences entre les deux ordres de gouvernement.

Ces précisions théoriques étant apportées, nous entrerons maintenant dans le cœur de notre analyse. Nous verrons qu'au fil des années, le droit provincial et le droit fédéral ont évolué de façon complémentaire pour encadrer les rapports de consommation dans de nombreux secteurs d'activités afin de protéger les différents intérêts des consommateurs. D'une part, nous constaterons que cette évolution a été influencée par l'émergence de l'approche dite « moderne » du fédéralisme ayant facilité et favorisé — de façon générale — l'intervention accrue de chacun des ordres de gouvernement dans ce domaine. D'autre part, nous constaterons que cette intervention législative a réciproquement influencé l'évolution des doctrines d'interprétation constitutionnelle et la portée des compétences respectives du Parlement et des provinces.

PARTIE I — FÉDÉRALISME ET PROTECTION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU CONSOMMATEUR

Dans le Chapitre préliminaire, nous avons vu que les règles en matière de protection de la santé et de la sécurité du consommateur pouvaient se diviser en deux catégories, soit les règles *ex ante*, qui visent à *prévenir* le risque encouru par le consommateur, et les règles *ex post*, qui visent quant à elles à indemniser le consommateur dans l'éventualité où ce risque se matérialise. Sur le plan du partage des compétences, la mise en place de mesures de nature préventive est généralement associée au Parlement fédéral et l'indemnisation du préjudice aux provinces[1]. Nous verrons toutefois dans la présente partie que cette division appelle certaines nuances.

Historiquement, la principale source de l'encadrement législatif en matière de sécurité du produit se trouvait dans les règles de responsabilité civile[2]. À ces mesures locales s'ajoutaient des standards établis sur une base volontaire par les différentes industries[3]. À partir de la deuxième moitié du 20e siècle, le nombre et la variété de produits vendus sur le marché se multiplient et les consommateurs ont de plus en plus de difficulté à juger par eux-mêmes des risques que peuvent poser ces nouveaux produits[4]. C'est le cas notamment des risques à long terme pour leur santé dus aux produits toxiques et cancérigènes dont la dangerosité peut être difficile à évaluer. Ces nouveaux produits peuvent en outre s'avérer particulièrement dangereux si le consommateur n'a pas été correctement informé quant aux risques rattachés à leur utilisation[5]. Plusieurs retracent également les sources de la législation relative à la sécurité du produit à la crise de la thalidomide au début des années 1960 qui a été le catalyseur de réformes significatives en matière de régulation des produits pharmaceutiques et a révélé le caractère inadéquat des mécanismes existants[6].

---

[1] Voir Marie-Ève Arbour, « Sécurité des produits, santé des consommateurs, responsabilités et constitutions: synergies comparées » (2013) RD & santé McGill 169 aux pp 175, 215 [Arbour, « Synergies comparées »].

[2] Voir Jeffrey C Shaul et Michael J Trebilcock, « The Administration of the Federal Hazardous Products Act » (1982) 7:1 Can Community LJ 2 à la p 4 [Shaul et Trebilcock, « Hazardous Products Act »].

[3] *Ibid* à la p 3.

[4] Voir Geraint Howells, *Consumer Product Safety*, Aldershot, Dartmouth et Ashgale, 1998, à la p 2.

[5] *Ibid*.

[6] Présentée comme un médicament tranquillisant sans effets secondaires, la thalidomide a entraîné des déformations à la naissance chez des milliers de nouveau-nés. Voir Ross Cranston, *Consumers and the Law*, 2e éd, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1984 aux pp 152–55; Jeremy D Fraiberg et Michael J Trebilcock,

Or la régulation provinciale en matière de responsabilité civile était perçue comme insuffisante pour prévenir les risques d'atteintes à l'intégrité physique des consommateurs. D'une part, les provinces ne pouvaient pas assurer le contrôle des produits importés ou distribués à travers le pays, n'étant compétentes sur le plan constitutionnel que pour encadrer le commerce intraprovincial[7]. D'autre part, le droit commun n'offrait que des recours de nature compensatoire, s'appliquant *ex post*, une fois que le préjudice avait été subi. Comme l'explique Marie-Ève Arbour, les règles du droit commun provincial présentent plusieurs lacunes:

> *[…] elles interviennent, d'un point de vue chronologique, trop tard (l'action en réparation du préjudice corporel), requièrent des éléments de preuve difficiles à étayer (soit l'urgence, le préjudice sérieux et irréparable, la balance des inconvénients propres à l'injonction) ou n'offrent, tout court, aucun ancrage juridique (manque d'intérêt pour agir, absence, en common law canadienne, d'un devoir de diligence envers les consommateurs)*[8].

C'est pourquoi, avec le temps, le législateur fédéral est venu combler ce « vide » législatif et compléter les règles existantes. Il a ainsi établi des normes de sécurité s'appliquant *ex ante* afin de s'assurer du contrôle de la fabrication, de la distribution et de la vente de nombreux produits[9]. L'intervention fédérale se situe dès lors généralement en amont de la matérialisation du risque afin de corriger les lacunes du droit privé et pallier le fait que ce dernier n'est pas en mesure de redresser, à tout le moins de façon suffisante, le déséquilibre entre le consommateur et le commerçant[10]. Comme nous le verrons, cette intervention repose principalement sur la compétence fédérale en matière de droit criminel, qui lui

« Risk Regulation: Technocratic and Democratic Tools for Regulatory Reform » (1998) 43:4 McGill LJ 835 à la p 840; Barbara von Tigerstrom, « A Consumer Protection Perspective on Regulation for Healthier Eating » (2016) 39:2 Dal LJ 471 à la p 473; Geraint Howells et Thomas Wilhelmsson, « EC and US Approaches to Consumer Protection – Should the Gap Be Bridged? » (1997) 17:1 Yearbook of Eur L 207 à la p 223; Jacob Ziegel, « Note on the History of Food and Drug Legislation in Canada » dans Jacob Ziegel, dir, *Commercial and consumer transaction: cases, text and materials*, Toronto, Edmond-Montgomery Limited, 1981, 308 à la p 308 [Ziegel, « Note on the History »].

[7] Voir Shaul et Trebilcock, « Hazardous Products Act », *supra* note 2 à la p 3.

[8] Marie-Ève Arbour, « Chronique: Petite visite guidée de la Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation », *Repères*, Cowansville, Yvon Blais, 2012 à la p 4 [Arbour, « Visite guidée »].

[9] Voir Shaul et Trebilcock, « Hazardous Products Act », *supra* note 2 à la p 3.

[10] Voir Arbour, « Visite guidée », *supra* note 8 à la p 4.

permet d'imposer des exigences qui s'appliquent à l'ensemble des commerçants et fabricants, incluant ceux qui n'opèrent qu'à l'intérieur d'une seule province.

Inversement, l'indemnisation du préjudice en cas d'atteinte à la santé ou à la sécurité du consommateur relève principalement des provinces, bien que dans certaines circonstances, le législateur fédéral puisse prévoir des recours permettant de réclamer des dommages-intérêts en cas de préjudice corporel dans des secteurs d'activités qui relèvent de sa responsabilité, comme c'est le cas en matière de transport aérien[11]. Les régimes d'indemnisation permettent ainsi à un particulier de rechercher une réparation pour le préjudice économique ou moral subi à la suite du défaut de sécurité d'un bien. La réparation du préjudice physique passe quant à elle principalement par les systèmes de santé publique mis en place par les provinces[12].

La complémentarité des règles adoptées par les deux ordres de gouvernement afin de protéger la santé et la sécurité du consommateur est d'une importance primordiale puisque ni l'un ni l'autre ne possède de compétence exclusive à cet effet. Pour reprendre les mots de Marie-Ève Arbour, la sécurité des produits est « à cheval entre l'exercice de compétences fédérales et provinciales »[13]. En effet, nous verrons que la ligne de démarcation entre ce qui relève de la responsabilité des provinces et des autorités fédérales n'est pas toujours étanche, d'autant plus que la Cour suprême a généralement reconnu que les deux ordres de gouvernement pouvaient agir de façon parallèle et a ainsi permis les chevauchements législatifs dans ce domaine.

Aux fins de notre analyse, nous tracerons l'évolution législative des mesures adoptées par le Parlement fédéral [1.] et par les provinces [2.]. À la lumière de la jurisprudence résultant de la contestation constitutionnelle des mesures adoptées par les deux ordres de

[11] Voir la *Loi sur le transport aérien*, LRC 1985, c C-26 et la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international conclue à Montréal en 1999* (Convention de Montréal) en annexe de cette loi qui permet notamment d'entreprendre un recours en responsabilité contre le transporteur en cas de mort, blessure ou lésion corporelle subie par un voyageur.

[12] À cet égard, plusieurs provinces ont adopté des lois visant à compenser l'État pour les coûts des soins de santé imputables au tabac ou aux opioïdes. Voir par exemple au Québec la *Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac*, RLRQ c R-2.2.0.0.1, ou en Ontario la *Loi de 2019 sur le recouvrement des dommages-intérêts et du coût des soins de santé imputables aux opioïdes*, LRO 2019, c 17, ann 2.

[13] Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 1 à la p 216.

gouvernement, nous tracerons les contours de leur sphère de compétence respective. Nous pourrons ainsi déterminer en quoi l'évolution de la législation visant à protéger la santé et la sécurité du consommateur a été influencée par les limites posées par cette jurisprudence et de quelle façon la volonté des tribunaux de protéger le consommateur a influencé l'évolution de l'interprétation du partage des compétences.

1. L'intervention fédérale: la compétence en droit criminel comme fondement de l'action législative du Parlement pour prévenir les risques liés la santé et la sécurité des consommateurs

Au cours des années 1960 et 1970, le Parlement fédéral crée le ministère de la Consommation et des Corporations[14] et adopte une série de lois afin de protéger la santé et la sécurité des consommateurs[15]. Cette nouvelle législation vise essentiellement à mettre en place différents mécanismes encadrant l'importation, la fabrication, la distribution et la vente de produits dangereux ou défectueux[16]. Ces lois prévoient d'importants pouvoirs réglementaires, exercés par un organe administratif fédéral, et des sanctions de nature administrative, pénale ou criminelle[17].

Afin de mieux comprendre la nature et la portée de l'intervention fédérale dans ce domaine, nous dresserons un portrait de l'évolution de quatre lois fédérales visant à protéger la santé et la sécurité du consommateur, soit la *Loi sur les aliments et drogues*[18] [1.1.], la *Loi sur le tabac*[19] [1.2.], la *Loi sur les produits dangereux*[20] [1.3.] et la récente *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*[21] [1.4.]. Nous nous attarderons d'abord aux deux premières puisque, comme nous le verrons, leur constitutionnalité a fait l'objet de plusieurs décisions rendues par la Cour suprême du Canada. L'étude de ces lois permet ainsi de mieux comprendre la façon dont l'action du législateur fédéral et l'évolution de la

[14] *Loi établissant le ministère de la Consommation et des Corporations*, LC 1967, c 16.

[15] Voir Edward P Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984 » dans Yvan Bernier et Andrée Lajoie, dir, *La protection des consommateurs*, *le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 1 à la p 5 [Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation »].

[16] *Ibid* à la p 12.

[17] *Ibid*.

[18] *Loi sur les aliments et drogues*, LRC 1985, c F-27.

[19] *Loi sur le tabac*, LC 1997, c 13 [intitulée depuis 2018 « *Loi sur le tabac et les produits de vapotage* »].

[20] *Loi sur les produits dangereux*, LRC 1985, c H-3.

[21] *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, LC 2010, c 21.

jurisprudence de la Cour en matière de partage des compétences s'influencent mutuellement. Nous aborderons par la suite les deux dernières, plus brièvement, puisque leur validité constitutionnelle n'a été que rarement remise en question et n'a pas (encore) fait l'objet d'une décision de la Cour suprême. Il demeure pertinent de traiter de ces deux lois puisqu'elles comptent parmi les plus importantes mesures dans l'arsenal législatif fédéral relatif à la sécurité du produit. Elles prévoient des obligations plus générales s'ajoutant à d'autres lois et règlements fédéraux qui s'appliquent à des secteurs spécifiques[22].

1.1. La réglementation des aliments et drogues: la définition des contours de la compétence fédérale en droit criminel

L'une des premières mesures fédérales adoptées au Canada relativement à la sécurité des produits avait pour objet la falsification des breuvages, des aliments et des médicaments[23]. La *Loi sur les aliments et drogues*[24] telle qu'elle existe aujourd'hui est le fruit d'une longue évolution. Elle a fait l'objet de plusieurs contestations constitutionnelles qui ont permis de définir les contours de la compétence fédérale en droit criminel et, par ricochet, ceux de la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils. Nous nous attarderons donc ici aux origines de cette loi [1.1.1.], puis nous retracerons son évolution à la lumière des différentes décisions ayant traité de sa validité constitutionnelle. Nous nous attarderons d'abord à la première contestation de la validité de cette loi [1.1.2.], puis à l'élargissement de cette dernière et aux premières limites posées par la Cour suprême à la compétence du Parlement à ce sujet [1.1.3.]. Nous discuterons enfin des conséquences contemporaines de cette jurisprudence [1.1.4.].

[22] Parmi les lois qui touchent à la santé et à la sécurité du consommateur dont nous ne traiterons pas en détail figurent les lois suivantes: *Loi sur les produits agricoles au Canada*, LRC 1985, c 20; *Loi sur l'inspection du poisson*, LRC 1985, c F-12; *Loi sur l'inspection des viandes*, LRC 1985, c 25; *Loi sur les explosifs*, LRC 1985, c E-17; *Loi sur la sécurité automobile*, LC 1993, c 16; *Loi sur le contrôle des renseignements relatifs aux matières dangereuses*, LRC 1985, c 24.

[23] Voir Ziegel, « Note on the History », *supra* note 6 aux pp 308–09.

[24] *Loi sur les aliments et drogues*, *supra* note 18.

1.1.1. Les origines

À la fin du 19e siècle, le législateur fédéral a pour objectif de contrôler la vente d'alcool frelaté, notamment en imposant des frais de licence aux fabricants d'alcool[25]. Les mesures adoptées à cet effet sont d'abord incorporées en 1874 à la *Loi du revenu de l'intérieur*[26], puis elles sont regroupées en 1885 dans une loi à part entière prenant le nom de *Loi des falsifications*[27].

La portée de cette loi est élargie à partir de 1910 afin d'inclure des exigences relativement aux produits laitiers et céréaliers, à la viande, aux produits de l'érable et aux breuvages[28]. À la suite de la création du ministère de la Santé et de sa Division des produits alimentaires et pharmaceutiques en 1919, la *Loi sur les falsifications* est remplacée par la *Loi sur les aliments et drogues*[29], première véritable mouture de la loi actuelle. En plus d'instaurer des standards relatifs aux aliments et aux drogues, le législateur fédéral y intègre des dispositions interdisant l'étiquetage trompeur[30]. Notons que le terme « drogues » utilisé dans cette nouvelle loi réfère à des *médicaments*, plus particulièrement aux matières premières entrant dans la fabrication de ceux-ci[31]. Pour éviter toute confusion terminologique, nous utiliserons ici le terme « médicament » pour décrire les « drogues » utilisées à des fins de traitement et de prévention d'une maladie.

---

[25] Voir Ziegel, « Note on the History », *supra* note 6 aux pp 308–09.

[26] *Acte pour imposer des droits de licence aux fabricants de mélanges spiritueux, et pour amender l'Acte concernant le revenu de l'intérieur, et pour prévenir la falsification des substances alimentaires, des boissons et des drogues*, LC 1874, c 8.

[27] *Acte concernant la falsification des substances alimentaires des drogues et des engrais agricoles*, LC 1885, c 67; Ziegel, « Note on the History », *supra* note 6 à la p 309; Mathieu Gagné, « Réflexions sur l'ensemble normatif dans lequel s'organise la régulation des médicaments » (2006) 37 RDUS 59 à la p 71 [Gagné, « Réflexions »].

[28] Voir Ziegel, « Note on the History », *supra* note 6 à la p 309.

[29] *Loi des aliments et drogues*, LC 1920, c 27 [*Loi sur les aliments et drogues 1920*].

[30] *Ibid*, arts 5–6. Voir aussi Ziegel, « Note on the History », *supra* note 6 à la p 309; Gagné, « Réflexion », *supra* note 27 à la p 72.

[31] L'auteur Mathieu Gagné explique à ce sujet que les lois fédérales utilisent généralement le mot « drogue » alors que les lois québécoises utilisent plutôt le mot « médicament », ce qui peut prêter à confusion. Il précise que ces deux termes ne peuvent en principe être assimilés puisque le terme « drogue » réfère plus précisément à la *matière première* qui entre dans la préparation des médicaments. Cela dit, l'auteur remarque que la *Loi sur les aliments et drogues* assimile les deux termes, tout comme les tribunaux, qui utilisent indistinctement l'un ou l'autre. Voir Gagné, « Réflexions », *supra* note 27 aux pp 64–65. Pour une analyse détaillée de la définition des termes « drogue » et « médicament », voir aussi Michel Cotnoir, *La mise en marché du médicament en droit pharmaceutique canadien*, Montréal, Thémis, 1995 aux pp 27–73.

1.1.2. Le premier test constitutionnel

Dès la première moitié du 20e siècle, la constitutionnalité de la *Loi sur les aliments et drogues*[32] est contestée devant la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'arrêt *Standard Sausage*[33]. Dans cette affaire, la Cour d'appel avait à déterminer si le Parlement fédéral pouvait interdire l'utilisation du dioxyde de soufre comme ingrédient dans la fabrication de saucisses. Elle devait ainsi décider si les articles 3 (pouvoirs réglementaires), 4 (interdiction de falsification des aliments) et 23 (pénalités) de la *Loi sur les aliments et drogues* étaient *intra vires* du Parlement fédéral.

La Cour d'appel confirme la validité de l'ensemble de ces dispositions. Selon le juge Macdonald, écrivant pour la majorité, il appartient au Parlement fédéral, en vertu de sa compétence en droit criminel prévue au paragraphe 91(27) de la LC de 1867, de déterminer quels ingrédients peuvent ou non être utilisés dans la fabrication d'un produit afin de s'assurer que celui-ci ne pose pas de risque pour la santé du consommateur[34]. Selon lui, ce qui est déterminant c'est que l'objectif de la loi soit de protéger la santé des consommateurs, peu importe si les moyens pour atteindre un tel objectif auraient pu être différents de ceux choisis par le législateur. Dans ce contexte, même si l'ajout d'un ingrédient lors de la fabrication d'un produit ne s'avère pas, dans les faits, dangereux pour la santé, cela ne remet pas en question la validité des dispositions législatives qui interdisent

[32] *Loi des aliments et drogues*, LRC 1927, c 76 [*Loi sur les aliments et drogues 1927*].

[33] *Standard Sausage Co v Lee*, [1933] BCJ No 79, [1933] 4 DLR 501 (BCCA) [*Standard Sausage 1933*], avec l'addendum du juge Martin reporté dans [1934] BCJ No 119, [1934] 1 DLR 706 (BCCA) [*Standard Sausage 1934*] (aucune explication n'est fournie dans les motifs du juge Martin pour justifier que son jugement soit rendu près d'un an après la décision de la majorité). Une année auparavant, la Cour suprême de Colombie-Britannique, dans *R v Goldsmid* [1932] BCJ no 37, (1932) 45 BCR 435 (BCSC), avait rejeté un argument selon lequel les articles 3, 4 et 23 de *Loi sur les aliments et drogues 1927*, *supra* note 32, auraient été *ultra vires* du Parlement fédéral en ce qui a trait aux produits dont l'adultération ne comportait pas de risque pour la santé du consommateur. Les motifs de la décision n'offrent toutefois aucune analyse expliquant comment la Cour en est venue à rejeter cet argument.

[34] Voir *Standard Sausage 1933*, *supra* note 33 aux pp 505–06. Ce même raisonnement a été suivi par la Cour fédérale dans *Berryland Canning Co Ltd c The Queen*, [1974] 1 CF 91, aux pp 95–96, 44 DLR (3d) 568 (CF) où celle-ci a conclu que l'article 4 de la *Loi des aliments et drogues*, LRC 1970, c F-27 [*Loi sur les aliments et drogues 1970*] relevait de la compétence fédérale en matière de droit criminel, soulignant que: « Il ressort clairement d'une comparaison de la Loi [sur les aliments et drogues] de 1927 et de la présente loi que, si certaines dispositions ont été ajoutées et d'autres modifiées, les buts principaux de la Loi n'ont pas changé au cours des années. Ainsi le raisonnement adopté dans l'arrêt *Standard Sausage* (précité) s'applique aussi à la présente affaire. […] Il semble évident que la *Loi des aliments et drogues*, y compris son article 4, a été adoptée "dans un but d'intérêt public", à savoir, la protection de la santé de tous les Canadiens, et on peut justifier cette législation comme étant en rapport avec le droit criminel ».

un tel ajout[35]. Enfin, le juge Macdonald précise que l'objectif de la loi est à la fois de protéger le consommateur et de supprimer la fraude dans la distribution de produits alimentaires en évitant que les commerçants vendent un produit sous une appellation fausse ou trompeuse[36].

Dans des motifs concurrents, le juge Martin est d'avis que les dispositions contestées sont valides non seulement en vertu de la compétence fédérale en droit criminel, mais également du pouvoir de faire des lois pour la « paix l'ordre et le bon gouvernement » prévu au paragraphe liminaire de l'article 91 de la LC de 1867[37]. Selon lui, il est impossible d'assurer la santé de la population canadienne si le Parlement fédéral ne dispose pas de la compétence nécessaire pour adopter des règles uniformes à cet effet à travers le pays[38]. Il ajoute qu'il va de soi que l'exercice de la compétence fédérale en droit criminel afin de protéger la santé du consommateur peut restreindre « drastiquement » (« *drastically* ») la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils[39], mais que cela ne rend pas la loi invalide pour autant[40].

Enfin, bien que le juge Martin n'ait pas à trancher cette question définitivement, il ne ferme pas la porte à ce que l'adoption de règles visant la protection de la santé des consommateurs relève également de la compétence fédérale sur le commerce découlant du paragraphe 91(2)[41]. Il se base pour ce faire sur la décision *Parsons*[42], rendue cinquante ans auparavant, dans laquelle le CJCP avait reconnu que l'expression « trafic et commerce » (« *trade and commerce* »)[43] au paragraphe 91(2) comportait deux volets, soit un premier qui conférait au Parlement une compétence sur le commerce interprovincial et international, mais aussi possiblement un second qui lui permettait de légiférer en matière

[35] Voir *Standard Sausage 1933*, *supra* note 33 à la p 507.
[36] *Ibid* aux pp 507–08.
[37] Voir *Standard Sausage 1934*, *supra* note 33 à la p 111.
[38] *Ibid* aux pp 98–99.
[39] *Ibid* à la p 107.
[40] *Ibid* à la p 111.
[41] *Ibid* à la p 112,
[42] *Parsons c Citizens Insurance Company of Canada* (1881), [1881] 7 AC 96, 8 CRAC 406 (CJCP) [*Parsons*].
[43] La version française (non officielle) de la LC de 1867 traduit cette expression par « *trafic* et commerce », mais la Cour suprême la traduit également en utilisant les termes « *échanges* et commerce ». Nous utilisons pour notre part les deux formulations.

de « *general regulation of trade affecting the whole Dominion* »[44]. C'est en vertu de ce second volet que le législateur fédéral disposerait, selon le juge Martin, d'une compétence « générale » sur le commerce lui permettant d'adopter des mesures pour protéger la santé du consommateur.

Au final, tant le juge Macdonald que le juge Martin s'entendent sur la validité des dispositions de la loi, même si leurs motifs diffèrent quant aux champs de compétence sur lesquels celle-ci repose. Ce faisant, ils confirment pour la première fois que le Parlement fédéral peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel — et potentiellement en vertu d'autres chefs de compétences — imposer des normes de composition dans la fabrication de certains produits. Lorsque l'objectif poursuivi par le législateur fédéral est celui de protéger la santé des consommateurs, la Cour d'appel lui reconnaît une compétence plutôt large. Elle lui permet d'abord de choisir les moyens pour atteindre cet objectif, sans égard à leur efficacité. Elle reconnaît ensuite la capacité du Parlement de s'immiscer dans le processus de fabrication des produits pour interdire ou non l'utilisation de certains ingrédients. Enfin, la Cour d'appel accepte qu'en exerçant sa compétence en droit criminel, le Parlement fédéral puisse empiéter, même de façon substantielle, sur la compétence des provinces en matière de commerce intraprovincial.

Fort de cette victoire, le législateur fédéral élargit dans les années suivantes la portée de la *Loi sur les aliments et drogues* afin d'y ajouter de nouvelles interdictions, de conférer de nouveaux pouvoirs réglementaires au gouvernement et de viser un plus grand nombre de produits. Il interdit ainsi, à partir de 1934, la vente de produits publicisés comme constituant des remèdes pour certaines maladies[45]. Quelques années plus tard, il étend l'application de la loi au-delà des seuls aliments et médicaments, en encadrant dorénavant la fabrication et la vente de cosmétiques[46]. Il attribue par ailleurs au gouverneur en conseil

[44] *Parsons*, *supra* note 42 à la p 12.

[45] *Loi modifiant la Loi des aliments et drogues*, LC 1934, c 54. Le nouvel article 6A prévoit que: « *No person shall import, offer for sale, or sell any food or drug represented by label or by advertisement to the general public as a treatment for any of the diseases, disorders or abnormal physical states named or included in Schedule A to this Act or in any amendment to such Schedule* ». Voir à ce sujet Ziegel, « Note on the History », *supra* note 6 à la p 309; R E Curran, « Canada's Food and Drug Act » (1946) 1:4 Food & Drug LJ 492 à la p 502 [Curran, « Canada's Food and Drug Act »].

[46] *Loi modifiant la Loi des aliments et drogues*, LC 1939, c 3 [*Loi sur les aliments et drogues 1939*]. Voir aussi Ziegel, « Note on the History », *supra* note 6 à la p 309; Curran, « Canada's Food and Drug Act », *supra* note 45 à la p 498.

le pouvoir d'adopter des règlements pour contrôler la vente de substances jugées dangereuses pour la santé[47].

1.1.3. L'élargissement de la portée de la *Loi sur les aliments et drogues* et les premières limites posées par la Cour suprême

Après la Seconde Guerre mondiale, la *Loi sur les aliments et drogues* fait à nouveau l'objet de nombreuses modifications et connait une réorganisation majeure[48]. Elle interdit dorénavant que des aliments ou des médicaments soient fabriqués dans des conditions insalubres[49] et que des représentations fausses ou trompeuses soient faites au consommateur dans le cadre de la vente et de la promotion des produits visés par la loi[50]. Son article 6 est par ailleurs modifié de façon à assurer que les normes prescrites en matière d'étiquetage, d'empaquetage, de vente et d'annonce d'aliments soient respectées et permettent d'éviter toute confusion avec d'autres produits[51].

En 1961, le Parlement fédéral ajoute une Partie III à la loi afin d'encadrer la possession et le trafic de certaines « drogues contrôlées » pouvant être considérées comme dangereuses[52]. Il élargit à nouveau, en 1969, la portée de la loi et y apporte plusieurs modifications. Parmi celles-ci se trouve l'ajout d'une nouvelle Partie IV afin d'interdire la possession et le trafic de drogues « d'usage restreint » visant des drogues hallucinogènes[53]. Notons que les Parties III et IV ne visent pas ce que nous appelons des médicaments, mais

[47] *Loi sur les aliments et drogues 1939*, *supra* note 46, art 5.

[48] *Loi concernant les aliments, drogues, cosmétiques et instruments thérapeutiques*, LC 1953, c 38 [*Loi sur les aliments 1953*]. Voir à ce sujet Ziegel, « Note on the History », *supra* note 6 à la p 309.

[49] *Loi sur les aliments 1953*, *supra* note 48, arts 7, 11.

[50] *Ibid*, arts 5, 9.

[51] *Ibid*, art 6.

[52] *Loi modifiant la Loi des aliments et drogues*, LC 1960-61, c 37. Voir à ce sujet Ziegel, « Note on the History », *supra* note 6 à la p 309. En parallèle, le Parlement fédéral adopte la *Loi sur les stupéfiants*, LC 1960-61, c 35 qui interdit la possession et le trafic de narcotiques tels que la cocaïne, la morphine et le cannabis. Cette dernière loi reprend une partie de la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques*, LC 1923, c 22.

[53] *Loi modifiant la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants ainsi que, par voie de conséquence, le Code criminel*, LC 1968-69, c 4. Voir à ce sujet Ross A Chapman, « Recent Changes in Canadian Food and Drug Legislation » (1970) 25:7 Food & Drug LJ 338 aux pp 339–40 [Chapman, « Recent Changes »].

bien des drogues dans le sens commun du terme, dont par exemple l'amphétamine ou le LSD[54].

En plus d'ainsi encadrer la possession et le trafic de certaines drogues, le législateur fédéral modifie la Partie II de la loi afin de confier au gouverneur en conseil de nouveaux pouvoirs réglementaires relatifs à l'importation, la distribution et la vente de tout médicament manufacturé à l'extérieur du Canada[55].

À la suite de ces importantes réformes, la constitutionnalité de la *Loi sur les aliments et drogues* est à nouveau remise en question au tournant des années 80. Alors que jusque-là, l'adoption de cette loi et ses modifications subséquentes avaient été considérées comme un exercice valide de la compétence fédérale, la Cour suprême est venue restreindre la capacité du Parlement d'utiliser cette loi afin de s'immiscer dans la commercialisation de certains produits.

1.1.3.1. **Labatt*: la protection de la santé du consommateur comme objectif nécessaire à l'intervention du législateur fédéral***

La première décision de la Cour suprême portant sur la constitutionnalité de la *Loi sur les aliments et drogues* est l'affaire *Labatt* rendue en 1979[56]. La Brasserie Labatt vendait à l'époque une bière dont l'étiquette portait la mention « Labatt's Special Lite » bien que celle-ci possédait un taux d'alcool trop élevé pour se qualifier de « bière légère » au sens des articles B.02.130 à B.02.135 du *Règlement sur les aliments et drogues* (« RAD »)[57]. Labatt cherchait alors à obtenir un jugement déclaratoire afin de confirmer que son étiquette ne prêtait pas à confusion avec la norme réglementaire applicable à ce type de bière et qu'elle agissait ainsi en conformité avec l'article 6 de la *Loi sur les aliments et*

[54] La liste des drogues contrôlées et celle des drogues d'usage restreint se trouvent respectivement aux annexes G et J de la loi.

[55] *Loi modifiant la Loi sur les brevets, la Loi sur les marques de commerce et la Loi des aliments et drogues*, LC 1968-69, c 49, art 5. Cette modification s'inscrit dans la réforme de la *Loi sur les marques de commerce* et de la *Loi sur les brevets* visant à ouvrir la porte à l'importation de produits pharmaceutiques et à diminuer le prix de ces produits sur le marché canadien. Voir Chapman, « Recent Changes », *supra* note 53 aux pp 342–43; Ziegel, « Note on the History », *supra* note 6 à la p 309.

[56] *Brasseries Labatt du Canada Ltée c Procureur général du Canada*, [1980] 1 RCS 914, 110 DLR (3d) 594 [*Labatt*].

[57] *Règlement sur les aliments et drogues*, CRC, c 870.

drogues 1970[58]. Elle cherchait subsidiairement à faire déclarer *ultra vires* du Parlement fédéral les articles 6 et 25(1)c) de la loi[59], ainsi que les dispositions pertinentes du RAD[60].

Bien qu'elle n'ait pas de succès quant à son premier argument[61], Labatt obtient l'appui de la majorité de la Cour quant à son argument constitutionnel et fait ainsi déclarer invalides les dispositions contestées. Selon le juge Estey, s'exprimant pour les juges Martland, Dickson et Beetz[62], le problème en l'espèce est que le Parlement ne peut s'immiscer dans les règles relatives à la production d'un produit en imposant une teneur en alcool particulière pour les produits vendus sous une appellation donnée[63]. Il faut comprendre ici que le RAD ne prévoyait pas directement d'obligations en matière d'étiquetage, mais imposait plutôt une « recette légale » de bière[64]. Seuls les produits correspondant à cette recette pouvaient, en vertu de l'article 6, être vendus sous le nom « bière légère ».

Selon le juge Estey, les dispositions contestées ne peuvent être vues comme visant à prévenir la fraude ou de fausses représentations dans la mesure où la mention « bière légère » (« *lite beer* ») n'est apposée qu'à la suite de la création d'une telle catégorie par la réglementation fédérale. Autrement dit, sans une telle réglementation, les produits vendus sous le nom « bière légère » ne seraient pas considérés comme constituant une fausse représentation dans la mesure où le volume d'alcool dans ces produits respecte le taux maximum prescrit dans le RAD pour les bières régulières. Le juge Estey établit ainsi une distinction entre la compétence du Parlement fédéral de prévoir des exigences en matière d'*étiquetage* de certains produits — qui visent à informer le consommateur de leur contenu

[58] *Loi sur les aliments et drogues 1970*, *supra* note 35.

[59] L'article 6 prévoyait que: « Lorsqu'une norme a été prescrite pour un aliment, nul ne doit étiqueter, empaqueter, vendre ou annoncer un article de telle manière qu'il puisse être confondu avec cet autre aliment, à moins que l'article ne soit conforme à la norme prescrite ». L'alinéa 25(1)(c) conférait pour sa part un pouvoir réglementaire pour « établir des normes de composition, de force, d'activité, de pureté, de qualité ou d'autres propriétés d'un article d'alimentation ou de droguerie, d'un cosmétique ou d'un instrument ».

[60] Le procureur général du Québec est intervenu pour appuyer la position de Labatt quant au caractère *ultra vires* des dispositions fédérales. Selon lui, les dispositions en cause relevaient de la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils.

[61] La majorité de la Cour a rejeté le premier argument de Labatt en concluant que l'étiquette de bière enfreignait l'article 6 de la loi puisqu'elle prêtait à confusion avec la norme prescrite par le RAD en matière de bière légère. Voir *Labatt*, *supra* note 56 aux pp 922–29.

[62] Le juge Ritchie est également en accord avec les motifs du juge Estey sur la question constitutionnelle, mais aurait donné raison à Labatt sur ses arguments relatifs à l'absence de confusion.

[63] *Labatt*, *supra* note 56 aux pp 933–34.

[64] *Ibid* à la p 943.

— et celle d'imposer des normes concernant la *fabrication* de ces produits — qui visent à en restreindre la production et la commercialisation[65].

Sans se prononcer sur la compétence du Parlement de prévoir des règles en matière d'étiquetage — ni confirmer la compétence provinciale à cet égard —, le juge Estey est clair quant à l'absence de compétence du législateur fédéral pour imposer des règles encadrant la fabrication des produits *lorsque celles-ci n'ont pas pour objectif de protéger la santé du consommateur*. En effet, il refuse de reconnaître que les règles en matière d'étiquetage de bière légère poursuivent un tel objectif: selon lui, qu'elle soit légère ou non, dans la mesure où la bière est fabriquée en conformité avec les exigences de la loi et de son règlement, elle n'est pas censée représenter un risque pour la santé[66].

Ce dernier élément est déterminant puisque le juge Estey trace une ligne que le Parlement fédéral ne peut franchir lorsqu'il établit des règles interférant avec la commercialisation de produits de consommation: il ne peut agir que pour protéger la santé du consommateur. Autrement dit, le législateur fédéral ne peut imposer des normes de composition d'un produit qui n'est pas en lui-même dangereux[67].

De plus, selon la majorité, le Parlement fédéral ne peut agir en vertu de sa compétence en matière de commerce prévue au paragraphe 91(2) de la LC de 1867. D'une part, les dispositions contestées ne visent pas « la réglementation et le contrôle du mouvement des articles de commerce dans les réseaux de distribution », mais plutôt la production et la vente locale de produits déterminés[68]. Ce type de normes relève directement, selon le juge Estey, du commerce intraprovincial, et donc de la compétence des provinces. Le Parlement ne peut donc s'appuyer sur sa compétence en matière de commerce interprovincial ou international[69]. D'autre part, les normes en cause visent à réglementer les procédés de production d'une seule industrie, soit celle de bière, et non de l'industrie en général[70]. Selon

[65] *Ibid* à la p 946.
[66] *Ibid* aux pp 934–35.
[67] Voir Jean Leclair, « Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement » (1996) 27:2 RGD 137 à la p 164 [Leclair, « Compétence fédérale en droit criminel »].
[68] *Labatt*, *supra* note 56 à la p 939.
[69] *Ibid* à la p 943.
[70] *Ibid*.

le juge Estey, cela exclut la possibilité qu'elles soient valides en vertu de la compétence « générale » en matière de commerce, comme l'avait laissé sous-entendre le juge Martin dans *Standard Sausage*. Par conséquent, selon la majorité, aucun des deux volets de la compétence fédérale en matière de commerce ne permet au Parlement d'adopter de telles normes.

Sur ce point, la majorité est en profond désaccord avec les juges dissidents qui auraient tous, de façons toutefois différentes, déclaré que les dispositions en cause relevaient du paragraphe 91(2) de la LC de 1867.

Pour le juge Laskin, la compétence fédérale en matière de commerce devrait inclure celle d'établir des règles uniformes en matière de fabrication de produits afin « d'égaliser les avantages concurrentiels dans l'exploitation d'entreprises qui fabriquent ce genre de produits »[71]. Cette interprétation est selon lui renforcée par l'article 121 de la LC de 1867 qui fait du Canada une union économique[72].

Quant aux juges Pigeon et McIntyre, ils sont d'avis que les dispositions contestées ne sont que des exigences relatives à l'étiquetage. Elles ne concernent pas la commercialisation des produits puisqu'elles n'empêchent pas les entreprises de mettre leurs produits sur le marché. Il s'agit par conséquent selon eux de règles qui relèvent de la compétence fédérale en matière de marques de commerce, qui se rattache elle-même à la compétence du Parlement en matière d'échanges et de commerce[73].

En somme, la majorité de la Cour conclut que les dispositions en cause de la *Loi sur les aliments et drogues* et de son règlement sont *ultra vires*. Toutefois, elle ne remet pas en question la capacité du législateur fédéral d'empiéter sur la compétence des provinces en matière de commerce intraprovincial lorsqu'il a pour objectif de protéger la santé ou la sécurité du consommateur. Le Parlement peut légiférer à cette fin en vertu de sa compétence en droit criminel pourvu que le produit dont il encadre la fabrication ou la vente pose un risque pour la santé du consommateur[74].

---

[71] *Ibid* aux pp 921–22.

[72] *Ibid*.

[73] *Ibid* aux pp 958–59.

[74] Voir sur cette question Graeme G Mitchell, « Not a General Regulatory Power – A Comment on Reference re Assisted Human Reproduction Act » (2011) 54 SCLR (2d) 633 aux pp 662–63.

Cet aspect de la décision a d'ailleurs récemment été soulevé à deux reprises par la Cour suprême. D'abord dans le *Renvoi sur la procréation assistée*, où celle-ci a souligné que c'est cette « absence de démonstration du risque lié à la consommation des liqueurs de malt » qui explique l'issue de l'affaire *Labatt*[75]. La Cour est également revenue sur cette affaire dans le *Renvoi sur la non-discrimination génétique* en précisant que la validité des normes relatives à la production et au contenu de la bière n'a pas été maintenue « parce qu'elles ne s'attaquaient pas à un risque sur la santé »[76].

Sur ce dernier aspect toutefois, le juge Estey semble s'inscrire en faux avec ce qu'avait reconnu la majorité de la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans *Standard Sausage* presque cinquante ans plus tôt. Rappelons que dans cette décision, la Cour avait laissé une large marge de manœuvre quant aux moyens que pouvait prendre le Parlement afin de protéger la santé du public et avait indiqué que l'efficacité de tels moyens n'était pas pertinente afin de déterminer si le législateur fédéral agissait à l'intérieur de son champ de compétence.

Or le juge Estey s'écarte implicitement de ce raisonnement en jugeant que le contrôle de la composition d'un produit vendu sur le marché ne permet pas réellement de protéger la santé des consommateurs. Il semble présumer que ceux-ci seront ainsi suffisamment protégés si les fabricants sont tenus, en vertu de règles relatives à l'étiquetage, de divulguer de l'information quant au contenu des produits vendus[77]. Il présuppose par le fait même que le législateur peut corriger les défaillances informationnelles sur le marché, mais qu'il ne peut aller plus loin en imposant des standards en matière de composition du produit[78]. Pourtant, comme nous l'avons vu, en matière de sécurité du produit, la simple divulgation d'informations n'est pas toujours suffisante pour protéger adéquatement le consommateur contre les risques d'atteinte à sa santé ou à sa sécurité[79].

---

[75] *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 au para 241 (motifs des juges LeBel et Deschamps) [*Renvoi sur la procréation assistée*].

[76] *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17 au para 95 (motifs majoritaires quant au résultat de la juge Karakatsanis [*Renvoi sur la non-discrimination génétique*]. Voir aussi les motifs dissidents du juge Kasirer au para 265.

[77] Voir James C MacPherson, « Economic Regulation and the British North America Act: *Labatt Breweries* and Other Constitutional Imbroglios » (1981) 5:2 Can Bus LJ 172 à p 196 (citations omises).

[78] *Ibid*.

[79] *Ibid*.

En l'espèce, le juge Estey reconnaît la compétence du législateur fédéral pour adopter des règles en matière d'étiquetage afin de protéger le consommateur. Dans ce contexte, il aurait été logique qu'il juge également valides des règles visant le même objectif, mais empruntant un mode d'intervention distinct, soit l'imposition de standards en matière de composition[80]. Nous reviendrons sur cette question d'efficacité des moyens choisis par le législateur dans le cadre de l'exercice de sa compétence en matière de droit criminel lorsque nous traiterons dans la section 1.2. de la validité de la *Loi sur le tabac.*

1.1.3.2. **Wetmore*: La protection de la santé morale et physique du consommateur par le droit criminel***

À peine quatre ans après l'arrêt *Labatt*, la Cour suprême examine à nouveau les champs de compétences justifiant la *Loi sur les aliments et drogues 1970*[81] dans l'arrêt *Wetmore*[82]. Cette affaire résulte de la contestation d'actes d'accusation déposés à l'encontre d'une compagnie pharmaceutique, Kripps Pharmacy, au motif que cette dernière aurait enfreint les articles 8a) et 9(1) de la loi. À l'époque, ces dispositions interdisaient respectivement de vendre une drogue (au sens de médicament) « ayant été fabriquée, préparée, conservée, empaquetée ou emmagasinée dans des conditions non hygiéniques » et d'« étiqueter, empaqueter, traiter, préparer, vendre ou annoncer quelque drogue de manière fausse, trompeuse ou mensongère, ou qui peut créer une fausse impression quant à la nature, quant à la nature, valeur, quantité, composition, ou quant aux avantages ou à la sûreté de la drogue ».

Cette affaire ne remet pas en question la validité des dispositions de la *Loi sur les aliments et drogues 1970,* mais porte plutôt sur le pouvoir du procureur général fédéral de diriger des poursuites relatives à des infractions prévues à cette loi[83]. Pour répondre à cette

[80] *Ibid*.

[81] *Loi sur les aliments et drogues 1970*, *supra* note 34.

[82] *R c Wetmore*, [1983] 2 RCS 284, 2 DLR (4th) 577 [*Wetmore*].

[83] Les deux questions que devait trancher la Cour étaient:

« 1. La constitutionnalité des articles 8a), 9(1) et 26 de la *Loi des aliments et drogues* dépend-elle du par. 91(27) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ?

2. Dans l'affirmative, le Parlement du Canada a-t-il compétence pour adopter un texte de loi qui, comme à l'article 2 du Code criminel, autorise le procureur général du Canada ou ses représentants à présenter des actes d'accusation et à diriger les procédures relativement aux prétendues violations de ces dispositions ? » (*Wetmore*, *supra* note 82 à la p 290).

question, la Cour avait d'abord à identifier le ou les champs de compétence au(x)quel(s) se rattachaient les dispositions en cause. Sur cette question, les juges concluent à l'unanimité que ces dispositions relèvent de la compétence fédérale en matière de droit criminel[84].

Selon la majorité[85], sous la plume du juge en chef Laskin, la *Loi sur les aliments et drogues 1970* vise à la fois la protection de la santé et la sécurité *physiques* du public — en interdisant la vente de médicament fabriqué dans des conditions non hygiéniques (article 8A) — et la protection de la santé *morale* du public en encadrant la vente de drogues contrôlées (Partie III de la loi)[86]. Selon le juge en chef, la protection de la santé physique ou morale des consommateurs relève « clairement » de la compétence fédérale en matière de droit criminel[87].

Le juge Laskin indique toutefois que la loi ne relève pas uniquement du paragraphe 91(27). Selon lui, en interdisant au commerçant de donner une fausse impression au consommateur

---

Quelques années avant *Wetmore*, dans l'arrêt *R c Hauser*, [1979] 1 RCS 984, 98 DLR (3d) 193 [*Hauser*], la Cour avait laissé entendre que le procureur général du Canada (« PGC ») pouvait poursuivre les infractions à des lois fédérales se rattachant à la fois à la compétence fédérale sur le droit criminel *et* à une *autre* compétence. Ainsi restait sans réponse la question de savoir si le PGC pouvait poursuivre une infraction à une loi fédérale lorsqu'une telle loi relevait *uniquement* de la compétence du Parlement en vertu du paragraphe 91(27) de la LC de 1867, ou si ce pouvoir appartenait plutôt aux procureurs généraux provinciaux en vertu de la compétence des provinces sur l'« administration de la justice » prévue au paragraphe 92(14). La question qui se posait alors dans *Wetmore* était celle de savoir si l'article 2 du *Code criminel*, dans la mesure où il confiait au PGC le pouvoir de diriger des poursuites en lien avec une violation de la *Loi sur les aliments et drogues*, était valide. La Cour devait par conséquent d'abord déterminer si cette loi reposait *uniquement* sur la compétence en droit criminel, ou si elle pouvait se rattacher à une *autre* compétence. Sur les principes relatifs aux pouvoirs de poursuite du PGC, la majorité de la Cour reprend le même raisonnement que celui de l'arrêt *PG (Can) c Transports nationaux du Can, Ltée*, [1983] 2 RCS 206, 3 DLR (4th) 16 [*Transports Nationaux*], rendu la même journée. Nous reviendrons sur cette affaire dans la Partie II, à la section 1.1.5.1. (« *Transports nationaux*: vers une définition des critères de la compétence fédérale générale en matière de commerce »). Il suffit de dire à ce stade que dans cet arrêt, le juge Laskin, écrivant pour la majorité, conclut que le Parlement est compétent pour mettre en application *toute* loi relevant — uniquement ou non — de sa compétence sur le droit criminel. Le pouvoir des procureurs généraux provinciaux de poursuivre des infractions criminelles ne découlerait donc pas de la compétence des provinces sur l'administration de la justice. Ce pouvoir leur serait plutôt donné (ou délégué) par le Parlement fédéral. Voir à ce sujet Nancy E Brown, « Balancing the Powers to Prosecute in Canada: Comment on *A.G. Canada v. C.N. Transport* and *R. v. Wetmore, Kripps Pharmacy* », (1985) 29 McGill LJ 699.

[84] Sont intervenus les procureurs généraux de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, de l'Alberta, du Québec et du Nouveau-Brunswick, soutenant la position selon laquelle les dispositions de la *Loi sur les aliments et drogues* reposaient uniquement sur la compétence fédérale en droit criminel et que, par conséquent, il n'appartenait pas au procureur général du Canada de poursuivre les infractions prévues à cette loi.

[85] Celle-ci était composée des juges Ritchie, Estey, McIntyre et du juge en chef Laskin.

[86] *Wetmore*, *supra* note 82 à la p 288.

[87] *Ibid*.

relativement à un médicament, l'article 9 porte sur la commercialisation des produits et relève ainsi « certainement » de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce[88]. Il reprend ainsi la position dissidente qu'il avait défendue dans *Labatt* et remet implicitement en question les arguments de la majorité qui y avaient été soutenus.

Cet apparent élargissement de la compétence fédérale fondée sur l'article 91(2) est toutefois émis en *obiter dictum*. Le juge Laskin considère qu'il n'est pas nécessaire de trancher cette question puisque selon lui, il est établi depuis fort longtemps, notamment depuis la décision *Standard Sausage*, que « la protection des aliments et d'autres produits contre la falsification et l'application des normes de pureté » relève de la compétence relative au droit criminel[89].

À certains égards toutefois, le juge Laskin va plus loin que le juge Estey ne l'avait été dans *Labatt* en élargissant la compétence fédérale en matière de droit criminel à la protection de la « santé morale » du public. Le juge Laskin inclut dans les règles comportant cet aspect moral celles interdisant la possession et le trafic de « drogues contrôlées » prévues à la Partie III de la loi[90]. Le terme santé « morale » (« *moral health* ») ici ne réfère pas à la santé psychologique des individus, mais plutôt à la « moralité publique », qui avait été considérée dans la jurisprudence de la Cour comme un objectif valide du droit criminel[91].

Dans des motifs concurrents[92], le juge Dickson réfère lui aussi à l'arrêt *Standard Sausage*, pour établir que l'objet de la *Loi sur les aliments et drogues 1970*, et plus particulièrement des articles 8 et 9, est la « protection du public contre la falsification et l'élimination de la fraude »[93]. Cet objectif s'inscrit directement dans la définition du droit criminel[94].

---

[88] *Ibid*. Cet argument est soulevé d'office par le juge Laskin, le procureur général du Canada n'ayant pas invoqué ce moyen.

[89] *Wetmore*, *supra* note 82 aux pp 288–89.

[90] *Ibid* à la p 288.

[91] *Reference re Validity of Secion 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] RCS 1 aux pp 49–50, [1949] 1 DLR 433 [*Renvoi sur la margarine*], confirmé par le CJCP dans *Reference Re Validity of Section 5(a) of The Dairy Industry Act, Canadian Federation of Agriculture v Attorney-General of Quebec et al (Margarine Case)*, [1951] AC 179, 4 DLR 689.

[92] Les juges Beetz et Lamer ont également rendu de brefs motifs concurrents dans lesquels ils indiquent seulement que l'arrêt de la majorité dans l'affaire *Transports Nationaux*, *supra* note 83, lie la Cour en l'espèce.

[93] *Wetmore*, *supra* note 82 à la p 292.

[94] *Ibid*.

Contrairement au juge Laskin, il refuse toutefois d'accepter que la loi puisse relever d'un autre chef de compétence fédérale. Il répond d'abord à l'argument du juge Laskin selon lequel l'article 9, interdisant les représentations fausses ou trompeuses, pourrait se rattacher à la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce. Selon lui, même si cet article s'applique à l'échelle nationale, il équivaut à la réglementation d'une seule industrie, soit l'industrie pharmaceutique[95]. Pour les mêmes motifs que ceux invoqués par le juge Estey dans l'arrêt *Labatt*, le juge Dickson est d'avis qu'une telle réglementation de nature économique se rattache à la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils[96].

Le juge Dickson établit également que les articles 8 et 9 ne sauraient relever du pouvoir fédéral de faire des lois pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement ». Il rappelle que cette catégorie, prise au sens littéral, est tellement vaste qu'elle « menace de submerger complètement la compétence législative des provinces »[97]. La Cour doit donc interpréter cette compétence de façon étroite et se limiter aux catégories déjà reconnues par la jurisprudence[98]. Selon le juge Dickson, les articles 8 et 9 ne peuvent être justifiés par aucune de ces catégories et relèvent par conséquent *uniquement* de la compétence fédérale en matière de droit criminel[99].

---

[95] *Ibid* à la p 294.

[96] *Ibid*.

[97] *Ibid*.

[98] Il s'agit (1) des lois provisoires relatives à une situation d'urgence nationale, (2) des lois se rattachant à une matière qui n'existait pas à l'époque de la Confédération et qui ne peut être placée dans la catégorie des sujets de nature purement locale ou privée et (3) des domaines où la matière dépasse les intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble. *Ibid* à la p 295. Ces conditions seront reprises par la jurisprudence subséquente de la Cour suprême, voir *R c Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1988] 1 RCS 401 aux para 36–38, 49 DLR (4th) 161; *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11 aux para 104–05.

[99] *Wetmore*, *supra* note 82 aux pp 296–97. Le juge Dickson est également en désaccord avec le juge Laskin sur la seconde question que devait trancher la Cour. En effet, il est d'avis que les provinces ont, en vertu du paragraphe 92(14), une compétence exclusive pour appliquer les lois relevant du paragraphe 91(27), y compris le pouvoir d'intenter et de diriger des poursuites en matière criminelle. Ainsi, selon lui, la compétence des provinces à cet effet ne relève pas « de pouvoirs administratifs délégués par le fédéral », comme le suggère le juge Laskin (à la p 308). Il conclut par conséquent que le paragraphe 2(37) du *Code criminel* « est *ultra vires* dans la mesure où il a pour effet de donner au procureur général du Canada le pouvoir d'intenter et de diriger des poursuites relativement à une loi du Parlement qui relève uniquement de la compétence en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) » (à la p 308). Notons que le juge Dickson endosse au passage l'argument présenté par le procureur général de Saskatchewan selon lequel « [l]'équilibre atteint entre les par. 91(27) et 92(14) de la *Loi constitutionnelle* est une manifestation de la confiance que les

En somme, les juges Laskin et Dickson concluent tous deux ce que le juge Estey avait laissé sous-entendre dans *Labatt*, soit que le législateur fédéral peut adopter des normes qui encadrent et restreignent la commercialisation d'un produit, pourvu que ces normes soient adoptées avec l'objectif de protéger la santé, physique ou morale, du consommateur. Lorsque son intervention repose sur l'exercice de sa compétence en droit criminel, le Parlement fédéral peut dès lors empiéter sur la compétence des provinces relative au commerce intraprovincial.

Cela étant dit, l'affaire *Wetmore* remet indirectement en question les conclusions de la majorité de la Cour dans *Labatt* quant à l'invalidité de l'article 6 de la *Loi sur les aliments et drogues 1970*. Rappelons que cette disposition exigeait qu'un aliment ne prête pas à confusion avec un autre aliment pour lequel le législateur fédéral avait prescrit une norme spécifique.

D'une part, dans *Wetmore*, tant le juge en chef Laskin que le juge Dickson sont d'avis que des règles, comme celle prévue à l'article 9, visant à protéger le consommateur contre des représentations fausses ou trompeuses quant aux caractéristiques d'un produit (quantité, qualité, sécurité) relèvent de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Or on peut se demander pourquoi l'article 6, qui fait partie de ce type de règles, n'a pas lui aussi été considéré comme relevant de cette compétence dans l'arrêt *Labatt*. Comme le souligne MacPherson « *if s. 6 is intended to prevent deception and fraud by manufacturers and sellers and to promote intelligent consumer reliance on the quality of goods then, it seems to me, the "morality" component of the criminal law power is appropriate support for the section* »[100].

D'autre part, en laissant entendre que l'article 9 de la loi se justifie également en vertu de la compétence générale du Parlement en matière de commerce, le juge Laskin suggère implicitement que l'article 6 aurait pu également se justifier en vertu de cette compétence. Pourtant, une telle possibilité avait été expressément rejetée par le juge Estey. La distinction entre les articles 6 et 9 est d'autant plus difficile à établir que ces derniers

rédacteurs de la Constitution ont placée dans le fédéralisme coopératif comme moyen de résoudre une question qui est à la fois de dimension nationale et d'intérêt locale » (à la p 307).

[100] MarcPherson, « Economic Regulation », *supra* note 77 à la p 195.

prévoient tous deux des obligations ne visant qu'une seule industrie: l'industrie alimentaire pour le premier et l'industrie pharmaceutique pour le second. Dans ce contexte, ni l'un ni l'autre ne satisfait en principe au critère selon lequel les mesures en cause doivent s'appliquer à l'industrie de façon générale, et non à une industrie en particulier.

En ce sens, il s'avère difficile de réconcilier le raisonnement qu'avait suivi le juge Estey pour déclarer invalide l'article 6 avec celui suivi par le juge Laskin qui conclut, à peine quatre ans plus tard, que les articles 8 et 9 relèvent « clairement » de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, en plus de se justifier aussi par sa compétence générale sur le commerce. Cette conclusion est particulièrement surprenante considérant que le juge Estey fait partie de la majorité pour laquelle le juge Laskin rédige les motifs dans *Wetmore*.

L'une des raisons pouvant justifier cette différence d'approches est le fait que, dans *Wetmore*, contrairement à dans *Labatt*, la validité de la *Loi sur les aliments et drogues* n'était pas directement contestée. La source de la compétence justifiant les articles 8 et 9 était pertinente uniquement pour trancher la question du pouvoir du procureur général du Canada de poursuivre les infractions liées à ces deux dispositions. Ajoutons que dans *Labatt*, le procureur général du Québec était intervenu pour contester la validité de l'article 6 de la loi[101], alors que dans *Wetmore*, tous les procureurs généraux provinciaux qui sont intervenus soutenaient que les articles 8 et 9 relevaient de la compétence fédérale en matière de droit criminel[102]. Ils cherchaient alors à démontrer que ces articles reposaient *uniquement* sur cette compétence, ce qui, selon eux, empêchait le procureur général du Canada de poursuivre les infractions qui s'y rattachaient[103].

Cela étant dit, l'affaire *Wetmore* vient néanmoins jeter un éclairage nouveau sur l'arrêt *Labatt* et remet en question l'absence de compétence du Parlement pour adopter des règles similaires à celle que prévoyait l'article 6. La validité de cette disposition reste toutefois aujourd'hui théorique puisque cette dernière a fait l'objet, comme nous le verrons à l'instant, de modifications visant à le rendre conforme aux limites posées par le juge Estey.

[101] Voir *supra* note 60.
[102] Voir *supra* note 84.
[103] Voir *supra* note 83

1.1.4. Les suites des affaires *Labatt* et *Wetmore*, et leurs conséquences contemporaines

Depuis ces deux décisions, la validité de la *Loi sur les aliments et drogues* n'a pas été remise en question devant la Cour suprême et a, au contraire, été réaffirmée à plusieurs reprises dans d'autres décisions. En fait, elle sert pour la Cour de « parfait exemple » à l'exercice de la compétence fédérale en matière de droit criminel[104]. La thèse avancée par le juge en chef Laskin selon laquelle la loi, ou à tout le moins une partie de celle-ci, relèverait également de la compétence fédérale générale en matière de commerce n'a, pour sa part, pas été confirmée par des décisions subséquentes.

Au contraire, en 1987, dans l'affaire *Jamieson*[105], la Cour fédérale statue que les dispositions de la loi et de son règlement portant sur la fabrication et la promotion de nouveaux médicaments ne peuvent reposer sur la compétence générale en matière de commerce puisqu'elles ne visent qu'une seule industrie, soit l'industrie pharmaceutique[106]. La Cour conclut plutôt que les dispositions contestées relèvent de la compétence fédérale en matière criminelle, soulignant que:

> *[L]orsque le but « légitime » — c'est-à-dire « le caractère véritable » — de la législation est la protection de la santé et de la sécurité publiques, à quoi s'ajoute la répression du mensonge et de la fraude, et non une tentative de protéger ou d'éliminer un échange ou commerce particulier, le Parlement peut légiférer en se fondant sur le droit criminel*[107].

La Cour fédérale reconnaît par le fait même la capacité du Parlement de confier la mise en œuvre de la loi à un organisme de réglementation, en l'espèce la Direction générale de la protection de la santé[108]. Les normes adoptées par un tel organisme pourront se rattacher à la compétence fédérale en matière de droit criminel, pourvu qu'elles ne s'imposent que

---

[104] Voir notamment *R c Malmo-Levine*; *R c Caine*, 2003 CSC 74 au para 77; *R c Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS 213 aux para 46, 50, 151 DLR (4th) 32 [*Hydro-Québec*]; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* (Can.), 2000 CSC 31 au para 29 [*Renvoi sur les armes à feu*]; *Renvoi sur la non-discrimination génétique*, *supra* note 76 au para 73 (motifs majoritaires quant au résultat de la juge Karakatsanis).

[105] *CE Jamieson & Co (Dominion) c Canada (Attorney General)*, [1988] 1 CF 590, 46 DLR (4th) 582 (CF) [*Jamieson*].

[106] *Ibid* à la p 613.

[107] *Ibid* à la p 621. Voir à ce sujet Leclair, « Compétence fédérale en droit criminel », *supra* note 67 à la p 163.

[108] *Jamieson*, *supra* note 105 à la p 621.

lorsque la santé et la sécurité du public sont en jeu et qu'elles ne visent pas à contrôler le prix ou la quantité des produits mis sur le marché[109].

La même année qu'est rendue l'affaire *Jamieson*, le Parlement modifie l'article 6 de la loi et ajoute un article 6.1 afin de donner suite — presque 10 ans plus tard — aux prescriptions de la majorité dans l'affaire *Labatt*[110]. D'une part, le nouvel article 6 ne s'applique qu'aux produits importés ou expédiés d'une province à l'autre, et non aux produits dont le commerce est uniquement intraprovincial. D'autre part, l'article 6.1 prévoit dorénavant qu'une norme réglementaire peut uniquement être adoptée pour éviter qu'un produit soit étiqueté, emballé ou vendu d'une façon qui crée de la confusion avec un autre produit lorsqu'une telle norme « est nécessaire à la prévention d'un préjudice à la santé des consommateurs ou acheteurs de cet aliment ». Ces deux nouvelles dispositions sont formulées de manière à assurer qu'elles ne peuvent être appliquées que conformément aux compétences fédérales relatives au droit criminel ou au commerce interprovincial et international[111].

La Cour d'appel fédérale a d'ailleurs souligné cette volonté du Parlement de donner suite à la décision *Labatt* dans l'arrêt *Saputo*, dans lequel était contestée la validité de certaines dispositions du RAD concernant l'importation et le commerce interprovincial de fromage[112]. Concluant que ces dispositions relevaient du premier volet du paragraphe 91(2) de la LC de 1867, le juge Mainville, au nom des juges Nadon et Létourneau, souligne que:

> *Il vaut la peine de signaler que l'article 6 a été modifié par le législateur fédéral pour s'assurer que le régime réglementaire applicable aux normes de composition des aliments prévu par la* Loi sur les aliments et drogues *et par ses règlements d'application ne vaut que pour les produits alimentaires qui relèvent des pouvoirs restreints conférés au Parlement fédéral par la*

[109] *Ibid* aux pp 621–22.

[110] Voir la *Loi modifiant la Loi des aliments et drogues*, LC 1987, c 33. Ce besoin de répondre à la décision de la Cour dans *Labatt* est exprimé clairement dans les débats parlementaires: *Débats de la Chambre des communes*, 33-2, vol 6 (30 juin 1987) aux pp 7899–900 (Hon Jake Epp). L'article 10 de la loi, qui prévoyait une obligation similaire à celle de l'article 6, mais pour les drogues, n'a pas quant à lui été modifié.

[111] Ajoutons que le RAD ne prévoit dorénavant que des exigences en matière d'étiquetage, qui requièrent que les bières portant la mention « bière légère » aient une teneur d'alcool spécifique (art B.02.132), mais n'exige plus que ce type de bière soit préparé selon une recette particulière comme le prescrivait l'article B.02.134[N] à l'époque de l'arrêt *Labatt*.

[112] *Saputo Inc c Canada (Attorney General)*, 2011 CAF 69.

> *Constitution, ainsi que la Cour suprême du Canada l'a expliqué dans l'arrêt* Brasseries Labatt […][113].

Les modifications apportées à l'article 6 et l'ajout d'un article 6.1 évitent ainsi que le législateur fédéral puisse s'immiscer dans le processus de fabrication de produits lorsque ceux-ci ne posent aucun risque pour la santé du consommateur et ne sont distribués que dans une seule province. La vente de produits qui sont susceptibles de créer une confusion avec d'autres produits, mais qui ne sont pas visés par les articles 6 et 6.1, continue d'être soumise aux règles de droit privé ainsi qu'à la législation provinciale visant à protéger le consommateur contre les fausses représentations.

En 1996, les Parties III et IV de la *Loi sur les aliments et drogues* sont abrogées et remplacées par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*[114]. La validité de cette dernière a elle aussi été confirmée en vertu de la compétence fédérale en droit criminel[115].

Les parties restantes de la *Loi sur les aliments et drogues* sont complétées en 2012 par la *Loi sur la salubrité des aliments au Canada*[116]. Cette nouvelle loi regroupe plusieurs lois existantes imposant des obligations en matière de fabrication, vente et distribution de produits alimentaires, soit la *Loi sur les produits agricoles au Canada*[117], la *Loi sur l'inspection du poisson*[118], la *Loi sur l'inspection des viandes*[119], ainsi que les dispositions

[113] *Ibid* au para 65 (citations omises).

[114] *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, LC 1996, c 19.

[115] *Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44 au para 52 [*PHS*]. La *Loi sur les stupéfiants*, *supra* note 52, que remplace la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, avait quant à elle initialement été considérée par la majorité de la Cour suprême comme relevant de la compétence fédérale de faire des lois sur la « paix, l'ordre et le bon gouvernement » au motif qu'elle visait « essentiellement un problème récent qui n'existait pas à l'époque de la Confédération ». *Hauser*, *supra* note 83 à la p 1000 (motifs majoritaires du juge Pigeon). Dans sa dissidence, le juge Dickson avait plutôt soutenu que cette loi relevait de la compétence fédérale en droit criminel. Or, dans *Malmo-Levine*, *supra* note 104, la majorité revient sur l'arrêt *Hauser* en soulignant son désaccord avec la conclusion de la majorité selon laquelle la *Loi sur les stupéfiants* se rattacherait à une matière « nouvelle » (aux para 67–72). Elle se rallie plutôt à la position dissidente du juge Dickson et conclut que la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* relève de la compétence du Parlement en droit criminel.

[116] *Loi sur la salubrité des aliments au Canada*, LC 2012, c 24, art 2. Pour un commentaire détaillé des nouvelles règles établies par la *Loi sur la salubrité des aliments au Canada*, voir John F Blakney et al, « Safe Food for Canadians Act » (2013) 54:3 Can Community LJ 396.

[117] *Loi sur les produits agricoles au Canada*, *supra* note 22.

[118] *Loi sur l'inspection du poisson*, *supra* note 22.

[119] *Loi sur l'inspection des viandes*, *supra* note 22.

de la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*[120] qui s'appliquent aux aliments visés par la *Loi sur les aliments et drogues*[121].

La *Loi sur la salubrité des aliments au Canada* prévoit notamment des interdictions concernant l'altération de produits alimentaires et les représentations fausses ou trompeuses quant à leur nature, leurs avantages, leur origine ou encore leur mode de fabrication[122]. Elle s'applique, évidemment, au commerce interprovincial et international des produits alimentaires. Elle s'applique aussi au commerce intraprovincial dans la mesure où certaines des obligations qui y sont prévues — notamment en matière d'altération et de fausses représentations — s'appliquent à tout fabricant ou vendeur de produits alimentaires. En ce sens, elle relève *a priori* à la fois de la compétence fédérale en matière de commerce interprovincial et international (91(2)) et, dans la mesure où les règles qui y sont prévues visent à prévenir les risques pour la santé du consommateur liés à l'insalubrité des aliments[123], à la compétence fédérale en matière criminelle[124]. La constitutionnalité de cette loi n'a toutefois pas encore été remise en question devant les tribunaux.

Enfin, en 2016, la *Loi sur les aliments et drogues* est à nouveau modifiée afin de donner suite aux obligations prévues par l'*Accord sur la facilitation des échanges*, que le Canada et d'autres membres de l'Organisation mondiale du commerce ont conclu à l'automne 2014[125]. Les modifications apportées précisent notamment que la loi ne

---

[120] *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, LRC 1985, c C-38.

[121] Sur les modifications apportées par la *Loi sur la salubrité des aliments au Canada*, voir Martha Butler et al, *Résumé législatif du projet de loi S-11: Loi sur la salubrité des aliments au Canada*, publication nº 41-1-S11-F, 7 août 2012, en ligne: https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/LegislativeSummaries/PDF/41-1/s11-f.pdf (consultée le 10 novembre 2022) [Butler et al, *Résumé législatif*].

[122] Voir la *Loi sur la salubrité des aliments au Canada*, *supra* note 116, arts 6, 7.

[123] C'est l'objectif qui ressort des débats parlementaires ayant mené à l'adoption de la *Loi sur la salubrité des aliments au Canada*. Voir *Débats du Sénat*, 41-1, vol 148, nº 88 (11 juin 2012) à la p 2042 (Hon Donald Neil Plett): « Les dispositions de cette mesure législative vont nous permettre de protéger les consommateurs dans les rares cas où l'industrie ne respecte pas ses obligations en matière de salubrité des aliments, et aussi d'aider les inspecteurs à faire leur travail plus efficacement ».

[124] Voir Butler et al, *Résumé législatif*, *supra* note 121 à la p 2.

[125] *Loi modifiant la Loi sur les aliments et drogues, la Loi sur les produits dangereux, la Loi sur les dispositifs émettant des radiations, la Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), la Loi sur les produits antiparasitaires et la Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation et apportant des modifications connexes à une autre loi*, LC 2016, c 9 [*Loi modifiant la Loi sur les aliments et drogues 2016*]. Voir à ce sujet Gouvernement du Canada, « Accord de l'OMC sur la facilitation des échanges », en ligne:

s'applique pas aux aliments, drogues, cosmétiques et instruments emballés destinés à l'exportation lorsqu'ils respectent les lois du pays importateur[126] et clarifient les pouvoirs réglementaires en matière d'importation[127].

En somme, il est admis aujourd'hui que le Parlement fédéral peut intervenir activement dans la fabrication et la commercialisation des aliments et drogues dans la mesure où l'objectif poursuivi est soit de protéger la santé du public, soit de régir uniquement le commerce interprovincial et international de ces produits. Lorsqu'il poursuit l'un ou l'autre de ces objectifs, les tribunaux reconnaissent au législateur fédéral une large marge de manœuvre, même lorsque son intervention est susceptible d'avoir des répercussions sur le commerce intraprovincial et d'empiéter, à différents degrés, sur la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils.

En ce sens, la Cour suprême a privilégié une approche souple du fédéralisme et une vision décloisonnée du partage des compétences lorsque l'intervention du législateur fédérale était fondée sur une volonté de protéger la santé et la sécurité du consommateur. Nous verrons qu'elle a adopté cette même approche quelques années plus tard lorsqu'elle a eu à juger de la validité des mesures fédérales adoptées en vue de combattre les risques associés à la consommation des produits du tabac.

1.2. L'encadrement de la vente des produits du tabac et l'arrêt *RJR-MacDonald*: l'expansion de la compétence du Parlement et ses incidences sur l'équilibre provincial-fédéral

La *Loi sur les produits du tabac* s'applique à un domaine très spécifique, celui de la protection des consommateurs contre les risques associés à l'utilisation des produits du tabac. Elle mérite néanmoins notre attention, car la contestation de sa constitutionnalité a permis de délimiter, et dans une certaine mesure, d'étendre, la portée du pouvoir fédéral en matière de protection de la santé du public et, de façon plus générale, de sa compétence en matière de droit criminel. Son application en parallèle du droit provincial, que nous verrons dans la section 2.3., permet également de mieux comprendre comment les lois adoptées

https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/wto-omc/wto_tfa-omc_afe.aspx?lang=fra (consultée le 10 novembre 2022).

[126] *Loi modifiant la Loi sur les aliments et drogues 2016*, *supra* note 125, art 37.

[127] *Ibid*, art 8.

par les deux ordres de gouvernement pour protéger la santé et la sécurité du consommateur peuvent coexister.

Nous identifierons d'abord les objectifs poursuivis par la *Loi sur les produits du tabac* [1.2.1.], puis nous traiterons de la décision *RJR-MacDonald*[128] dans laquelle la Cour suprême est venue confirmer la validité de cette loi et reconnaître au Parlement fédéral une large marge de manœuvre dans les moyens d'intervention à sa disposition pour encadrer la vente de produits jugés dangereux [1.2.2.].

1.2.1. Les objectifs poursuivis par la *Loi sur les produits du tabac*

La première version de la loi telle que nous la connaissons aujourd'hui est entrée en vigueur le 1er janvier 1989 sous le nom de *Loi interdisant la publicité en faveur des produits du tabac, réglementant leur étiquetage et prévoyant certaines mesures de contrôle*[129]. Jusqu'alors, la seule législation fédérale contrôlant la vente des produits du tabac était la *Loi sur la répression de l'usage du tabac chez les adolescents* qui interdisait de vendre ces produits à des mineurs âgés de moins de 16 ans[130]. Pour le reste, la fabrication, la distribution, la vente et la promotion des produits du tabac étaient essentiellement autorégulées par l'industrie qui s'était dotée, en 1964, d'un code dont l'adhésion aux règles était volontaire[131]. Michael D Parrish souligne à cet effet que l'intervention du législateur fédéral visait directement à répondre à l'inefficacité des mesures prévues par ce Code:

> *[T]he Code was an attempt by the tobacco companies to prevent parliamentary action. The Code was designed to demonstrate that manufacturers were capable of regulating themselves. The Code has been little more than a paper tiger, unenforceable and frequently transgressed*[132].

[128] *RJR-MacDonald Inc c Canada (Procureur général)*, [1995] 3 RCS 199, 127 DLR (4th) 1 [*RJR-MacDonald*].

[129] *Loi interdisant la publicité en faveur des produits du tabac, réglementant leur étiquetage et prévoyant certaines mesures de contrôle*, LC 1988, c 20 [*Loi interdisant la publicité des produits du tabac*].

[130] *Loi sur la répression de l'usage du tabac chez les adolescents*, LC 1908, c 73.

[131] Michael D Parrish, « On Smokes and Oakes: A Comment on RJR-MacDonald Inc v Canada (AG) » (1997) 24 Man LJ 665 à la p 668 [Parrish, « On Smokes and Oakes »]; Rob Cunningham, « R.J.R.-MacDonald Inc. V. Canada (A.G.): Reflection from the Perspective of Health » (1995) 40 McGill LJ 229 à la p 236.

[132] Parrish, « On Smokes and Oakes », *supra* note 131 à la p 668.

L'objectif affirmé de la loi adoptée en 1989 est de s'attaquer « à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave, urgent et d'envergure nationale », de « protéger la santé des Canadiennes et Canadiens »[133], de « préserver notamment les jeunes […] des incitations à la consommation du tabac »[134] et de « mieux sensibiliser les Canadiennes et les Canadiens aux méfaits du tabac par la diffusion efficace de l'information utile aux consommateurs de celui-ci »[135].

Pour atteindre ces objectifs, le législateur fédéral ne prend pas la voie de l'interdiction totale de la vente, de la distribution ou même de la consommation des produits du tabac, comme il l'avait fait pour certains autres produits jugés dangereux[136]. Il axe plutôt son intervention sur la publicité et la promotion faites à l'égard de ces produits auprès du public et sur l'information donnée aux consommateurs de tels produits. Ce choix du législateur peut se justifier notamment par le fait que l'encadrement de la promotion de ces produits est une mesure qui, en raison de l'importance dépendance physique et psychologique des fumeurs, peut s'avérer plus efficace que le contrôle — voire l'interdiction — de leur utilisation[137].

Le Parlement fédéral choisit ainsi d'interdire toute forme de publicité et de promotion des produits du tabac et d'exiger que leurs fabricants apposent des mises en garde sur les emballages. La loi adoptée à cet effet apparaît dès lors comme une solution à l'inefficacité de l'autorégulation et, à certains égards, du droit privé provincial, à protéger les consommateurs et le public en général contre les risques associés à l'utilisation de ce type de produits.

---

[133] *Loi interdisant la publicité des produits du tabac*, *supra* note 129, art 3(a).

[134] *Ibid*, art 3(b).

[135] *Ibid*, art 3(c).

[136] Voir par exemple la liste des produits figurant à l'époque à l'Annexe 1 de la *Loi sur les produits dangereux*, *supra* note 20. Parmi ces produits, dont la vente, l'importation et la publicité étaient interdites, se trouvaient, par exemple, certains jouets et biberons considérés dangereux pour les bébés ou encore des matériaux, comme des mousses isolantes, pouvant s'avérer néfastes pour la santé. Aujourd'hui, cette liste se retrouve à l'Annexe 2 de la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, *supra* note 21.

[137] Parrish, « On Smokes and Oakes », *supra* note 131 à la p 668. Parrish cite à cet effet l'étude réalisée par Price et Grossman dans Michael Grossman et Philip Price, *Tobacco Smoking and the Law In Canada*, Toronto, Butterworths, 1992 aux pp 1-41–1-44.

1.2.2. *RJR-MacDonald* et la confirmation de la compétence du Parlement pour encadrer la vente et la publicité des produits du tabac

La constitutionnalité de la nouvelle loi est rapidement contestée et se retrouve, en 1995, devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire *RJR-MacDonald*[138]. Deux compagnies de tabac prétendent alors que la loi est *ultra vires* du Parlement fédéral et qu'au surplus, elle viole la liberté d'expression protégée par l'article 2 de la Charte canadienne[139]. En ce qui a trait à la première question, l'enjeu principal consiste à déterminer si le Parlement est compétent pour interdire trois catégories d'actes, soit la « publicité en faveur des produits du tabac » (arts 4 et 5), la « promotion des produits du tabac » (arts 6 à 8) et la « vente des produits du tabac dont l'emballage ne comporterait pas les messages relatifs à la santé » (art 9)[140].

Selon le juge La Forest, écrivant pour la majorité de la Cour sur la question du partage des compétences[141], les interdictions prévues par la loi, dans la mesure où elles visent à protéger la santé des consommateurs de produits du tabac et du public en général, relèvent de la compétence fédérale sur le droit criminel[142]. Il rappelle la nature « plénière » de cette compétence et le fait que la Cour en a toujours défini largement la portée[143]. Il souligne à cet effet que le Parlement fédéral dispose d'une « vaste compétence pour ce qui est de l'adoption de lois en matière criminelle relativement à des questions de santé » et ajoute que « cette compétence n'est circonscrite que par les exigences voulant qu'elles comportent une interdiction accompagnée d'une sanction pénale, et qu'elles visent un mal légitime pour la santé publique »[144]. Le juge La Forest fait ainsi référence aux trois critères qui doivent être satisfaits pour conclure qu'une mesure législative relève de la compétence

[138] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128.

[139] *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982 c 11 [Charte canadienne]. Sont également intervenus le procureur général du Québec, qui soutenait que la loi fédérale était *ultra vires*, et le procureur général de l'Ontario qui appuyait quant à lui la validité de la loi au motif qu'elle relevait de la compétence fédérale sur le droit criminel.

[140] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 au para 29.

[141] Sur cette question, la majorité est composée du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

[142] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 au para 41.

[143] *Ibid* au para 28.

[144] *Ibid* au para 32.

fédérale en droit criminel: (1) elle doit contenir une interdiction, (2) cette interdiction doit être assortie d'une sanction et (3) elle doit reposer sur un objet de droit criminel[145].

Il poursuit en faisant un retour sur les différentes décisions, dont nous avons fait état précédemment, ayant interprété la compétence du Parlement fédéral en matière de protection de la santé du public de façon générale, et du consommateur en particulier. Il rappelle que l'analyse du juge Laskin dans l'affaire *Wetmore* « indique clairement qu'une loi portant sur les aliments et les drogues qui vise à protéger la santé et la sécurité physiques du public constitue un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel »[146]. Le juge La Forest reprend également les propos du juge Macdonald dans l'affaire *Standard Sausage* pour rappeler que la *Loi sur les aliments et drogues* fait elle aussi partie des mesures qui ont pour objectif la protection de la santé du public et qui relèvent de la compétence fédérale sur le droit criminel[147]. Il ajoute que le pouvoir fédéral en matière criminelle comporte un aspect préventif, tel que le sous-entendait le juge Estey dans l'affaire *Labatt* en ne remettant pas en question la validité des règles en matière d'étiquetage de produits[148].

À la lumière de ces décisions, le juge La Forest conclut que « le pouvoir d'interdire la vente de produits sur lesquels n'a pas été apposée [une] mise en garde ne constitue qu'une extension logique de la compétence fédérale de protéger la santé publique par l'interdiction même de la vente de ces produits »[149]. Il est d'avis que le Parlement peut non seulement interdire la publicité et la promotion de certains produits, mais qu'il pourrait aller jusqu'à interdire complètement la fabrication et la vente des produits du tabac. Selon lui, une telle interdiction relèverait elle aussi, *a fortiori*, de la compétence fédérale sur le droit criminel dans la mesure où de tels produits constituent un danger pour la santé du public[150]. Pour le juge La Forest, il s'agirait d'une interdiction analogue à celle prévue dans la *Loi sur les aliments et drogues* concernant la vente de produits préparés dans des conditions non

[145] Bien que ces trois éléments étaient considérés dans la jurisprudence antérieure de la Cour suprême et du CJCP, ce « test » en trois étapes commence à apparaître expressément dans les décisions de la Cour à partir du *Renvoi sur les armes à feu*, *supra* note 104 au para 27.

[146] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 au para 40.

[147] *Ibid* au para 41.

[148] *Ibid*. Il cite également à cet effet *R c Swain*, [1991] 1 RCS 933 à la p 999, [1991] SCJ nº 32.

[149] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 au para 41.

[150] *Ibid* au para 43. Voir à ce sujet Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 1 aux pp 218–20.

hygiéniques, qui a été reconnue dans *Wetmore* comme une mesure relevant de la compétence fédérale sur le droit criminel[151].

Le juge La Forest est d'avis que des difficultés d'ordre pratique expliquent que le Parlement fédéral n'ait pas choisi l'interdiction de la vente des produits du tabac comme moyen d'intervention pour atteindre ses objectifs. En effet, étant donné le taux de consommation des produits du tabac à l'époque — plus d'un tiers de la population canadienne —, et la forte dépendance créée par ceux-ci, le juge La Forest est d'avis qu'une interdiction de vente ou d'usage de ces produits serait « tout à fait inconcevable en pratique » et mènerait « presque inévitablement à un accroissement de la contrebande et du crime »[152].

Ainsi, l'existence d'une « interdiction », le premier des trois critères fondant la compétence en droit criminel, n'a pas à viser l'activité elle-même, c'est-à-dire la vente et l'usage des produits du tabac. Selon le juge La Forest, ce critère est respecté en l'espèce puisque la loi prévoit trois interdictions: elle interdit la publicité en faveur des produits du tabac, la promotion de ceux-ci et la vente des produits dont l'emballage ne comporterait pas les messages relatifs à la santé[153].

Le juge La Forest conclut également que les deux autres critères sont satisfaits. En effet, d'une part, il constate que les trois interdictions sont assujetties à des sanctions pénales en vertu de l'article 18 de la loi[154]. D'autre part, il affirme que les mesures prises par le Parlement ont pour objectif, tel qu'il ressort de l'article 3 de la loi, de « protéger les Canadiens contre les méfaits du tabac »[155] et souligne que la protection de la santé constitue un des « buts habituels » du droit criminel[156].

---

[151] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 au para 43.

[152] *Ibid* au para 34.

[153] Il rejette à cet égard l'argument de RJR-MacDonald qui prétendait que la loi ne visait pas un « objectif public du droit criminel » puisque le Parlement ne peut criminaliser une activité portant sur un aspect secondaire d'un « mal » (la publicité et la promotion des produits du tabac) si l'activité sous-jacente à laquelle s'attaque la loi (la fabrication, la vente et l'usage du tabac) est elle-même légale ». *Ibid* au para 49.

[154] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 au para 29.

[155] *Ibid* au para 30. L'article 18 prévoit que quiconque contrevient aux articles 4, 6(2), 7, 8, 9 ou 10 de la loi commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou commet un acte criminel.

[156] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 para 32. Il cite à cet effet les propos du juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine*, *supra* note 91 aux pp 49–50.

S'attardant peu aux effets de la législation fédérale sur la compétence des provinces en matière de commerce intraprovincial, tel que l'avait fait la Cour dans l'affaire *Labatt*, le juge La Forest mentionne simplement qu'il n'existe pas de preuve selon laquelle « le Parlement avait une arrière-pensée lorsqu'il a adopté cette loi, ou encore qu'il tentait d'empiéter de façon injustifiable sur les compétences attribuées aux provinces en vertu des par. 92(13) et (16) »[157]. Il souligne également que la loi est une « facette » d'un programme impliquant les autorités fédérales et provinciales destiné à contrôler et à réduire l'usage du tabac[158]. Il insiste sur le fait que les deux ordres de gouvernement ont collaboré afin d'atteindre cet objectif et sont intervenus parallèlement au plan législatif[159]. Au final, il en conclut que le choix du législateur fédéral d'encadrer la publicité des produits du tabac plutôt que leur usage ne représente pas une tentative « déguisée » du Parlement d'empiéter sur la compétence des provinces, dans la mesure où l'interdiction de la vente ou de l'usage de ces produits ne représentait pas une « option politique pratique » à l'époque[160].

Enfin, le juge La Forest précise qu'il appartient au législateur fédéral, lorsqu'il exerce sa compétence en droit criminel, de choisir les moyens qu'il juge les plus appropriés afin de protéger la santé du consommateur et du public en général. Il ajoute que la « sagesse » et l'« efficacité » de la méthode choisie par le législateur ne doit pas être déterminante dans l'analyse du caractère véritable des mesures en cause[161].

---

[157] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 au para 33.

[158] *Ibid* au para 36.

[159] Il souligne d'abord que: « "[L]es ministres fédéral, provinciaux et territoriaux de la santé ont accepté de travailler conjointement avec les organismes non gouvernementaux à l'élaboration et à la mise en œuvre d'un programme national de lutte contre le tabagisme". […] En juin 1987, Santé et Bien-être social Canada a publié un "Document d'orientation du programme national de lutte contre le tabagisme au Canada" […]. Parmi les mesures législatives recommandées dans ce document, on note entre autres qu'il faut indiquer que les produits du tabac sont des substances toxiques et qu'il faut "interdire la publicité, la promotion et le parrainage directs ou indirects des produits du tabac; rendre la promotion de ces produits moins attrayante ou exiger que l'emballage de tous les produits du tabac porte des mises en garde bien en évidence" » (*ibid* au para 37). En plus de faire état des résultats de cette collaboration intergouvernementale, le juge La Forest soutient également qu'il est pertinent de mentionner que neuf provinces ont adopté des lois relatives à la vente de tabac aux jeunes et à l'usage du tabac dans les endroits publics (*ibid* au para 38).

[160] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 aux para 33–34.

[161] *Ibid* au para 44.

Dans leurs motifs dissidents, les juges Major et Sopinka concluent quant à eux que les dispositions de la loi, à l'exception de l'article 9[162], ne pouvaient se rattacher à la compétence fédérale en droit criminel[163]. Ils citent à cet effet l'arrêt *Labatt* pour souligner que le critère applicable pour déterminer si une mesure relève du droit criminel « devrait s'intéresser au fond et non à la forme » et exclure toute loi qui ne « revêt pas les caractéristiques requises du droit criminel »[164]. Ils considèrent que puisque le Parlement a choisi de ne pas criminaliser l'usage du tabac, la publicité en faveur de ce produit peut difficilement revêtir le caractère d'une activité criminelle[165]. Ils rejettent donc la voie « indirecte » que le juge La Forest valide pour des raisons « pratiques ».

Ni la majorité ni la dissidence ne répond à l'argument selon lequel la loi relèverait du pouvoir fédéral de faire des lois pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement », jugeant qu'il était inutile de le faire en l'espèce[166]. C'est pourtant en vertu de cette compétence que la Cour d'appel du Québec avait conclu à la validité de la loi, au motif que les problèmes de santé reliés au tabagisme comportent ce « degré d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui les distingue clairement des matières d'intérêt strictement provincial »[167]. C'était également l'une des bases invoquées par le juge Martin dans *Standard Sausage* pour confirmer la validité de la *Loi sur les aliments et drogues 1927*[168].

Enfin, bien que la majorité de la Cour ne fasse pas droit aux arguments de partage des compétences soulevées par les compagnies de tabac, elle leur donne néanmoins raison sur la question de l'atteinte à leur liberté d'expression ne pouvant être justifiée en vertu de l'article 1 de la Charte. La Cour déclare ainsi invalides les articles 4 (la publicité), 5

[162] L'article 9 interdisait aux fabricants de vendre un produit du tabac qui ne comportait pas sur l'emballage les mises en garde décrivant les effets du produit sur la santé ainsi que la liste et la quantité des substances toxiques que celui-ci contenait.

[163] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 au para 197.

[164] *Ibid*.

[165] *Ibid* au para 212.

[166] *Ibid* aux para 57 (motifs du juge La Forest) et 217 (motifs du juge Major).

[167] *Canada (Procureur Général) c RJR-MacDonald inc*, [1993] RJQ 375, 102 DLR (4th) 289 à la p 415 (QCCA). Voir aussi *supra* note 98. Pour une analyse détaillée du jugement de la Cour d'appel, voir Jean Leclair, « La théorie des dimensions nationales: une boîte à phantasmes – *Canada (Procureur Général)* c. *R.J.R.-MacDonald inc.* » (1993) 72 R du B can 524.

[168] *Standard Sausage 1934*, *supra* note 33 à la p 111.

(commerce au détail), 6 (parrainage), 8 (les marques) et 9 (les messages non attribués relatifs à la santé) de la loi.

À la suite de cette décision, le législateur fédéral modifie la loi et adopte en 1997 la *Loi sur le tabac*[169], moins restrictive que la loi précédente, afin de s'assurer d'en préserver la conformité avec la Charte canadienne[170]. Les compagnies de tabac contestent rapidement cette nouvelle mouture au motif qu'elle continue de porter atteinte à leur liberté d'expression[171]. Cette fois, la Cour suprême confirme à l'unanimité que bien que les dispositions de la loi et de son règlement[172] violent la liberté d'expression des compagnies de tabac, cette atteinte est justifiée en vertu de l'article 1 de la Charte. La Cour réaffirme au passage que les « restrictions applicables à la publicité des produits du tabac constituent un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel »[173].

Depuis, le Parlement fédéral a apporté en 2018 d'autres modifications à la loi[174], maintenant appelée la *Loi sur le tabac et les produits de vapotage*[175]. La loi régit dorénavant la fabrication, la vente, l'étiquetage et la promotion des produits de vapotage et interdit la présence d'additifs aromatisants dans certains produits[176]. Le législateur fédéral a également octroyé le pouvoir à Santé Canada de réglementer l'apparence des produits du tabac[177], en vertu duquel cette dernière a adopté le *Règlement sur les produits du tabac* qui exige que les emballages de ces produits soient neutres et normalisés[178]. Bien que certaines de ces nouvelles mesures aient été contestées en vertu de la Charte, la compétence du

[169] *Loi sur le tabac*, *supra* note 19.

[170] *Imperial Tobacco Canada ltée c Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358 au para 59.

[171] *Canada (Procureur général) c JTI-MacDonald Corp*, [2007] 2 RCS 610, 281 DLR (4th) 589 [*JTI-MacDonald*].

[172] *Règlement sur l'information relative aux produits du tabac*, DORS/2000-272.

[173] *JTI-MacDonald*, *supra* note 171 au para 20.

[174] *Loi modifiant la Loi sur le tabac, la Loi sur la santé des non-fumeurs et d'autres lois en conséquence*, LC 2018, c 9 [*Loi modifiant la Loi sur le tabac*]. Voir à ce sujet Marie-Ève Couture-Ménard et Marie-Lynda Pierre-Louis, « La fin des petits cigares au punch tropical: le Canada est-il exemplaire pour contrer les astuces de l'industrie du tabac ? » (2017) 11: 2 RD & santé McGill 140 à la p 144.

[175] *Loi modifiant la Loi sur le tabac*, *supra* note 174, art 2.

[176] *Ibid*, arts 7, 12.

[177] *Ibid*, arts 11, 44.

[178] *Règlement sur les produits du tabac (apparence neutre et normalisée)*, DORS/2019-107. Des emballages « neutres et normalisés » (aussi appelé le « *plain packaging* ») sont des emballages « qui n'ont aucun trait distinctif ou attrayant, qui présentent une apparence semblable et qui sont de la même couleur ordinaire ». Voir *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation – Règlement sur les produits du tabac (apparence neutre et normalisée)*, DORS/2019-107, CP 2019-380, (2019) Gaz C II, 1466.

législateur fédéral pour réglementer l'industrie du tabac n'a pas fait l'objet d'autres contestations devant les tribunaux[179].

Au final, l'arrêt *RJR-MacDonald* reste, encore aujourd'hui, une décision phare permettant d'établir la portée de la compétence fédérale afin de protéger la santé du consommateur.

Les motifs majoritaires confirment que les tribunaux n'ont pas à juger de l'efficacité des mesures prises par le législateur afin de décider si celles-ci peuvent ou non relever de la compétence de ce dernier en matière criminelle. Si l'objectif de la loi est de protéger la santé du consommateur, il n'est donc pas pertinent de déterminer si le législateur aurait pu choisir des moyens plus efficaces pour atteindre cet objectif. L'approche adoptée par le juge La Forest est axée à cet égard sur la finalité de la loi plutôt que sur sa forme, permettant ainsi au Parlement non seulement d'interdire des conduites jugées criminelles, mais également de choisir différents moyens d'intervention pour atteindre ses objectifs, allant au-delà de la simple interdiction d'agir[180].

Cette approche continue de guider l'analyse de la validité des mesures adoptées en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel. À cet effet, la Cour suprême a récemment rappelé qu'« une fois qu'il est conclu que le Parlement a légiféré en réponse à une appréhension raisonnée de préjudice à l'un des intérêts publics susceptibles d'être protégés par le droit criminel, la méthode que le Parlement a choisie ne peut être déterminante relativement à sa compétence de légiférer »[181]. Lorsqu'il juge que la consommation d'un produit peut poser des risques pour la santé, le Parlement est dès lors libre d'utiliser différents modes d'intervention, dont nous avons traité précédemment[182], allant d'obligations de divulgation d'information à une interdiction totale de vente.

---

[179] Comme nous le verrons dans la Partie I, section 2.3.1. (« L'affaire *Rothmans*: la compatibilité du droit provincial et fédéral réglementant la vente des produits du tabac »), la Cour a toutefois eu à se prononcer sur l'opérabilité d'une loi provinciale imposant des obligations en matière de vente des produits du tabac qui s'appliquait parallèlement aux exigences fédérales.

[180] Voir Leclair, « Compétence fédérale en droit criminel », *supra* note 67 à la p 151.

[181] *Renvoi sur la non-discrimination génétique*, *supra* note 76 au para 91 (motifs majoritaires quant au résultat de la juge Karakatsanis). Voir aussi les motifs concurrents des juges Moldaver et Côté qui rappellent qu'en vertu des principes établis dans *RJR-MacDonald* « le Parlement dispose d'une grande latitude quant au choix des moyens qu'il peut prendre pour s'attaquer au mal ou à l'effet nuisible ou indésirable qu'il vise » (au para 149).

[182] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.2.1.1. (« La prévention du risque »).

Une telle approche élargit la marge de manœuvre du Parlement fédéral lorsqu'il exerce sa compétence sur le droit criminel, et ce, même lorsque son intervention produit des effets importants sur le commerce intraprovincial. L'approche empruntée par le juge La Forest peut toutefois, selon Jean Leclair, « entraîner de tristes conséquences pour l'équilibre constitutionnel fédéral-provincial, justement parce qu'elle autorise le Parlement central à emprunter des avenues jusqu'alors interdites aux termes de l'article 91(27) de la Constitution »[183]. Nous verrons plus loin[184] comment la Cour a réussi à certains égards à rétablir cet équilibre en adoptant une conception souple du fédéralisme permettant aux provinces et à l'autorité fédérale d'agir — de façon parallèle et parfois par chevauchement — pour s'assurer de protéger les consommateurs contre les risques pour la santé que présentent certains produits.

Enfin, les motifs majoritaires démontrent que la Cour a donné un certain poids au fait que les moyens d'intervention choisis par le législateur fédéral sont en partie le fruit d'un effort de coopération avec les provinces afin de trouver de nouvelles solutions pour lutter contre les problèmes liés à l'usage du tabac. On déduit des motifs du juge La Forest que le choix du Parlement fédéral d'avoir recours à un moyen d'intervention relevant en principe des provinces — soit celui d'encadrer la promotion et de la publicité de produits[185] — s'imposait et ne pouvait ainsi être vu comme un empiètement déguisé dans un domaine de compétence provinciale. En effet, selon lui, une solution plus draconienne, telle que l'interdiction totale de la vente ou de l'usage des produits du tabac, ne s'avérait pas l'option politique jugée appropriée par le Parlement fédéral et n'apparaissait pas être la solution retenue au terme des consultations avec les provinces. Rappelons que le juge La Forest note le travail conjoint des ministres fédéral, provinciaux et territoriaux de la santé dans le cadre de la mise en œuvre d'un programme national de lutte contre le tabagisme qui a débouché sur l'adoption de la *Loi sur le tabac*[186]. En ce sens, pour reprendre la formulation

[183] Voir Leclair, « Compétence fédérale en droit criminel », *supra* note 67 à la p 151.

[184] Voir *infra*, Partie I, section 2.3.1. (« L'affaire *Rothmans*: la compatibilité du droit provincial et fédéral réglementant la vente des produits du tabac »).

[185] Voir les motifs, concurrents sur cette question, de la juge McLachlin dans *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 au para 123. Voir aussi *Procureur général (Québec) c Kellogg's Co of Canada et autre*, [1978] 2 RCS 211 à la p 220, 83 DLR (3d) 314 [*Kellogg's*]. Nous reviendrons plus en détail sur l'affaire *Kellogg's* dans la Partie II.

[186] Voir *supra* note 159.

de Noura Karazivan[187], le fédéralisme coopératif « exécutif » a favorisé le fédéralisme coopératif « judiciaire » en amenant les juges majoritaires à reconnaître le caractère *intra vires* de mesures fédérales ayant été adoptées au terme d'une collaboration intergouvernementale, même si ces dernières empiétaient de façon importante sur un domaine de compétence provinciale.

1.3. La compétence fédérale (presque) incontestée de contrôler la vente des produits dangereux

Le contrôle de la vente de produits dangereux s'est traditionnellement opéré *ex post* par les règles de responsabilité civile relevant du droit commun provincial[188]. Au Canada, ce n'est qu'à partir de la fin des années 1960 que les autorités fédérales évoquent la possibilité de prévoir des règles plus strictes en la matière et d'agir de façon préventive afin d'éviter que des produits dangereux ne se retrouvent sur le marché[189]. Après la création du ministère de la Consommation et des Corporations en 1967[190], son ministre de l'époque, Ron Basford, débute des rencontres avec ses homologues provinciaux en vue de discuter de la nécessité d'adopter une législation régulant les produits considérés dangereux[191]. Des débats similaires avaient alors lieu aux États-Unis alors que la *National Commission on Product Safety* conduisait des audiences publiques à ce sujet[192].

Un projet de loi est déposé en 1969 visant à réglementer les produits chimiques, de même que les produits destinés aux enfants ou aux sportifs[193]. On jugeait alors que le coût pour les entreprises de se conformer à une multiplicité de législations provinciales distinctes justifiait une initiative fédérale[194]. Les auteurs Shaul et Trebilcock mentionnent à cet égard

---

[187] Noura Karazivan, « Cooperative Federalism in Canada and Quebec's Changing Attitudes » dans Richard Albert, Paul Daly et Vanessa MacDonnell, dir, *The Canadian Constitution in Transition*, Toronto, University of Toronto Press, 2018, 136 à la p 137.

[188] Voir Shaul et Trebilcock, « Hazardous Products Act », *supra* note 2 à la p 3.

[189] *Ibid*.

[190] Voir *supra* note 14. La création de ce ministère est le point de départ de plusieurs initiatives visant à protéger le consommateur au niveau fédéral. À cet égard, Harold Buchwald note qu'au moment de la création de ce ministère « *many statutes aimed at protecting the consumer, which had previously been widely diffused throughout other levels of the federal government, were brought under one co-ordinated ministry* ». Voir Harold Buchwald, « Consumer Protection in the Community: The Canadian Experience – An Overview » (1977) 2:2 Can Bus LJ 182 à la p 186 [Buchwald, « Consumer Protection in the Community »].

[191] Voir Shaul et Trebilcock, « Hazardous Products Act », *supra* note 2 à la p 3.

[192] *Ibid*.

[193] *Ibid* à la p 4.

[194] *Ibid*.

que « *[w]ith most consumer products being distributed nationally, the importance to industry and consumers of having uniform national safety standards was also recognized* »[195]. La première mouture de la *Loi sur les produits dangereux* est ainsi adoptée au début de l'été 1969[196].

La loi vise seulement les produits considérés dangereux énumérés à la Partie I et la Partie II de l'Annexe de celle-ci. Cette liste inclut, par exemple, les meubles et jouets contenant du plomb destinés aux enfants ou encore les produits domestiques renfermant du chlore[197]. La loi regroupe ainsi les produits en deux catégories. Les produits se trouvant à la Partie I font l'objet d'une interdiction totale de vente, de promotion ou d'importation au Canada[198]. Pour leur part, les produits de la Partie II font l'objet de la même interdiction, sauf dans la mesure où les règlements adoptés en vertu de la loi l'autorisent[199]. Des pouvoirs réglementaires importants sont ainsi confiés au gouverneur en conseil afin d'encadrer la vente, la promotion et l'importation de produits dangereux, mais non leur fabrication[200]. Ces pouvoirs incluent également celui de modifier la liste de produits jugés dangereux se retrouvant à l'Annexe[201]. La seule limite qui s'impose à l'ajout de nouveaux produits sur cette liste est qu'ils « présentent ou présenteront vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité du public »[202]. Les sanctions à une infraction de la loi ou de son règlement sont de nature criminelle, allant d'une amende de 1000 $ à une peine d'emprisonnement de deux ans[203]. Enfin, la mise en application de la loi est confiée à des inspecteurs fédéraux qui disposent à cet effet de pouvoirs de perquisition et de saisie[204].

À peine quelques années après son adoption, la constitutionnalité de la loi est contestée et fait l'objet d'une décision de la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *Cosman's*[205]. La

---

[195] *Ibid*.
[196] *Loi interdisant la vente, l'annonce et l'importation de produits dangereux*, LC 1969, c 42.
[197] *Ibid*, art 2 (définition de « produit dangereux »).
[198] *Ibid*, art 3(1).
[199] *Ibid*, art 3(2).
[200] *Ibid*, art 7. Voir aussi Shaul et Trebilcock, « Hazardous Products Act », *supra* note 2 à la p 5.
[201] *Loi interdisant la vente, l'annonce et l'importation de produits dangereux*, *supra* note 196, art 8.
[202] *Ibid*. Voir aussi Shaul et Trebilcock, « Hazardous Products Act », *supra* note 2 à la p 5.
[203] *Loi interdisant la vente, l'annonce et l'importation de produits dangereux*, *supra* note 196, art 3(c).
[204] *Ibid*, art 5.
[205] *R v Cosman's Furniture (1972) Ltd,* [1976] MJ Nº 97, 73 DLR (3e) 312 (MBCA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée (1977) 14 NR 180 [*Cosman's*].

validité de l'ensemble de la loi, de même que d'un règlement en découlant portant sur les lits et berceaux pour enfants, est alors remise en question par un détaillant au motif qu'il s'agit de mesures relevant de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils[206].

La Cour d'appel du Manitoba, sous la plume du juge Freedman, conclut que même si la loi et son règlement empiètent de façon incidente sur la compétence des provinces, leur caractère véritable relève de la compétence fédérale en matière de droit criminel[207]. Pour en venir à cette conclusion, le juge Freedman s'appuie sur les motifs du *Renvoi sur la margarine*, comme l'avait d'ailleurs fait le juge La Forest dans *RJR-MacDonald*[208]. Dans cette affaire, écrivant pour la majorité, le juge Rand avait affirmé que, pour relever de la compétence fédérale sur le droit criminel, une loi devait être dirigée contre un « mal » ou un « effet nuisible ou indésirable » et avait précisé que « la paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé, la moralité » représentaient des « buts habituels » que poursuit le droit criminel[209]. En l'espèce, le juge Freedman est d'avis que puisque les interdictions prévues par la *Loi sur les produits dangereux* ont pour objectif d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des enfants, la loi satisfait aux critères établis par le juge Rand[210].

Après que la permission d'en appeler de cette décision ait été rejetée, la constitutionnalité de la loi n'a par la suite pas été remise en question devant la Cour suprême ou les cours d'appel provinciales. À plusieurs reprises, la plus haute Cour a néanmoins réitéré que la loi constituait un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel en se basant sur les principes établis dans l'affaire *Cosman's*[211]. Dans l'affaire *RJR-MacDonald*, le juge La Forest s'est d'ailleurs appuyé sur cette décision, rendue plus de vingt ans

[206] *Ibid* à la p 313.
[207] *Ibid* à la p 323.
[208] *Renvoi sur la margarine*, *supra* note 91.
[209] *Ibid* aux pp 49– 50.
[210] *Cosman's*, *supra* note 205 à la p 314.
[211] Voir notamment *Hydro-Québec*, *supra* note 104 au para 65; *Renvoi sur les armes à feu*, *supra* note 104 au para 29. Voir aussi le *Renvoi fait par le gouvernement du Québec en vertu de la Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., ch. R-23, relativement à la constitutionnalité des articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2 (Dans l'affaire du)*, 2008 QCCA 1167 au para 193, où la Cour d'appel du Québec rappelle que la *Loi sur les produits dangereux*, tout comme la *Loi sur les aliments et drogues*, relève de la compétence fédérale en droit criminel. Voir également *R v Cariboo Pulp & Paper Company Ltd*, 2007 BCSC 1641 aux para 24– 29.

auparavant, pour souligner que le Parlement fédéral peut, en vertu de sa compétence sur le droit criminel, interdire la fabrication, la vente, la publicité et l'utilisation de produits qui, comme les produits du tabac, sont considérés comme dangereux ou nocifs pour le consommateur[212].

La loi a fait l'objet de plusieurs modifications ponctuelles, mais sa portée a surtout évolué à travers le *Règlement sur les produits dangereux*[213]. En effet, par le biais de ce dernier, le ministre fédéral de la Santé peut modifier la liste des produits jugés dangereux dont la vente est prohibée ou restreinte[214], imposer des obligations en matière de fabrication et de composition, et prévoir des obligations en matière d'étiquetage[215].

La *Loi sur les produits dangereux* est demeurée pendant longtemps l'une des principales lois fédérales ayant pour objet de protéger la santé et la sécurité du consommateur[216]. Cela dit, une importante partie de celle-ci a été abrogée lors de l'adoption de la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*.

1.4. La *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*: un rôle accru de l'ordre fédéral dans la protection de la santé et de la sécurité du public

En 2010, le législateur fédéral adopte la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation* en vue d'homogénéiser le corpus législatif relatif à la sécurité des produits qui était jusque-là composé de règles éparpillées entre la *Loi sur les aliments et drogues*, la *Loi sur les produits dangereux* et d'autres lois s'appliquant à des secteurs d'activités particuliers[217]. Marie-Ève Arbour note que l'adoption de cette loi suit le phénomène,

---

[212] *RJR-MacDonald*, *supra* note 128 aux para 42– 43.

[213] *Règlement sur les produits dangereux*, DORS/2015-17.

[214] Certains produits sont réglementés, tels que les jouets et certains produits chimiques, alors que d'autres, comme les marchettes pour bébé ou les produits contenant des substances toxiques, sont interdits.

[215] *Loi sur les produits dangereux*, *supra* note 20, art 15.

[216] Voir Nathalie Vézina et Françoise Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec… deux solitudes: mesures préventives et sanctions civiles des atteintes à la sécurité » (2008) 49:1 C de D 57 à la p 62 [Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec »].

[217] Voir Arbour, « Visite guidée », *supra* note 8 à la p 1. Cette dernière donne comme exemple de lois sectorielles la *Loi sur l'aéronautique*, LRC 1985, c A-2, la *Loi sur la sécurité automobile*, *supra* note 22, et la *Loi sur la sûreté du transport maritime*, LC 1994, c 40. Voir aussi Patricia Fonseca, *Droit de la protection du consommateur au Québec et au Brésil*, Éditions IEIM, Montréal, 2016 à la p 55 [Fonseca, *Droit de la protection du consommateur*]; Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec », *supra* note 216 à la p 61.

observé ailleurs[218], de l'accroissement du rôle de l'État dans la régulation du marché en vue de protéger davantage le public contre le préjudice pouvant découlant de défauts de sécurité de certains produits[219].

Jusque-là, le législateur fédéral était intervenu principalement pour éviter les risques associés à certains produits en réponse à des accidents subis par les consommateurs[220]. L'approche fédérale était ainsi davantage réactive que préventive[221]. Elle était également en partie fondée sur la volonté des acteurs économiques d'adhérer aux normes établies et laissait ainsi une grande place à l'autoréglementation[222]. Dans ce contexte, les produits susceptibles de poser un risque pour la santé ou la sécurité du public, mais qui n'étaient ni interdits ni réglementés par la *Loi sur les produits dangereux* et son règlement, n'étaient soumis qu'aux règles élaborées par l'industrie elle-même[223].

L'adoption de la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation* marque le début d'une nouvelle approche, en créant ce que Marie-Ève Arbour qualifie de « maxi-obligation » de sécurité[224]. Sa portée est beaucoup plus grande que toutes les lois fédérales existant auparavant. Cette nouvelle loi, sous l'égide du ministre de la Santé, impose une obligation générale de sécurité à chacun des professionnels agissant dans la chaîne de production et de distribution. Elle leur interdit de fabriquer, d'importer, de vendre ou de faire la publicité de tout produit de consommation qui ne se conforme pas aux obligations réglementaires établies en vertu de la loi ou qui présente un danger pour la santé ou la

[218] Voir Arbour, « Visite guidée », *supra* note 8 à la p 6. Elle cite à cet effet les mesures suivantes: la *Directive européenne 2001/95/CE relative à la sécurité générale des produits*, JO nº L 011 à la p 4, le *Consumer Product Safety Act* américain, Public Law 92-573; 86 Stat 1207, Oct 27, 1992 [codifié à 15 USC §§ 2051-2089] et le *Competition and Consumer Act 2010* australien, Act nº 51, 1974 (tel qu'amendé en 2011).

[219] Voir Arbour, « Visite guidée », *supra* note 8 à la p 6.

[220] Voir Fonseca, *Droit de la protection du consommateur*, *supra* note 217 à la p 55; Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec », *supra* note 216 à la p 61.

[221] Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec », *supra* note 216 à la p 61.

[222] *Ibid*; Fonseca, *Droit de la protection du consommateur*, *supra* note 217 à la p 55.

[223] Voir Michel Bédard, Jennifer Bird et Marlisa Tiedemann, *Résumé législatif du projet de loi C-36: Loi concernant la sécurité des produits de consommation*, publication nº 40-3-C36-F, 14 juillet 2010, en ligne: https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/LegislativeSummaries/PDF/40-3/c36-f.pdf (consultée le 10 novembre 2022) [Bédard, Bird et Tiedemann, *Résumé législatif*].

[224] Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 1 à la p 224; Marie-Ève Arbour et Simon Johnson-Bégin, « L'encadrement juridique des rappels et des retraits de produits de consommation » (2012) 37 Gestion 17 à la p 19.

sécurité humaine[225]. En visant l'ensemble de cette chaîne, elle attribue ainsi la responsabilité aux acteurs les mieux placés pour prévenir, gérer et communiquer le risque[226].

Cela étant dit, la loi reste d'une portée limitée. En effet, elle ne couvre pas la fourniture de services et exclut de son application tout produit destiné à des fins commerciales, autrement dit tout produit qui n'est pas destiné des fins domestiques, récréatives ou sportives[227]. Elle exclut également de nombreux autres produits déjà visés par des lois particulières, comme les produits du tabac, les produits de santé naturels ou encore les véhicules automobiles[228].

Enfin, alors qu'elle abroge la Partie I de la *Loi sur les produits dangereux*[229], la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation* laisse intactes les autres lois, dont nous avons discuté précédemment[230], qui régissent la sécurité du produit. Ce nouveau régime et les obligations générales qu'il prévoit viennent ainsi se « juxtaposer » au corpus législatif fédéral existant[231].

Cette nouvelle loi est, dans un certain sens, le fruit des leçons de la jurisprudence que nous avons étudiée jusqu'à présent. En effet, son adoption résulte de la reconnaissance d'une

---

[225] Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 1 à la p 224. La *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation* distingue deux types de produits: (1) les produits interdits listés à l'annexe 2 qui font l'objet d'une interdiction totale de vente, d'importation et de publicité (art 5); (2) les produits dont la fabrication et la vente sont limitées, qui ne peuvent être ni annoncés, ni vendus, ni importés s'ils ne sont pas conformes aux règlements adoptés en vertu de la loi (art 6).

[226] Voir Arbour, « Visite guidée », *supra* note 8 à la p 4.

[227] La définition de « produit de consommation » à l'article 2 de la loi ne comprend que les produits « dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un individu l'obtienne en vue d'une utilisation à des fins non commerciales, notamment à des fins domestiques, récréatives ou sportives ».

[228] Voir Arbour, « Visite guidée », *supra* note 8 à la p 3.

[229] Avant cette modification, la loi se divisait en deux parties: La Partie I de la loi visait les « produits interdits et limités », listés à la Partie I de l'annexe de la loi, qui faisaient l'objet d'une interdiction totale de vente, de promotion ou d'importation au Canada, sauf dans la mesure où l'autorisait par règlement le gouverneur en conseil. La Partie II de la loi, qui est toujours en vigueur, vise quant à elle les « produits contrôlés », dorénavant appelés « produits dangereux », qui ne peuvent être vendus ou importés par un fournisseur que dans les conditions prévues par la loi et conformément aux exigences réglementaires imposées en vertu de celle-ci. Est considéré « dangereux » au sens de la loi un « produit, mélange, matière ou substance classés conformément aux règlements pris en vertu du paragraphe 15(1) [de la *Loi sur les produits dangereux*] dans une des catégories ou sous-catégories des classes de danger inscrites à l'annexe 2 [de la loi] » (art 2).

[230] Voir *supra*, Partie I, sections 1.1. (« La réglementation des aliments et drogues: la définition des contours de la compétence fédérale en droit criminel »), 1.2. (« L'encadrement de la vente des produits du tabac et l'arrêt *RJR-MacDonald*: l'expansion de la compétence du Parlement et ses incidences sur l'équilibre provincial-fédéral ») et 1.3. (« La compétence fédérale (presque) incontestée de contrôler la vente des produits dangereux »).

[231] Voir Arbour, « Visite guidée », *supra* note 8 à la p 2.

large compétence du Parlement fédéral pour assurer la protection de la santé et la sécurité du consommateur, incluant la capacité de choisir parmi une vaste gamme d'outils d'intervention pour atteindre cet objectif. Le législateur fédéral a ainsi pu intervenir à plusieurs niveaux en imposant de nouvelles exigences à l'égard des fabricants, distributeurs et détaillants de produits. Parmi ces exigences figurent l'obligation d'informer le consommateur sur les risques liés à l'utilisation du produit, l'obligation d'assurer le suivi du contrôle de la sécurité du produit tout au long de sa commercialisation et l'obligation de notifier aux autorités publiques compétentes tout risque ou danger constaté et de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à un tel risque[232]. Le Parlement fédéral a également pu élargir le champ d'intervention du ministre de la Santé en lui permettant d'intervenir à toutes les étapes de la chaîne d'approvisionnement et en renforçant les mesures correctives qui étaient jusque-là prévues par la *Loi sur les produits dangereux*[233].

L'ensemble de ces nouvelles obligations et interdictions posent nécessairement la question de la validité de la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*. Jusqu'à présent, la constitutionnalité de celle-ci n'a pas encore été remise en question devant les tribunaux. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence que nous avons abordée dans les sections précédentes permet de croire que les nouvelles mesures adoptées seront probablement considérées comme relevant de la compétence fédérale en matière de droit criminel. La loi prévoit des interdictions[234] et des sanctions[235], et s'inscrit directement dans l'un des objectifs du droit criminel. En effet, l'article 3 prévoit explicitement que l'objectif de la loi est de « protéger le public en remédiant au danger pour la santé ou la sécurité humaine » et en « prévenant ce danger »[236]. La loi se rattache ainsi à l'objectif de protection de la santé et de la sécurité du public et de prévention du risque qui, comme nous l'avons

[232] Voir Fonseca, *Droit de la protection du consommateur*, *supra* note 217 aux pp 57–58.

[233] *Ibid*. Le ministre est à cet égard investi d'importants pouvoirs, notamment celui d'ordonner le rappel d'un produit qui présente un danger pour la santé ou la sécurité humaine, ou encore d'ordonner la cessation de la commercialisation d'un produit. Voir à ce sujet Françoise Maniet, *Nanotechnologies et produits de consommation Quels risques ? Quels encadrements ?*, Cowansville, Yvon Blais, 2012 aux pp 119–20.

[234] Les articles 5 à 11, se trouvant dans la section « Interdictions » de la loi, prévoient notamment des interdictions de vendre des produits présentant un danger pour la santé ou la sécurité humaine ou encore de faire de fausses déclarations dans l'étiquetage, l'emballage, la vente et la publicité d'un produit.

[235] La loi prévoit des sanctions de nature criminelle (art 41) et administrative (arts 49 et ss).

[236] *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, *supra* note 21, art 3.

vu, relève de la compétence du Parlement en vertu du paragraphe 91(27) de la LC de 1867[237].

Cela dit, en prévoyant une obligation « horizontale », s'appliquant à l'ensemble des produits de consommation, cette loi fédérale a un impact direct sur le commerce intraprovincial[238]. Elle se superpose également, de manière imparfaite, au droit privé provincial qui établit, comme nous le verrons dans la prochaine section, des règles relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux et aux pratiques interdites de commerce[239]. Dans ce contexte, il ne serait pas surprenant que la constitutionnalité des mesures prévues par cette loi et son interaction avec le droit provincial soient examinées par les tribunaux dans les années à venir[240].

1.5. Conclusion: un large éventail de mesures préventives balisé par les conditions d'exercice de la compétence fédérale en droit criminel

En plus de pouvoir réglementer le commerce interprovincial et international, le législateur fédéral peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, imposer des obligations s'appliquant à des fabricants locaux ou à des commerçants qui ne vendent ou ne distribuent leur produit qu'à l'intérieur d'une seule province. Dans un tel cas, l'objectif recherché par les mesures imposées doit être la protection de la santé et de la sécurité du consommateur ou du public de façon générale.

Les tribunaux ont reconnu que le Parlement pouvait avoir recours à un large éventail d'outils législatifs afin d'atteindre cet objectif. Il peut ainsi intervenir notamment par le biais d'une interdiction de vendre des produits composés de certains ingrédients (*Standard Sausage*), d'une interdiction de tromper le consommateur quant à la nature, la composition ou la quantité d'un produit, ou de fabriquer des aliments dans des conditions non hygiéniques (*Wetmore*), d'une interdiction de faire la promotion et la publicité de produits jugés dangereux ou encore d'une obligation d'apposer des avertissements quant à la dangerosité du produit (*RJR-MacDonald*). Alors que le juge Estey dans *Labatt* paraissait

[237] Voir à cet effet le résumé législatif du projet de loi dans Bédard, Bird et Tiedemann, *Résumé législatif*, *supra* note 223 à la p 5.

[238] Voir Arbour, « Visite guidée », *supra* note 8 aux pp 1–2.

[239] *Ibid*.

[240] *Ibid*. Voir aussi John F Blakney, Margot Patterson et Andrew Lanouette, « The Canada Consumer Protection Safety Act: A Review » (2011) 51:2 Can Community LJ 211 à la p 228.

peu enclin à reconnaître que des mesures visant à contrôler la composition de certains produits et à éviter la confusion du consommateur étaient *intra vires* du Parlement fédéral, il semble désormais acquis que ce dernier peut agir à toutes les étapes de la chaîne d'approvisionnement pour assurer de protéger le consommateur contre les risques d'atteinte à sa santé ou à sa sécurité.

Le fait que les tribunaux aient reconnu que l'intervention du législateur fédéral pour atteindre un tel objectif découle de sa compétence en matière de droit criminel entraîne deux principales conséquences.

D'une part, ce fondement constitutionnel définit la forme que doit prendre l'intervention fédérale. Bien que le Parlement demeure libre, en vertu de sa compétence sur le droit criminel, de choisir les moyens lui permettant de protéger la santé et la sécurité des consommateurs, son intervention doit néanmoins prendre la forme d'interdictions accompagnées de sanctions. Pour satisfaire ce critère, le législateur fédéral n'a pas à aller jusqu'à interdire totalement la vente ou l'usage du produit considéré dangereux. L'interdiction peut ne viser que la publicité ou la promotion d'un tel produit (*RJR-MacDonald*). Toutefois, le Parlement ne peut agir par la seule mise en place d'un système réglementaire dont la surveillance et la mise en œuvre seraient sous la responsabilité d'un organisme administratif fédéral[241]. Par contre, comme nous le verrons plus loin, c'est justement un tel système réglementaire qui devrait — et pourrait — être créé si le législateur agissait plutôt en vertu de sa compétence générale sur le commerce, tel que l'avait laissé sous-entendre la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans *Standard Sausage* et le juge Laskin dans l'arrêt *Wetmore*[242].

D'autre part, l'ancrage en droit criminel permet au Parlement fédéral d'adopter des mesures législatives qui produiront des effets incidents, parfois importants, sur le commerce intraprovincial et, par conséquent, sur la compétence des provinces. En effet, les tribunaux reconnaissent et acceptent que l'exercice de la compétence fédérale en matière de droit

[241] Voir *Renvoi sur les armes à feu*, *supra* note 104 au para 37.

[242] Nous reviendrons sur cette distinction dans la Partie II, section 1.1. (« Le droit de la concurrence comme principal outil fédéral d'intervention en matière économique ») et verrons que celle-ci explique en partie l'évolution de la jurisprudence relative à la constitutionnalité de la législation fédérale en matière de concurrence.

criminel empiète, de façon « presque inévitable » et à « divers degrés », sur la propriété et les droits civils[243]. Comme le soulève la Cour suprême, « il y aura souvent un certain chevauchement entre les mesures adoptées en vertu du pouvoir provincial (propriété et droits civils) et celles prises en vertu du pouvoir fédéral (loi criminelle et procédure criminelle) »[244]. Les décisions que nous avons étudiées confirment que la Cour tend à favoriser cette vision souple et décloisonnée du fédéralisme. Elle permet en effet au législateur fédéral, lorsqu'il exerce sa compétence en matière criminelle afin de protéger la santé et la sécurité du consommateur, d'avoir recours à des moyens d'intervention qui, *a priori*, relèvent davantage de la compétence des provinces, comme nous le verrons dans la prochaine section. Ce faisant, en agissant en vertu de ce champ de compétence, le Parlement fédéral peut aller plus loin qu'il ne le pourrait s'il se reposait pour ce faire sur sa compétence relative au commerce. Il peut ainsi validement restreindre le commerce intraprovincial dans certaines industries, par exemple dans l'industrie alimentaire ou pharmaceutique, ce qu'il ne pourrait faire s'il légiférait sur la base de l'un ou l'autre des volets de sa compétence en matière de trafic et de commerce prévue au paragraphe 91(2) de la LC de 1867.

Au final, le vaste champ d'action du Parlement lorsqu'il exerce sa compétence en matière criminelle ouvre la porte à un certain dédoublement et plusieurs chevauchements entre la législation fédérale et provinciale. En effet, les législateurs provinciaux jouent également un rôle important afin de prévenir, mais surtout d'indemniser, le préjudice découlant d'atteinte à la santé ou à la sécurité du consommateur.

2. L'intervention du législateur provincial: une action combinant la prévention et l'indemnisation du risque

Tel que nous en avons discuté précédemment, avant l'intervention accrue du législateur fédéral dans ce domaine à partir des années 1960, la protection de la santé et de la sécurité du consommateur relevait presque exclusivement du droit privé provincial et opérait par le biais des règles applicables en matière d'indemnisation du préjudice dans chaque province.

[243] *Renvoi sur les armes à feu*, *supra* note 104 au para 50.
[244] *Chatterjee c Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19 au para 29 [*Chatterjee*].

Bien que le Parlement ait adopté des mesures visant à prévenir les risques d'atteinte à l'intégrité physique du consommateur, les règles permettant d'indemniser ce dernier en cas de matérialisation de tels risques demeurent nécessaires. En effet, la dimension préventive de l'intervention fédérale ne peut éviter toute atteinte (potentielle) à la santé et la sécurité des consommateurs, ce qui nécessite que les normes fédérales soient complétées par des règles provinciales prévoyant les conséquences civiles résultant d'une telle atteinte[245]. Comme nous l'avons vu[246], ces sanctions de nature civile permettent de compenser le préjudice en cas de défaut de sécurité du produit, mais peuvent également favoriser les pratiques assurant la santé et la sécurité des consommateurs en ayant un effet dissuasif sur les acteurs économiques faisant partie de la chaîne de distribution[247]. Le droit privé provincial en matière d'indemnisation remplit ainsi une fonction à la fois compensatoire et préventive. Les règles provinciales ont en outre l'avantage de s'appliquer à tout bien ou service, contrairement aux règles fédérales qui ne visent en général que certaines catégories de produits.

Nous verrons dans la présente section que le droit provincial assurant la protection de la santé et la sécurité du consommateur comprend des règles découlant de l'application du droit commun provincial et d'obligations statutaires [2.1.]. Les tribunaux ont à cet effet reconnu la validité de l'intervention des provinces dans ce domaine [2.2.] et ont favorisé une approche moderne du fédéralisme en confirmant qu'une telle intervention pouvait dans une large mesure chevaucher les règles prévues par la législation fédérale [2.3.].

2.1. Le droit commun provincial et les obligations statutaires

Les règles qui encadrent la protection de la santé et de la sécurité du consommateur diffèrent d'une province à l'autre et varient selon qu'on se situe dans le régime de droit civil québécois ou dans un régime de *common law*.

Au Québec, les défauts liés à la sécurité d'un produit et l'indemnisation du préjudice pouvant en découler sont d'abord assujettis aux règles de la responsabilité

[245] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.2.1.2. (« L'indemnisation du préjudice »).
[246] *Ibid*.
[247] Voir Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec », *supra* note 216 à la p 95.

extracontractuelle et contractuelle[248]. Alors que traditionnellement les principes généraux de la responsabilité s'appliquaient afin de réparer le préjudice causé par un produit défectueux, le législateur québécois a choisi, lors de la réforme du *Code civil du Québec* en 1991, de prévoir un régime de responsabilité sans faute en cas de défaut de sécurité par le biais de l'ajout des articles 1468, 1469 et 1473 du CcQ[249].

Les auteurs Jobin et Cumyn notent que ces dispositions ont « une large portée »[250]. Elles permettent en effet de rendre responsables de réparer le préjudice résultant du défaut de sécurité d'un produit toutes les personnes « qui participent à la fabrication ou font partie de la chaîne de distribution »[251], incluant sans s'y limiter le fabricant, le grossiste et le distributeur du produit[252]. Cette responsabilité s'applique tant à l'égard du consommateur, qu'à l'égard des tiers avec qui le fabricant ou le distributeur n'ont pas de relation contractuelle[253]. Ainsi, ce régime bénéficie non seulement au consommateur, mais plus largement à toute personne physique ou morale victime d'un défaut de sécurité[254].

En outre, cette victime n'a pas « à prouver la faute du fabricant, c'est-à-dire à démontrer pourquoi le produit est défectueux »[255]. Pour bénéficier du régime, elle doit seulement prouver la « violation du standard de sécurité, son préjudice, le lien de causalité et le fait que son cas tombe bien dans le domaine d'application du régime de responsabilité du fabricant »[256]. Le standard de sécurité que doit démontrer la victime peut trouver sa source

---

[248] Voir Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 1 aux pp 224–25.

[249] Voir à ce sujet *Imperial Tobacco Canada ltée c Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358 aux para 257–420; Pierre-Gabriel Jobin et Michelle Cumyn, *La Vente*, 4e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2017 aux nº 209–43 [Jobin et Cumyn, *La Vente*].

[250] Voir Jobin et Cumyn, *La Vente*, *supra* note 249, nº 224.

[251] *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991, art 1468 al 1 et 2 [CcQ].

[252] Jobin et Cumyn, *La Vente*, *supra* note 249, nº 224.

[253] Voir Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec », *supra* note 216 à la p 75. Les professeures Vézina et Maniet font remarquer que, malgré la présence d'un régime autonome de responsabilité en matière de sécurité du produit, les litiges de responsabilité civile concernant l'atteinte à la sécurité des consommateurs sont souvent tranchés sur la base des règles extracontractuelles ou encore sans que soit précisé le régime applicable. Elles notent qu'il est plutôt troublant de constater cette inconsistance dans le régime applicable, alors même que le législateur accorde une attention plus soutenue au rattachement de l'obligation de sécurité au contrat et interdit l'option de régime (art 1458 al 2 du CcQ).

[254] Selon l'article 1469, ce défaut de sécurité peut découler, notamment, « d'un vice de conception ou de fabrication du bien, d'une mauvaise conservation ou présentation du bien ou, encore, de l'absence d'indications suffisantes quant aux risques et dangers qu'il comporte ou quant aux moyens de s'en prémunir ».

[255] Jobin et Cumyn, *La Vente*, *supra* note 249, nº 225.

[256] *Ibid*.

dans une norme et un standard de nature législative ou réglementaire, ou être fixé par le tribunal[257]. Une fois que la victime satisfait son fardeau de preuve, il existe une présomption de responsabilité contre le fabricant et il appartient dès lors à ce dernier de la repousser[258]. Il peut notamment pour ce faire démontrer la connaissance par la victime du défaut de sécurité ou encore le caractère apparent de ce dernier[259].

Un régime particulier de responsabilité du fait des produits a également été intégré dans la *Loi sur la protection du consommateur* en 1978[260]. Ainsi, l'article 53 de la LPC permet au consommateur (et non à des tiers comme c'est le cas du régime prévu dans le CcQ) d'exercer un recours contre le commerçant et le fabricant fondé sur un vice caché du bien vendu[261]. L'alinéa 2 de l'article 53 prévoit que ce recours est ouvert au consommateur en cas de « défaut d'indications nécessaires à la protection de l'utilisateur contre un risque ou un danger dont il ne pouvait lui-même se rendre compte »[262]. Les remèdes offerts en vertu de la LPC permettent au consommateur de demander la résiliation ou la résolution du contrat, mais surtout, d'obtenir des dommages et intérêts compensatoires, et dans certains cas, punitifs[263]. En outre, puisque la LPC est d'ordre public de protection, le contrat de consommation ne pourrait écarter les droits que confère l'article 53 au consommateur[264].

Dans les provinces de *common law*, l'indemnisation des victimes de produits défectueux passe par l'application des garanties contractuelles et des règles relatives à la négligence

[257] *Ibid*, nº 227. À cet égard, Jobin et Cumyn précisent que: « […] les tribunaux très souvent adoptent au civil toutes les normes de sécurité pertinentes du droit administratif ou pénal. Inversement, le fait de se conformer aux prescriptions administratives ou pénales n'assure pas l'immunité contre la responsabilité lorsque le tribunal estime qu'en l'espèce le standard de prudence au civil dépasse celui fixé par la loi administrative ».

[258] Jobin et Cumyn, *La Vente*, *supra* note 249, nº 225.

[259] CcQ, art 1473 al 1. Voir aussi Jobin et Cumyn, *La Vente*, *supra* note 249, nº 225.

[260] *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1 [LPC]. Voir à ce sujet Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec », *supra* note 216 à la p 76.

[261] Ce recours peut également être exercé par un consommateur acquéreur subséquent du bien (53 al 4 de la LPC).

[262] Voir LPC, *supra* note 260, arts 37–38.

[263] *Ibid*, art 272. Voir à ce sujet Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec », *supra* note 216 à la p 79; Jobin et Cumyn, *La Vente*, *supra* note 249, nº 238.

[264] Jobin et Cumyn, *La Vente*, *supra* note 249, nº 238.

(« *negligence* »)[265]. Ces provinces ont toutes adopté des lois relatives à la vente d'objets[266], qui prévoient généralement deux garanties créant des obligations en matière de sécurité du produit. Le bien doit, d'une part, être raisonnablement adapté à l'usage général d'un tel bien[267] et, d'autre part, être d'une « qualité marchande »[268]. Certaines lois prévoient en outre explicitement que le consommateur peut être indemnisé en cas de préjudice physique découlant d'un manquement aux différentes garanties prévues par la loi[269].

À ces règles, permettant des recours de nature contractuelle contre le fabricant ou le distributeur d'un produit, s'ajoutent les règles de responsabilité extracontractuelle protégeant à la fois le consommateur et les tiers. Les règles applicables à cet égard découlent de la règle établie dans l'arrêt de principe *Donoghue v Stevenson*[270], dans lequel le CJCP a jugé que le fabricant d'un produit peut être responsable du préjudice subi par un tiers en cas de défaut de sécurité du produit lorsqu'il était raisonnablement prévisible qu'un tel défaut entraînerait un préjudice pour ce tiers. Les tribunaux ont par la suite reconnu d'autres obligations s'imposant aux fabricants découlant de ce principe. Ainsi, similairement à ce qu'exigent les articles 1468 du CcQ et 53 de la LPC, les règles de *common law* prévoient que le fabricant d'un produit a un devoir de mettre les consommateurs en garde contre les dangers inhérents à l'utilisation de celui-ci[271]. Le

[265] Voir Arbour, « Synergies comparées », *supra* note 1 à la p 225. Pour un résumé des règles de *common law* en matière de responsabilité du fabricant, voir Jobin et Cumyn, *La Vente*, *supra* note 249, nº 218–22.

[266] Voir *Loi sur la vente d'objets*, LRO 1990, c S.1 (Ont) [*Loi sur la vente d'objet de l'Ontario*]; *Sale of Goods Act*, RSBC 1996, c 410 (C-B); *Loi sur la vente d'objets*, CPLM c S10 (Man); *Sale of Goods Act*, RSA 2000, c S-2 (Alb); *Sale of Goods Act*, RSS 1978, c S-1 (Sask); *Sale of Goods Act*, RSNS 1989, c 408 (N-É); *Loi sur la vente d'objets*, LRN-B 2016, c 110 (N-B); *Sale of Goods Act*, RSPEI 1988, c S-1 (I-P-E); *Sale of Goods Act*, RSNWT (Nu) 1988, c S-2 (Nu); *Sale of Goods Act*, RSNWT 1988, c S-2 (TN-O); *Sale of Goods Act*, RSY 2002, c 198 (Yuk); *Sale of Goods Act*, RSNL 1990, c S-6 (T-N-L).

[267] Voir par exemple la *Loi sur la vente d'objet de l'Ontario*, *supra* note 266, art 15.1.

[268] Voir par exemple *ibid*, art 15.2. Voir à ce sujet Douglas F Harrison et Alex Colangelo, *The Law of Product Warnings and Recalls in Canada*, 2e éd, Toronto, LexisNexis Canada, 2019 à la p 12; Dean F Edgell, *Product Liability Law in Canada*, Markham, Butterworths, 2000 aux pp 113–31 [Edgell, *Product Liability Law in Canada*].

[269] Voir par exemple *The Consumer Protection and Business Practices Act*, SS 2013, c C-30.2, art 35.

[270] *Donahue v Stevenson*, [1932] AC 562, [1932] All ER Rep 1 (CJCP).

[271] Voir à cet effet *Hollis c Dow Corning Corp*, [1995] 4 RCS 634 au para 20, 129 DRL (4th) 609 [*Hollis*]; *Lambert c Lastoplex Chemicals Co*, [1972] RCS 569 à la p 574, 25 DLR (3d) 121 [*Lambert*].

consommateur peut également entreprendre un recours à l'encontre du fabricant en cas de défaut de conception[272] ou de fabrication[273] du produit.

En outre, certaines lois provinciales intègrent, de différentes façons, les exigences imposées par des lois fédérales. À titre d'exemple, certaines prévoient que le défaut de se conformer aux standards établis par les lois fédérales constitue un défaut de qualité. Ainsi le *Consumer Protection and Business Practices Act* de la Saskatchewan prévoit que:

> *39(1) In any action arising pursuant to this Part, proof that a consumer product does not comply with mandatory health or safety standards set pursuant to an Act or an Act of the Parliament of Canada or with quality standards set by regulation is evidence that the consumer product is not of acceptable quality or fit for the purpose for which it was bought*[274].

Dès lors, la violation d'un standard établi par une loi fédérale, par exemple, la *Loi sur les aliments et drogues*, ouvre la porte à un recours de nature civile entrepris en vertu de la loi provinciale. Ceci permet au consommateur ayant subi un préjudice physique de réclamer des dommages compensatoires ou punitifs.

Certaines provinces ont par ailleurs adopté des mesures empêchant la commercialisation sur leur territoire de produits qui ne respectent pas les exigences de la législation et de la réglementation fédérale en matière de sécurité du produit[275]. Cette forme de « fédéralisme coopératif législatif »[276] permet aux provinces de venir compléter les mesures adoptées par le législateur fédéral et de faire en sorte que les restrictions au commerce intraprovincial soient similaires d'une province à l'autre.

---

[272] Voir notamment *Kreutner v Waterloo Oxford Co-operative Inc*, [2000] 50 OR (3 d) 140, OJ N° 3031 au para 8 (ONCA).

[273] Voir notamment *Lambert*, *supra* note 271 à la p 574. Voir aussi Edgell, *Product Liability Law in Canada*, *supra* note 268 à la p 49.

[274] *The Consumer Protection and Business Practices Act*, *supra* note 269, art 39.

[275] Voir notamment au Québec le *Règlement sur les aliments*, RLRQ c P-29, r 1, qui prévoit à son article 3.1.5 que « Ne doit être présente dans ou sur un produit, ni entrer dans sa composition ou servir à sa préparation, aucune substance dont la présence, l'addition ou l'utilisation est alors prohibée sous le régime d'une loi du Québec ou, en l'absence de telle prohibition, est alors prohibée sous le régime de la Loi des aliments et drogues (L.R.C. 1985, c. F-27), de la Loi sur l'inspection des viandes (L.R.C. 1985, c. 25 (1er suppl.)) ou de la Loi relative aux aliments du bétail (L.R.C. 1985, c. F-9) ».

[276] Voir à ce sujet Johanne Poirier, *Legislative Techniques and Cooperative Schemes: A Handbook*, 31 octobre 2022 [à paraître].

Enfin, même si l'intervention des provinces se concentre principalement sur l'indemnisation du préjudice, elles agissent, à l'instar du législateur fédéral, de façon préventive en imposant des règles qui s'appliquent en amont du contrat de consommation. Elles réglementent ainsi la sécurité dans certains secteurs d'activités se déroulant sur leur territoire, notamment en matière de produits agricoles, de produits alimentaires ou de transport, et encadrent la vente de certains produits considérés dangereux pour la santé[277]. Les législateurs provinciaux peuvent par ailleurs mettre sur pied des systèmes de permis et d'autorisations encadrant la fourniture de certains services et la vente de produits dont la consommation pourrait s'avérer dangereuse pour le consommateur ou le public en général[278].

Qu'elles agissent de façon *ex post* ou *ex ante*, l'intervention des provinces pour protéger la santé et la sécurité du consommateur s'appuiera principalement sur leurs vastes compétences sur la propriété et les droits civils et sur les matières de nature purement locale ou privée.

2.2. La validité des normes provinciales en vertu de leur compétence sur la propriété et les droits civils ainsi que sur les matières de nature purement locale ou privée

La validité des différentes mesures provinciales visant à protéger la santé et la sécurité du consommateur n'a pas aussi souvent été remise en question devant les tribunaux que celle des mesures élaborées par le législateur fédéral. Elle n'a ainsi pas encore fait l'objet d'une décision de la Cour suprême qui permettrait de délimiter plus précisément la portée de la compétence des provinces à la fois en matière de prévention du risque et d'indemnisation du préjudice. Il est toutefois possible de rattacher l'intervention législative des provinces dans ce domaine à deux principaux champs de compétence: la « propriété et les droits

[277] Voir par exemple au Québec: *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*, RLRQ c M-35.1; *Loi sur les produits alimentaires*, RLRQ c P-29; *Loi sur les transports*, RLRQ c T-12; *Loi concernant la lutte contre le tabagisme*, RLRQ c L-6.2. Voir aussi en matière de fourniture de services la *Loi sur la sécurité dans les sports*, RLRQ S-3.1.

[278] Voir Buchwald, « Consumer Protection in the Community », *supra* note 190 à la p 185; Fonseca, *Droit de la protection du consommateur*, *supra* note 217 aux pp 49–51; Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec », *supra* note 216 à la p 71; Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation », *supra* note 15 à la p 12.

civils dans la province » (92(13) de la LC de 1867) et « toutes les matières de nature purement locale ou privée dans la province » (92(16) de la LC de 1867).

Premièrement, comme nous l'avons vu dans la section précédente, plusieurs règles permettant de protéger la santé et la sécurité des consommateurs relèvent de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle du fabricant ou du vendeur du produit défectueux, dangereux pour la santé ou impropre à la consommation.

À ce sujet, les tribunaux ont affirmé à maintes reprises que les règles relatives aux contrats et à la responsabilité civile se rattachaient à la « propriété et aux droits civils » et relevaient, par conséquent, de la compétence exclusive des provinces[279]. En effet, dès 1881, dans l'arrêt *Parsons*, le CJCP a reconnu que les termes « propriété et droits civils » (« *property and civil rights* ») incluaient les contrats et les droits en découlant[280]. Plus récemment, les juges Lebel et Deschamps ont indiqué que cette compétence renvoie au vaste domaine du droit privé, ce qui comprend, notamment, les règles relatives à « la responsabilité extracontractuelle et contractuelle »[281].

Deuxièmement, la création de recours civils qui permettent la mise en œuvre de ces règles appartient également à la compétence des provinces en matière de « propriété et droits civils ». En effet, la Cour suprême a reconnu, dans l'arrêt *General Motors*, que la création d'un droit d'action de nature civile relevait de la compétence exclusive des provinces en vertu du paragraphe 92(13) de la LC de 1867[282]. Elle a en outre affirmé, dans l'arrêt *Clark*, que les « droits d'action en dommages-intérêts pour blessures » se rattachaient eux aussi à

[279] Voir à ce sujet l'analyse de Jean Leclair sur la compétence des provinces en matière de droit privé et plus particulièrement sur le paragraphe 92(13) de la LC de 1867 dans Jean Leclair, « La Constitution par l'histoire: portée et étendue de la compétence fédérale exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre » (1992) 33:2 C de D 535 aux pp 541–48. Voir aussi l'étude très poussée de cette compétence réalisée par l'auteur André Tremblay dans André Tremblay, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967.

[280] *Parsons*, *supra* note 42 à la p 8.

[281] *Renvoi sur la procréation assistée*, *supra* note 75 au para 262. Voir aussi *Transport Desgagnés inc c Wärtsilä Canada Inc*, 2019 CSC 58 au para 82 [*Wärtsilä*].

[282] Voir *General Motors of Canada Ltd c City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641 aux pp 672–73, 58 DLR (4th) 255. Nous reviendrons plus en détail sur cette décision dans la Partie II, sections 1.1.5.2. (« *General Motors*: la consécration de la compétence générale en matière de commerce comme fondement du pouvoir fédéral sur la concurrence ») et 1.4.2.1. (« *General Motors*: la première reconnaissance de la validité d'un droit d'action de nature civile »).

cette compétence[283]. Ainsi, jusqu'à maintenant, la jurisprudence confirme, *a priori*, que les règles permettant l'indemnisation du préjudice causé par le fait d'un produit défectueux relèvent de la compétence exclusive des provinces.

Nous reviendrons plus en détail sur cette compétence en matière de recours civils dans la Partie II puisque cette dernière a été davantage étudiée par les tribunaux dans le contexte de la protection des intérêts économiques des consommateurs[284]. Nous verrons à cet égard que la Cour suprême a reconnu que le Parlement fédéral pouvait lui aussi, dans certaines circonstances et par le truchement de la doctrine des pouvoirs accessoires[285], intégrer à sa législation des recours de nature civile permettant d'obtenir une réparation sous forme de dommages-intérêts en cas de violation de la loi. Notons à ce stade que ce type de recours n'est prévu par aucune des lois fédérales que nous avons étudiées précédemment en matière de protection de la santé et de la sécurité du consommateur.

Enfin, troisièmement, l'intervention des provinces afin de mettre en place des mesures de nature préventive se justifie par le biais de leur compétence en matière de commerce intraprovincial et de santé.

En effet, d'une part, tel qu'établi dans la décision *Labatt*, l'ensemble des normes relatives à la commercialisation d'un produit à l'intérieur d'une province relève de la compétence des législatures provinciales en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la LC de 1867. À cet égard, le CJCP a reconnu très tôt dans l'histoire de la fédération canadienne que les provinces pouvaient réglementer les transactions commerciales intraprovinciales[286] ou encore restreindre le commerce de certains produits, comme l'alcool, vendus sur leur territoire[287]. Les provinces peuvent ainsi agir de façon préventive en prévoyant des règles

[283] *Clark c Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 RCS 680 à la p 695, 54 DLR (4th) 679.

[284] Voir *infra*, Partie II, sections 1.4. (« La reconnaissance graduelle de la validité des recours fédéraux de nature civile ») et 2.3. (« Une vaste gamme de recours et de sanctions provinciales complétant ceux prévus par le droit fédéral »).

[285] Sur cette doctrine, voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 1.2. (« Le paradigme moderne: une interprétation favorisant les chevauchements et ouvrant la porte à un fédéralisme "coopératif" »).

[286] Voir *Parsons*, *supra* note 44.

[287] Voir *Hodge v R*, [1883] 9 AC 117, UKPC 59 (CJCP). Voir aussi *Benson and Hedges (Canada) Ltd et al v Attorney-General of British Columbia*, [1972] BCJ N° 417, 27 DLR (3d) 257 (BCSC).

applicables au commerce local de produits pouvant représenter un danger pour la santé et la sécurité du consommateur et de la population en général[288].

D'autre part, les provinces peuvent également justifier leur intervention *ex ante* en vertu de leur compétence en matière de santé, qu'elle partage avec le législateur fédéral[289]. Le pouvoir des provinces de légiférer à cet égard trouve à nouveau sa source dans leur compétence sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale ou privée, mais aussi sur leur compétence sur « l'établissement des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité » (92(7) de la LC de 1867)[290].

À titre d'exemple, les provinces peuvent légiférer parallèlement au Parlement pour encadrer la vente et l'utilisation des produits du tabac et de produits apparentés, tels que les cigarettes électroniques. Toutes les provinces ont ainsi adopté des lois et règlements visant la commercialisation de tels produits[291]. La Cour d'appel du Québec a d'ailleurs confirmé en 2021 la validité de la *Loi [québécoise] concernant la lutte contre le tabagisme*[292] jugeant qu'elle relevait de la compétence des provinces sur les matières de nature purement locale ou privée[293]. Elle en est arrivée à la même conclusion en 2022 à

---

[288] Voir Buchwald, « Consumer Protection in the Community », *supra* note 190 à la p185; Fonseca, *Droit de la protection du consommateur*, *supra* note 217 aux pp 49–51. Voir par exemple au Québec la *Loi sur les permis d'alcool*, RLRQ c P-9.1.

[289] Sur la compétence partagée des deux ordres de gouvernement en matière de santé, voir notamment *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 au para 53; *PHS*, *supra* note 115 au para 68; *Chaoulli c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35 au para 18.

[290] *Ibid*. Bien que les tribunaux mentionnent généralement ces trois compétences pour justifier la validité de mesures provinciales en matière de santé, notons que dans le *Renvoi sur la procréation assistée*, *supra* note 75 au para 264, les juges Lebel et Deschamps rappellent toutefois que dans l'arrêt *Schneider c La Reine*, [1982] 2 RCS 112, 139 DLR (3d) 417, la majorité de la Cour a considéré le paragraphe 92(16) comme étant la *seule* source de compétence générale des provinces en santé.

[291] Voir *Loi concernant la lutte contre le tabagisme*, *supra* note 277 (Qc); *Loi de 2017 favorisant un Ontario sans fumée*, LO 2017, c 26, ann 3 (Ont); *Tobacco, Smoking and Vaping Reduction Act*, SA 2005, c T-3.8 (Alb); *Tobacco Access Act*, SNS 1993, c 14 (N-É); *Loi sur les ventes de tabac et de cigarettes électroniques*, LN-B 1993, c T-6 (N-B); *Tobacco and Electronic Smoking Device Sales*, RSPEI 1988, c T-3.1 (I-P-E); *The Tobacco and Vapour Products Control Act*, SS 2001, c T-14.1 (Sask); *Loi sur la réglementation de l'usage du tabac et du cannabis et des produits servant à vapoter*, CPLM c N92 (Man); *Tobacco and Vapour Products Control Act*, RSBC 1996, c 451 (C-B); *Tobacco and Vaping Products Control and Regulation Act*, SY 2019, c 14 (Yuk); *Tobacco and Vapour Products Control Act*, SNWT 2019, c 31 (TN-O); *Tobacco Control and Smoke-Free Places Act*, SNu 2003, c 13 (Nu). Voir aussi la liste des lois et règlements adoptés dans chaque province dans Canadian Cancer Society, *Overview Summary of Federal/Provincial/Territorial Tobacco Control Legislation in Canada*, 31 octobre 2017 aux pp 113 et ss, en ligne: http://support.cancer.ca/documents/Legislative_Overview-Tobacco_Control-F-P-T-2017-final.pdf (consultée le 10 novembre 2022).

[292] *Loi concernant la lutte contre le tabagisme*, *supra* note 277.

[293] *Procureur général du Québec c Gallant*, 2021 QCCA 1701 au para 106.

l'égard des dispositions québécoises concernant la possession et la culture de plantes de cannabis, qui relevaient à son avis à la fois des paragraphes 92(13) et 92(16)[294].

Soulignons que l'exercice de sa compétence en matière de droit criminel par le législateur fédéral n'empêche pas les provinces de légiférer sur le même sujet, pourvu qu'elles le fassent pour un objectif qui relève d'une compétence valide de droit provincial. Inversement, l'intervention des provinces n'empêchera pas le Parlement fédéral de légiférer au même effet. Tel que l'indique la juge McLachlin, « le pouvoir des provinces de légiférer en la matière n'écarte pas celui du Parlement de s'attaquer à une activité qui représente un mal pour la santé publique »[295].

Les deux ordres de gouvernement peuvent ainsi adopter des lois possédant un caractère véritable distinct, permettant d'en justifier la validité[296]. Comme l'explique le juge Dalphond:

> *La loi fédérale adoptée en vertu de la compétence dévolue au Parlement en matière de santé est axée sur la fabrication du produit, les normes d'étiquetage et la promotion du produit. La loi provinciale, adoptée en vertu de la compétence sur les contrats locaux, est davantage axée sur la vente, l'étalage et la promotion du produit. Les deux lois ont pour objet la protection des citoyens et recherchent la réduction du tabagisme, en utilisant des moyens qui se rejoignent, se complètent ou se recoupent. La caractéristique dominante de la loi fédérale est la régulation d'un produit dangereux pour la santé; celle de la loi provinciale, la régulation de la vente d'un produit*[297].

Ce même raisonnement s'applique non seulement à l'égard des lois encadrant la vente des produits du tabac, mais peut s'étendre à l'ensemble des normes provinciales qui cherchent à protéger la santé et la sécurité des consommateurs par le biais de restriction au commerce de certains produits.

---

[294] *Loi encadrant le cannabis*, RLRQ c C-5.3, arts 5, 10. Voir *Procureur général du Québec c Murray-Hall*, 2021 QCCA 1325 au para 97, autorisation de pourvoi à la CSC accordée, 39906, 10 mars 2022 [*Murray-Hall*].

[295] *Renvoi sur la procréation assistée*, *supra* note 75 au para 57 (motifs de la juge McLachlin). Voir aussi *Renvoi sur la non-discrimination génétique*, *supra* note 76 au para 93 (motifs majoritaires quant au résultat de la juge Karakatsanis).

[296] Voir notamment *Chatterjee*, *supra* note 244 aux para 25–39.

[297] *Renvoi concernant la compétence du Parlement du Canada en matière de valeurs mobilières*, 2011 QCCA 591 au para 44, note 429 (motifs du juge Dalphond, dissident sur d'autres points).

En somme, les deux ordres de gouvernement disposent d'une compétence partagée dans le domaine de la protection de la santé et de la sécurité du consommateur, qu'ils exercent de manière parallèle (et parfois concertée) en vertu de compétences officiellement exclusives. Partant, les mesures adoptées par les provinces sont susceptibles d'empiéter sur la législation fédérale (et vice versa). Comme nous l'avons vu dans le Chapitre préliminaire, la conception moderne du partage des compétences favorise de tels chevauchements et permet ainsi aux deux ordres de gouvernement de s'attaquer aux problèmes liés à la santé des consommateurs en vertu de leurs champs de compétence respectifs. Cela dit, lorsque les provinces choisissent de légiférer dans le même domaine que le législateur fédéral, des conflits peuvent découler de l'interaction entre les mesures adoptées par ces derniers.

2.3. L'interaction avec le droit fédéral: le cumul des protections

Non seulement les tribunaux ont reconnu la validité de lois provinciales *et* fédérales réglementant la sécurité du produit, mais ils ont également eu tendance à favoriser l'application simultanée des règles adoptées par les deux ordres de gouvernement. C'est ce qui ressort de la décision *Rothmans* rendue par la Cour suprême en 2005 [2.3.1.][298]. C'est également ce que l'on peut observer dans la décision plus récente de la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'affaire *Wakelam* qui met en lumière les conséquences de l'arrêt *Rothmans* sur l'opérabilité des lois provinciales d'application générale visant à protéger le consommateur [2.3.2.][299].

2.3.1. *Rothmans*: la compatibilité du droit provincial et fédéral réglementant la vente des produits du tabac et l'interprétation restrictive de la doctrine de la prépondérance fédérale

Dans l'affaire *Rothmans*, la Cour devait déterminer si l'article 6 du *Tobacco Control Act*[300] de la Saskatchewan entrait en conflit avec l'article 30 de la *Loi [fédérale] sur le tabac*[301] et était ainsi inopérante en vertu de la doctrine de la prépondérance fédérale[302]. La

[298] *Rothmans, Benson & Hedges Inc c Saskatchewan*, [2005] 1 RCS 188, 250 DLR (4th) 411 [*Rothmans*].

[299] *Wakelam v Wyeth Consumer Healthcare/Wyeth Soins de Sante Inc*, 2014 BCCA 36, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 35800 (4 septembre 2014) [*Wakelam*].

[300] *Tobacco Control Act*, SS 2001 c T-14.1.

[301] *Loi sur le tabac*, *supra* note 169.

[302] Sont intervenus les procureurs généraux Canada, de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Manitoba, de la Colombie-Britannique et de l'Île-du-Prince-Édouard, ainsi que la Société canadienne du

compagnie de tabac Rothmans, Benson & Hedges prétendait qu'il y avait une incompatibilité entre les deux lois, puisque la loi fédérale autorisait les détaillants à exposer des produits du tabac et à afficher le prix de ces produits, alors que la loi provinciale interdisait la publicité, l'exposition et la promotion du tabac dans les lieux auxquels avaient accès les personnes de moins de 18 ans[303].

Dans un jugement unanime, rédigé par le juge Major, la Cour conclut que les deux lois sont compatibles et qu'elles peuvent par conséquent coexister sans qu'il soit nécessaire de déclarer la loi provinciale inopérante.

Analysant le premier volet de la doctrine de la prépondérance fédérale, le juge Major conclut rapidement qu'il n'y a pas de conflit d'application entre les deux lois[304]. Selon lui, il est possible pour les détaillants de se conformer aux deux contraintes législatives, soit en refusant d'admettre les moins de 18 ans dans leur établissement, soit en n'exposant pas de tabac ou de produits connexes dans leur commerce[305]. La loi provinciale ne fait qu'interdire ce que le Parlement fédéral n'interdit pas[306]. Il est donc possible d'éviter le conflit en se soumettant à la loi la plus restrictive, en l'espèce la loi provinciale.

Passant au second volet de la doctrine de la prépondérance fédérale, le juge Major conclut que la loi provinciale n'entrave pas la réalisation de l'objectif poursuivi par le législateur fédéral. Au contraire, selon lui, la loi de la Saskatchewan favorise au moins deux des objectifs de la loi fédérale, soit celui de préserver les jeunes des incitations à l'usage du tabac[307] et celui de protéger la santé des jeunes par la limitation de l'accès au tabac[308].

Le juge Major rejette également les arguments selon lesquels la loi fédérale donnerait aux détaillants un droit « autonome » ou « positif » d'exposer les produits du tabac[309]. En effet, selon lui, cette position s'avère incompatible avec la nature *prohibitive* de la compétence

cancer, l'Association pulmonaire du Canada, l'Association médicale canadienne, la Fondation des maladies du cœur du Canada et le Western Convenience Stores Association.

[303] La compagnie n'a pas contesté la validité du *Tobacco Control Act*.

[304] *Rothmans*, *supra* note 298 aux para 22–24.

[305] *Ibid* au para 22.

[306] *Ibid* au para 23.

[307] *Loi sur le tabac*, *supra* note 169, art 4(b).

[308] *Ibid*, art 4(c). *Rothmans*, *supra* note 298 au para 25.

[309] *Rothmans*, *supra* note 298 aux para 18–20.

fédérale en matière criminelle. En ce sens, l'exercice de cette compétence ne peut en principe créer des droits qui limitent la capacité des provinces de légiférer plus « rigoureusement » que le Parlement dans un domaine de compétence partagée[310]. Autrement dit, lorsque le législateur fédéral intervient afin de protéger la santé et la sécurité du consommateur en vertu de sa compétence sur le droit criminel, cela n'empêche pas les provinces de légiférer à cette même fin et d'imposer des obligations plus sévères aux commerçants.

Le juge Major ajoute enfin que l'objectif du législateur fédéral, consistant à s'attaquer aux problèmes de santé liés à la consommation des produits du tabac, ne serait pas favorisé par la reconnaissance d'un « droit autonome » d'exposer de tels produits dans un but commercial[311]. En d'autres termes, lorsqu'une loi a pour objectif de protéger la santé du consommateur, il serait incohérent de prétendre que le législateur fédéral a voulu empêcher l'application de mesures provinciales qui favorisaient cet objectif. De plus, selon le juge Major, pour écarter la législation provinciale en matière de produits dangereux, comme c'est les cas des produits du tabac, le Parlement fédéral devrait exprimer clairement son intention, ce qui n'est pas le cas en l'espèce[312]. Ainsi, si une partie veut soulever l'argument du « champ occupé »[313], non seulement faut-il qu'il y ait une intention expresse du législateur fédéral à cet effet, mais il faut également que cette intention ne soit pas incompatible avec l'objet même de la loi.

Par conséquent, il ressort de la décision que dans la mesure où les deux ordres de gouvernement poursuivent le même objectif, soit celui de protéger la santé des

---

[310] *Ibid* au para 19. Ce principe sera repris par la juge McLachlin dans le *Renvoi sur la procréation assistée*, *supra* note 75 au para 28, dans lequel elle explique: « À mon sens, l'exigence voulant qu'une disposition de droit criminel renferme une interdiction fait l'obstacle à l'affaiblissement de la compétence provinciale en matière de santé. Le pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel ne peut être exercé que pour interdire des actes, et non pour promouvoir des pratiques médicales bénéfiques. Une loi fédérale (comme celle visée en l'espèce) peut prévoir de nombreuses exceptions pour les pratiques que le Parlement n'entend pas interdire. Or, ce faisant, elle n'autorise pas vraiment ces pratiques, elle s'abstient seulement de les interdire. Cela a d'importantes répercussions sur l'application de la règle de la prépondérance fédérale. Dans le cas où une province adopte une réglementation plus stricte que celle du Parlement, il n'y a pas de conflit d'application, puisqu'il est possible d'observer les deux. En outre, l'objectif législatif fédéral ne serait pas contrecarré, car une disposition pénale fédérale ne vise qu'à interdire certaines pratiques. Le régime provincial plus strict complèterait le droit criminel fédéral […] ».

[311] *Rothmans*, *supra* note 298 au para 20.

[312] *Ibid* au para 21.

[313] *Ibid*.

consommateurs, les moyens pris par chacun d'eux peuvent différer. La seule limite qui s'impose au législateur provincial est qu'il ne peut adopter une mesure incompatible avec les exigences fédérales et qui crée une véritable impossibilité pour le commerçant de respecter les deux lois à la fois.

Il découle par ailleurs du raisonnement de la Cour que, en application du second volet de la doctrine de la prépondérance fédérale, rares seront les cas où des lois restreignant la vente ou la promotion d'un produit considéré dangereux seront jugées incompatibles. En effet, dans la mesure où ce type de lois vise généralement le même objectif, soit protéger la santé et la sécurité du consommateur, il sera difficile de conclure que la loi provinciale entrave la réalisation de l'objectif fédéral[314]. À cet égard, la Cour laisse sous-entendre que l'objectif de protection de la santé du public ne peut être entravé par l'application d'exigences supplémentaires encadrant la vente et la promotion d'un produit. Ce faisant, selon la Cour, « plus de restrictions » pour le commerçant équivalent à « plus de protection » pour le consommateur.

Notons enfin que la décision *Rothmans* est la première à véritablement distinguer les deux types de conflits pouvant entraîner l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale, soit d'une part, l'incompatibilité opérationnelle et, d'autre part, l'entrave à la réalisation de l'objectif fédéral. Jusque-là, ces deux types de conflits se confondaient dans l'analyse de la Cour[315]. L'affaire *Rothmans* permettra ainsi de scinder l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale en deux étapes qui seront reprises deux ans plus tard

[314] Notons que cette approche est également celle adoptée par la Cour d'appel du Québec dans *Murray-Hall*, *supra* note 294. Dans cette affaire, qui est présentement devant la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel a conclu à la validité et à l'opérabilité des articles 5 et 10 de la *Loi encadrant le cannabis*, *supra* note 294. Au stade de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale, la Cour d'appel a rappelé que « la compétence en droit criminel confère en premier lieu au Parlement le droit d'interdire et non celui d'autoriser » (au para 137). Citant l'arrêt *Rothmans*, elle a en outre conclu qu'il ne saurait y avoir de conflit entre la loi québécoise et la loi fédérale, soit la *Loi sur le cannabis*, LC 2018, c 16, dans la mesure où ces deux lois poursuivaient des objectifs similaires, dont celui de « protéger la santé et la sécurité de la population » (au para 139).

[315] Voir *Banque de Montréal c Hall*, [1990] 1 RCS 121 aux pp 150–55, 65 DLR (4th) 361; *Law Society of British Columbia c Mangat*, 2001 CSC 67 aux para 68–73; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40 aux para 37–42.

dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*[316] et qui forment encore aujourd'hui le cadre d'analyse appliquée par la Cour[317].

2.3.2. *Wakelam*: l'interaction entre la *Loi sur les aliments et drogues* et les lois provinciales d'application générale visant à protéger le consommateur

Le lien entre les mesures fédérales visant à protéger la santé et la sécurité du consommateur et le droit provincial est à nouveau examiné en 2014 par la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'affaire *Wakelam*[318]. Cette affaire met en lumière les conflits pouvant résulter de l'application simultanée de la *Loi sur les aliments et drogues*[319] et des lois provinciales d'application générale visant à protéger le consommateur, en l'espèce, le *Business Practices and Consumer Protection Act* de la Colombie-Britannique (« CPA »)[320].

En 2008, Santé Canada avait, sur la base de nouvelles études, décidé que les médicaments pour le rhume et la toux n'étaient pas efficaces chez les enfants et pouvaient s'avérer dangereux lorsque leur dosage n'était pas adéquat. Elle avait dès lors ordonné que l'étiquette apposée sur ces médicaments mentionne que ceux-ci ne s'adressaient pas aux enfants de moins de 6 ans[321].

À la suite de l'adoption de cette nouvelle exigence, Mme Wakelam a entrepris une action collective contre les fabricants de médicaments pour enfants. Selon elle, avant 2008, ces derniers auraient commis des pratiques frauduleuses interdites par le CPA en laissant croire

[316] *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22 aux para 69–75.

[317] Voir notamment *Alberta (Procureur général) c Moloney*, 2015 CSC 51 au para 18; *Québec (Procureur général) c Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39 au para 64; *Wärtsilä*, *supra* note 279 au para 100.

[318] *Wakelam*, *supra* note 299. Quelques années auparavant, s'appuyant notamment sur l'arrêt *Rothmans*, la Cour du banc de la Reine en Saskatchewan avait conclu, dans de brefs motifs, à l'absence de conflit entre les dispositions du *Consumer Protection Act*, SS 1996, c C-30.1 et de la *Loi sur les aliments et drogues*, jugeant que cette dernière était de nature permissive et que la loi provinciale pouvait y ajouter des exigences supplémentaires. Ces conclusions n'ont pas été remises en question en appel. Voir *Wuttunee v Merck Frosst Canada Ltd*, 2007 SKQB 29 aux para 107–12, appel à la Cour d'appel de Saskatchewan accueilli, 2009 SKCA 43, autorisation de pourvoi à la CSC rejetée, 32905 (22 octobre 2009).

[319] *Loi sur les aliments et drogues*, *supra* note 18.

[320] *Business Practices and Consumer Protection Act*, SBC 2004, c 2.

[321] *Wakelam*, *supra* note 299 aux para 1–2.

que leurs médicaments pour le rhume et la toux étaient efficaces lorsqu'administrés aux enfants, alors qu'en réalité ils ne l'étaient pas[322].

En défense, au stade de la certification de l'action collective, les fabricants ont notamment soulevé que le CPA était inopérant dans la mesure où il entrait en conflit avec la *Loi sur les aliments et drogues*. Ils soutenaient alors que cette loi fédérale prévoyait les *seules* règles encadrant l'emballage et l'étiquetage de médicaments. En outre, ils prétendaient que seule Santé Canada pouvait agir en cas de pratiques frauduleuses concernant ce type de produits. Ainsi, selon les fabricants, l'objectif du législateur fédéral était que la *Loi sur les aliments et drogues* s'applique de façon exclusive, écartant ce faisant toute autre règle en matière d'emballage et d'étiquetage, y compris les règles provinciales interdisant les représentations fausses ou trompeuses[323]. Dès lors, les fabricants soutenaient que le CPA entravait la réalisation de l'objectif fédéral[324].

La Cour d'appel, sous la plume de la juge Newbury[325], conclut qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre la *Loi sur les aliments et drogues* et le CPA, et que cette dernière est donc opérante.

La juge Newbury établit dans un premier temps que la *Loi sur les aliments et drogues* a pour objectif la protection de la santé et de la sécurité du public[326]. Elle souligne que c'est en vertu de cet objectif que le législateur fédéral teste des drogues, autorise leur vente lorsqu'il juge que celles-ci sont sécuritaires, interdit les représentations fausses et trompeuses et réglemente l'emballage et l'étiquetage des produits de façon à ce que les consommateurs ne soient pas induits en erreur[327].

Elle rejette par la suite l'argument selon lequel la *Loi sur les aliments et drogues* viserait non seulement à protéger le public contre des médicaments dangereux ou inefficaces, mais aurait également pour objectif de promouvoir l'accès des médicaments bénéfiques aux

[322] *Ibid* au para 4.
[323] *Ibid* au para 10.
[324] Le procureur général de Colombie-Britannique est intervenu en première instance pour soulever le caractère prématuré des questions de nature constitutionnelle à l'étape de la certification de l'action collective. Le procureur général du Canada n'a quant à lui pas fait de représentations.
[325] Le banc est composé des juges Newbury, Frankel et Garson.
[326] *Wakelam*, *supra* note 299 au para 26.
[327] *Ibid*.

consommateurs. En effet, les fabricants soutenaient que Santé Canada tentait d'établir un juste équilibre entre ces deux objectifs et que, par conséquent, lorsqu'elle concluait qu'un produit était sécuritaire et bénéfique, elle avait un *devoir* de s'assurer que ce produit soit disponible pour le public[328]. Selon la Cour, l'affaire *Rothmans* enseigne que dans la mesure où la législation visant à protéger la santé et la sécurité du consommateur relève de la compétence en droit criminel, des dispositions adoptées en vertu d'un tel pouvoir ne peuvent pas créer des droits « autonomes » qui limitent la capacité des provinces de légiférer de façon plus stricte que le Parlement[329]. Pour la Cour, si l'objectif premier de la *Loi sur les aliments et drogues* est de protéger le consommateur contre des médicaments inefficaces ou dangereux, il est difficile de prétendre que cet objectif serait entravé par des mesures provinciales offrant une protection additionnelle (« *additional protection* »)[330].

La juge Newbury rejette au surplus l'argument du « code complet » présenté par les fabricants. Ceux-ci prétendaient que le législateur fédéral visait, par le biais de la *Loi sur les aliments et drogues*, à établir des règles uniformes au Canada et à éviter, par le fait même, de « balkaniser » la réglementation des aliments et drogues à travers le pays[331]. La juge reconnaît que des difficultés peuvent résulter de l'application de plusieurs lois provinciales imposant des exigences distinctes en matière de commercialisation d'un produit. Celles-ci peuvent notamment avoir pour effet que certains médicaments ne puissent pas être accessibles à tous les consommateurs[332]. Traçant à nouveau le parallèle avec l'affaire *Rothmans*, elle rappelle que l'objectif de la *Loi sur les aliments et drogues* est de protéger la santé et la sécurité du public en surveillant et réglementant la publicité et l'étiquetage des médicaments, et non de *forcer* (« *to compel* ») la commercialisation de médicaments qui sont jugés sécuritaires et bénéfiques[333].

La juge conclut que la *Loi sur les aliments et drogues* est principalement permissive « *primarily permissive* »[334]. Cette qualification peut paraître étonnante dans la mesure où

[328] *Ibid* au para 29.
[329] *Ibid* au para 39.
[330] *Ibid*.
[331] *Ibid* au para 30.
[332] *Ibid* au para 41.
[333] *Ibid*.
[334] *Ibid*.

cette loi repose sur l'exercice de la compétence en droit criminel et est donc, par son essence même, de nature *prohibitive*. La juge Newbury semble toutefois référer au caractère « permissif » de la loi pour expliquer, comme l'avait fait le juge Major dans *Rothmans*, que celle-ci ne crée pas de droit « autonome » ou « positif » pour le fabricant ou le consommateur[335]. Autrement dit, ce qui n'est pas interdit par la loi est permis, mais cette permission n'équivaut pas à un droit. En ce sens, les provinces peuvent restreindre des pratiques qui ne sont pas interdites — ou qui sont « tolérées » — par le législateur fédéral.

La juge confirme ainsi le jugement de première instance sur ce point et conclut qu'il n'y a pas en l'espèce de conflit entre le CPA et la *Loi sur les aliments et drogues*[336]. Elle laisse néanmoins la porte ouverte à ce qu'un tel conflit puisse se produire dans d'autres circonstances[337].

La Cour suprême a rejeté la permission d'en appeler de cette décision et n'a pas depuis réexaminé la question des conflits pouvant résulter de la volonté des deux ordres de gouvernement de protéger la santé et la sécurité des consommateurs[338].

2.4. Conclusion: l'application simultanée du droit provincial et fédéral en matière de protection de la santé et de la sécurité du consommateur

Les provinces disposent d'une large marge de manœuvre pour mettre en place des mesures permettant d'indemniser le consommateur en cas d'atteinte à sa santé ou à sa sécurité. Elles sont par ailleurs compétentes pour agir de façon à prévenir la matérialisation du risque à la fois en vertu de leur compétence sur le commerce intraprovincial et sur la santé. Les règles qu'elles adoptent à cet égard, qui reposent principalement sur leur compétence sur la propriété et les droits civils (92(13)) et sur les matières d'une nature purement locale ou privée (92(16)), sont susceptibles de s'entrecroiser avec la législation du Parlement fédéral reposant principalement sur sa compétence en matière de droit criminel (91(27)).

[335] *Ibid*.

[336] *Ibid* au para 42.

[337] *Ibid* au para 43.

[338] La Cour est susceptible d'aborder cette question dans l'affaire *Murray-Hall*, *supra* note 294, qui est, au moment d'écrire ces lignes, toujours en délibéré.

Les décisions que nous avons étudiées permettent de tracer cinq grandes conclusions quant à la capacité des provinces de protéger la santé et la sécurité du consommateur et, surtout, quant à l'interaction des règles qu'elles adoptent à cet effet avec le droit fédéral.

Premièrement, la nature de la compétence sur laquelle repose l'action du législateur fédéral afin de protéger la santé et la sécurité des consommateurs s'avère déterminante quant à l'opérabilité des lois provinciales partageant cet objectif. Nous avons vu que les tribunaux considèrent que le principal chef de compétence en vertu duquel le Parlement peut légiférer dans ce domaine est sa compétence sur le droit criminel. Or, puisque la nature de cette compétence est *prohibitive*, le Parlement fédéral ne peut en principe se reposer sur celle-ci pour mettre en place des droits « autonomes » donnant par exemple aux commerçants un « droit » de vendre un produit sur le marché. Le législateur fédéral peut interdire ou restreindre le droit de vendre un produit, mais il ne pourrait pas au contraire forcer la vente de ce dernier. Dans la même optique, si une province interdisait la vente d'un produit qu'elle juge dangereux, le législateur fédéral ne pourrait pas supplanter cette volonté en donnant une autorisation aux fabricants de vendre un tel produit, à tout le moins pas en vertu de sa compétence en droit criminel.

Ainsi, dans la mesure où les règles fédérales sont de nature prohibitive, les règles provinciales qui imposent des obligations plus strictes en matière de sécurité du produit n'entreront pas, *a priori*, en conflit avec ces dernières. Les provinces peuvent dès lors prévoir des exigences et des restrictions à la vente d'un produit, même lorsque celle-ci est autorisée par le législateur fédéral. Cela implique que la commercialisation d'un produit pourrait être restreinte par une province. Une telle restriction pourrait s'appliquer malgré le fait que les autorités centrales considèrent qu'un tel produit ne pose pas de risque pour la santé ou la sécurité du consommateur, ou à tout le moins, ne représente pas un risque suffisant pour justifier d'en interdire la vente ou de soumettre celle-ci à des conditions supplémentaires. De plus, même si le législateur fédéral choisit d'imposer de telles conditions, les provinces auront la faculté d'adopter des règles encore plus sévères. Celles-ci ne seront pas considérées comme incompatibles avec les mesures fédérales, à moins qu'il soit impossible pour le commerçant de respecter les deux législations à la fois.

Deuxièmement, les tribunaux rejettent l'argument selon lequel les consommateurs seraient mieux protégés par des règles uniformes ou en attribuant à un seul acteur le pouvoir de réglementer un domaine en particulier. Ils écartent du même coup la position selon laquelle le législateur fédéral pourrait avoir comme objectif la création d'un ensemble de règles exhaustives ou d'un « code complet ». En effet, il serait d'une certaine façon illogique de prétendre que le Parlement cherche à protéger le consommateur en empêchant que d'autres lois poursuivent ce même objectif. Autrement dit, il est difficile de concevoir que le législateur fédéral puisse (mieux) assurer la protection de la santé et la sécurité du consommateur en écartant l'application de mesures provinciales qui visent les mêmes fins.

Troisièmement, les affaires que nous avons étudiées démontrent que l'application restrictive de la doctrine de la prépondérance fédérale conduit à privilégier une approche plus interventionniste et les modes d'intervention les plus intrusifs dans la relation entre le consommateur et le commerçant. En effet, les tribunaux concluent à l'absence de conflit lorsqu'une des lois en cause est « permissive » alors que l'autre est plus restrictive. Il est dans ce cas possible d'éviter le conflit d'application entre les deux lois en se conformant à celle qui est la plus sévère. Dès lors, ce n'est pas ici la norme fédérale qui l'emporte à tout coup, mais plutôt la norme — fédérale *ou* provinciale — qui est la plus stricte à l'égard du commerçant. Autrement dit, bien qu'on applique une règle de « prépondérance fédérale », ce n'est pas nécessairement la loi fédérale qui aura préséance, mais plutôt celle qui prévoit les règles les plus exigeantes quant à la commercialisation d'un produit jugé dangereux. L'effet net de la décision *Rothmans* est d'ailleurs que les détaillants doivent se conformer aux exigences établies par la loi provinciale et non uniquement aux mesures prévues par la législation fédérale.

Quatrièmement, l'approche adoptée dans les affaires *Rothmans* et *Wakelam* semble reposer sur la prémisse selon laquelle « plus de législation équivaut à plus de protection ». En effet, elles présupposent que l'objectif consistant à protéger le consommateur serait plus susceptible d'être atteint grâce aux protections additionnelles du droit provincial. Or cette approche, à contre-courant de la théorie néo-classique, favorise à certains égards une approche plus interventionniste, voire paternaliste, au détriment des règles du libre marché et de politiques plus libérales qui pourraient guider l'action du législateur fédéral. Or,

comme nous l'avons vu[339], des mesures trop strictes peuvent se répercuter négativement sur le consommateur, notamment en limitant le nombre de produits offerts sur le marché et en augmentant le prix de ceux-ci.

Enfin, cinquièmement, les tribunaux ont privilégié une interprétation et une application très restreintes de la doctrine de la prépondérance fédérale et démontré une volonté de limiter les situations de conflits potentiels entre les mesures fédérales et provinciales qui visent à protéger la santé et la sécurité des consommateurs. Que ce soit en vertu du premier ou du deuxième volet de cette doctrine, les lois provinciales et fédérales seront généralement considérées comme compatibles lorsqu'elles chercheront toutes deux à protéger le consommateur contre les risques associés à un produit jugé dangereux. Ce sera le cas même si les deux ordres de gouvernement optent pour des moyens d'intervention distincts. L'approche adoptée par les juges dans ce domaine démontre qu'ils favorisent une interprétation souple du partage des compétences qui permet et facilite l'application simultanée des lois provinciales et fédérales.

3. Conclusion de la Partie I: des actions fédérales et provinciales parallèles et complémentaires pour protéger la santé et la sécurité du consommateur favorisées par une approche souple du fédéralisme

Le Parlement fédéral et les provinces agissent de façon parallèle en vue d'offrir une protection accrue aux consommateurs contre les risques d'atteinte à leur santé ou à leur sécurité. À cette fin, ils disposent d'outils et de moyens d'intervention qui sont en grande partie tributaires du partage des compétences législatives.

La législation fédérale impose de façon générale des obligations qui s'appliquent en amont de la conclusion du contrat de consommation et sont essentiellement préventives. Le Parlement s'est vu reconnaître à cet effet une importante latitude, définie par les exigences relatives à l'exercice de sa compétence en matière criminelle. Dans la mesure où il met en place des interdictions assorties de sanctions, il reste libre de choisir les moyens d'intervention qu'il juge appropriés afin de protéger la santé et la sécurité du consommateur et du public en général. Ainsi, la reconnaissance d'une large compétence en matière de

[339] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.2.1. (« La protection *ex ante* et ex *post* de la santé et de la sécurité du consommateur »), note 269 et texte correspondant.

droit criminel a permis au Parlement de jouer un rôle actif en matière de prévention des risques d'atteinte à la santé et à la sécurité du consommateur, en mettant sur pied des règles relatives aux aliments, aux médicaments, aux produits dangereux et aux produits du tabac s'appliquant à travers le Canada.

L'indemnisation du consommateur en cas d'atteinte à son intégrité physique reste néanmoins l'apanage des provinces en vertu de leur compétence exclusive en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle, ainsi que pour créer des droits d'action de nature civile. Les recours que peut entreprendre le consommateur en vertu du droit provincial peuvent non seulement permettre de réparer le préjudice subi par celui-ci, mais également de dissuader le commerçant de mettre sur le marché des produits pouvant être dangereux ou défectueux. L'intervention provinciale s'avère en ce sens complémentaire à l'action préventive du législateur fédéral.

Les provinces ne sont toutefois pas confinées à jouer un rôle *ex post*. En effet, bien qu'une grande partie des lois de nature préventive au Canada soient de source fédérale, les provinces peuvent, elles aussi, adopter une approche *ex ante*. Leur compétence en matière de commerce intraprovincial et de santé leur permet de contrôler, sur leur territoire, la vente et la promotion de produits pouvant s'avérer néfastes pour la santé du consommateur et de la population. Bien que ce type de mesures se recoupent presque inévitablement avec le droit fédéral, la Cour a favorisé une approche qui permet aux lois adoptées par les deux ordres de gouvernement de coexister.

En effet, l'approche souple du fédéralisme retenue par la Cour suprême dans les affaires que nous avons étudiées a permis de préserver la validité des normes provinciales et fédérales tout en acceptant les chevauchements pouvant résulter d'une double action législative. La Cour a reconnu que l'exercice de la compétence fédérale sur le droit criminel pour mettre en place des mesures préventives pouvait entraîner des effets, parfois importants, sur des activités commerciales intraprovinciales (*RJR-MacDonald*). Malgré qu'elle ait ainsi, d'un côté, autorisé le législateur fédéral à empiéter sérieusement sur la compétence des provinces, elle a, de l'autre côté, adopté une interprétation stricte de la notion de conflit permettant au droit provincial de se superposer aux règles fédérales (*Rothmans*). En effet, elle a choisi de restreindre l'application de la doctrine de la

prépondérance fédérale afin de permettre aux lois adoptées par les deux ordres de gouvernement afin de protéger la santé et la sécurité du consommateur de s'appliquer de façon parallèle. Les tribunaux inférieurs sont également allés dans cette direction (*Standard Sausage*, *Cosman's*, *Wakelam*).

Au final, en présupposant que la santé et la sécurité du consommateur étaient mieux protégées par un double encadrement législatif, les tribunaux ont favorisé une approche « moderne » du partage des compétences permettant aux deux ordres de gouvernement de légiférer dans ce domaine et d'éviter les conflits susceptibles d'émerger des efforts législatifs respectifs de ces derniers.

Ce fédéralisme coopératif « judiciaire » ne s'est toutefois pas traduit en un fédéralisme coopératif « exécutif ». À cet effet, les professeurs Vézina et Maniet, dans une étude exhaustive des règles applicables au Québec et au Canada en matière de sécurité du produit publiée en 2008, concluent que, bien que l'objectif de protection du consommateur soit commun à l'intervention des deux ordres de gouvernement, leurs approches révèlent « deux solitudes ». Elles notent à cet égard que les « normes préventives coexistent, sans qu'il ait été possible d'assurer une efficacité optimale grâce à une coordination de ces normes ou même des approches en présence »[340].

Depuis, la nouvelle *Loi (fédérale) sur la sécurité des produits de consommation* est venue répondre — en partie — à ce besoin de coordination ainsi qu'à la nécessité de mettre en place une loi-cadre imposant une obligation générale de sécurité[341]. Cela dit, cette loi n'a pas remédié à l'absence de mécanismes favorisant une coordination des approches préconisées par les deux ordres de gouvernement. Encore aujourd'hui, les formes de coopération entre exécutifs restent davantage centrées sur la protection des intérêts économiques des consommateurs[342].

---

[340] Vézina et Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec », *supra* note 216 à la p 71.

[341] *Ibid* à la p 68.

[342] Même si une certaine coopération intergouvernementale s'opère par le biais du *Comité sur les mesures en matière de consommation*, les travaux de ce dernier n'ont, jusqu'à présent, pas visé de mesures portant spécifiquement sur la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs. Voir Gouvernement du Canada, « Accords formels en matière d'harmonisation et d'application de la loi », en ligne: https://ised-isde.canada.ca/site/comite-mesures-consommation/fr/accords-formels (consultée le 10 novembre 2022). Notons toutefois que certaines lois fédérales, comme la *Loi sur les produits dangereux*, *supra* note 20,

Rappelons enfin l'importance qu'a accordée la Cour à l'objectif de protection de la santé et de la sécurité du consommateur dans son analyse de la validité des mesures adoptées par le législateur fédéral. En effet, celle-ci n'a accepté que le Parlement puisse s'immiscer dans la commercialisation de produits qu'à condition qu'il cherche à prévenir un risque d'atteinte à la santé ou à la sécurité du consommateur ou du public (*Wetmore* et *RJR-MacDonald*). À l'inverse, à l'égard de mesures ne visant pas une telle fin, comme c'était le cas dans l'arrêt *Labatt*, la Cour a adopté une vision plus cloisonnée du partage des compétences.

Nous constaterons dans la prochaine partie que cette tendance vers une conception plus classique du fédéralisme à l'égard de mesures fédérales de nature économique a pu s'observer dans d'autres décisions rendues par la Cour au tournant des années 80. À l'inverse, nous verrons que la Cour a retenu — de façon constante — la même approche souple que celle adoptée dans l'arrêt *Rothmans* à l'égard de mesures provinciales visant la protection des intérêts économiques des consommateurs.

incorporent des obligations de consultation avec les provinces préalables à l'exercice de pouvoirs réglementaires (voir art 19).

PARTIE II — FÉDÉRALISME ET PROTECTION DES INTÉRÊTS ÉCONOMIQUES DU CONSOMMATEUR

Nous avons vu dans la Partie I que, de façon générale, en matière de protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, les mesures *ex ante* relèvent d'une compétence partagée entre les deux ordres de gouvernement, alors que les mesures *ex post* en matière d'indemnisation du préjudice relèvent de la compétence exclusive des provinces. En ce qui a trait à la protection des intérêts économiques des consommateurs, la ligne de démarcation entre ce qui relève de la compétence de l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement se trace cette fois selon le stade de la relation contractuelle auquel les mesures adoptées s'appliquent.

En effet, alors que le Parlement et les provinces se sont vu reconnaître une compétence largement partagée dans la phase précontractuelle, le législateur fédéral possède une compétence plus limitée que les provinces au stade de la formation et de l'exécution du contrat, où il ne peut essentiellement agir qu'auprès des entreprises qui relèvent de sa responsabilité. Enfin, au stade de la mise en œuvre des droits, bien que les deux ordres de gouvernement puissent prévoir des recours et sanctions pour mettre en application leurs lois respectives, les provinces ont une compétence exclusive pour créer des droits d'action de nature civile alors que le législateur fédéral ne peut intervenir à cet égard que sous certaines conditions.

Ces différentes constatations découlent de l'analyse que nous effectuerons dans la présente partie. Nous étudierons comment les multiples règles adoptées par le Parlement fédéral [1.] et par les provinces [2.] afin de protéger le consommateur aux différents stades de sa relation contractuelle ont évolué en fonction de l'approche favorisée par les tribunaux en matière de partage des compétences et comment elles interagissent les unes avec les autres. Comme dans la partie précédente, cet exercice nous permettra de déterminer dans quelle mesure la jurisprudence relative à l'interprétation du partage des compétences de manière générale a influencé — et a été influencée — par l'évolution du droit fédéral et provincial visant à protéger les intérêts économiques du consommateur.

1. L'intervention fédérale: L'expansion de la compétence et de l'action législative du Parlement en matière économique

Au niveau fédéral, la protection des intérêts économiques du consommateur passe d'abord et avant tout par la régulation du marché et, plus particulièrement, par la préservation d'un environnement économique concurrentiel. Elle relève ainsi principalement de la *Loi sur la concurrence*[1] dont la validité a été justifiée à la fois par la compétence du Parlement fédéral en droit criminel et par sa compétence générale sur la réglementation des échanges et du commerce [1.1.].

Au stade de la formation et de l'exécution du contrat, le législateur fédéral joue un rôle plus restreint, son action étant limitée à la régulation des entreprises qui relèvent de sa compétence [1.2.]. De plus, bien que le Parlement puisse, comme nous l'avons vu[2], établir des normes en matière de qualité du produit lorsque de telles normes ont pour objet la protection de la santé et la sécurité des consommateurs, il ne peut en faire autant lorsqu'il vise plutôt à protéger leurs intérêts économiques [1.3.]. Enfin, si en principe les recours des consommateurs pour faire valoir des intérêts de nature économique relèvent des provinces, le Parlement s'est vu reconnaître, dans certaines circonstances, le pouvoir d'intégrer un droit d'action de nature civile dans la législation fédérale [1.4.].

Comme nous pourrons le constater dans la présente section, la compétence visant à protéger les intérêts économiques des consommateurs a été soigneusement balisée tant par la jurisprudence du CJCP que par celle de la Cour suprême de façon à donner une certaine latitude au législateur fédéral, tout en préservant la compétence des provinces en matière de commerce sur leur territoire. Par ailleurs, les décisions ayant porté sur des initiatives fédérales dans le domaine de la protection des intérêts économiques des consommateurs ont contribué de façon significative à préciser et à élargir les contours de la compétence du Parlement en matière économique de manière plus globale et à définir les critères justifiant son intervention à cet égard. Nous verrons à cet effet que la Cour suprême a d'abord adopté une approche classique du fédéralisme, limitant à la fin des années 70 la compétence du

[1] *Loi sur la concurrence*, LRC 1985, c C-34.

[2] Voir *supra*, Partie I, section 1. (« L'intervention fédérale: la compétence en droit criminel comme fondement de l'action législative du Parlement pour prévenir les risques liés la santé et la sécurité des consommateurs »).

législateur fédéral en matière économique, pour favoriser par la suite une approche plus souple donnant à ce dernier une marge de manœuvre plus importante dans ce domaine.

1.1. Le droit de la concurrence comme principal outil fédéral d'intervention en matière économique

L'un des principaux régimes législatifs fédéraux permettant de protéger les intérêts économiques des consommateurs au Canada est la *Loi sur la concurrence*[3]. Nous verrons dans la présente section que l'intervention du législateur fédéral en matière de concurrence s'est transformée et a évolué de façon importante au cours du 20e siècle. Pour reprendre les mots de la juge l'Heureux-Dubé, « [a]u Canada, les lois relatives au contrôle des pratiques qui nuisent à la concurrence ont une histoire longue et mouvementée »[4].

La concurrence ne fait pas partie des catégories de sujets relevant des compétences exclusives attribuées aux provinces ou au Parlement fédéral. Dans ce contexte, leur capacité à légiférer dans ce domaine a été grandement tributaire de la jurisprudence du CJCP et de la Cour suprême, et a été intimement liée à l'approche adoptée par ces derniers en matière d'interprétation du partage des compétences. L'évolution de la législation fédérale sur la concurrence au Canada a été influencée par l'évolution de la portée de la compétence fédérale en droit criminel et sur les échanges et le commerce, et a inversement influencé l'évolution jurisprudentielle relative à ces deux domaines.

En vue d'analyser ces évolutions croisées, nous retracerons d'abord les premières tentatives du Parlement afin d'encadrer la concurrence [1.1.1.] et traiterons de la première décision du CJCP définissant la portée de la compétence fédérale dans ce domaine [1.1.2.]. Nous verrons par la suite qu'il existe une démarcation claire entre les mesures législatives adoptées dans la première moitié du 20e siècle — qui relevaient essentiellement de la compétence fédérale en droit criminel — [1.1.3.], et les modifications majeures apportées à la *Loi sur la concurrence* à partir des années 50 et plus fondamentalement dans les

[3] Voir Patricia Fonseca, *Droit de la protection du consommateur au Québec et au Brésil*, Éditions IEIM, Montréal, 2016 aux pp 54–55 [Fonseca, *Droit de la protection du consommateur*]; Roger Tassé et Maxime Faille, « Protection des consommateurs en ligne: une étude sur la compétence réglementaire au Canada », étude réalisée pour le Bureau de la consommation d'Industrie Canada, juillet 2001, à la p 4, en ligne: https://www.ulcc-chlc.ca/ULCC/media/FR-Annual-Meeting-2001/Protection-des-consommateurs-en-ligne.pdf (consultée le 10 novembre 2022).

[4] *Thomson Newspapers Ltd c Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 RCS 425 à la p 564, 67 DLR (4th) 161 [*Thomson*].

années 1970 et 1980 [1.1.4.] qui ont été justifiées en vertu du second volet de la compétence fédérale en matière de commerce [1.1.5.].

1.1.1. Les premières initiatives fédérales

L'adoption des premières dispositions relatives à la concurrence au Canada découle principalement de l'émergence de cartels à la fin du 19e siècle, lesquels permettaient à un certain nombre d'individus de contrôler d'importants empires financiers[5]. Dès 1888, un comité restreint de la Chambre des communes signale l'existence de coalitions dans les secteurs de la fabrication, du commerce et de l'assurance, et indique qu'une action législative serait justifiée pour supprimer les « maux » résultant de telles coalitions sur le marché[6].

La première loi fédérale adoptée en vue de s'attaquer à ce problème est l'*Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce* datant de 1889[7]. Cette nouvelle loi fait passer au rang d'infractions criminelles les complots, les coalitions, les accords et les échanges visant à empêcher ou à réduire indûment la concurrence[8]. Comme le notera le juge Gonthier, cette loi « a peut-être été la première incursion importante du législateur dans le domaine de la politique économique »[9]. Jusque-là, les restrictions au commerce découlaient principalement des règles du droit privé[10].

---

[5] Voir *PG (Can) c Transports nationaux du Can, Ltée*, [1983] 2 RCS 206 à la p 250, 3 DLR (4th) 16 (motifs dissidents du juge Dickson) [*Transports nationaux*].

[6] Voir *Proprietary Articles Trade Association v Attorney-General for Canada*, [1931] AC 310, 2 DLR 1 à la p 4 [*P.A.T.A.*]; Lawrence Alexander Skeoch, *Restrictive Trade Practices in Canada: Selected Readings*, McClelland & Stewart, Toronto & Montréal, 1966 à la p 6; Michael J Trebilcock et al, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, 2e éd, Toronto, University of Toronto Press, 2014 aux pp 8–9 [Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*].

[7] *Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce*, LC 1889, c 41 [*Loi sur les coalitions 1889*].

[8] Voir *Canada (Procureur général) c Alex Couture inc*, [1991] RJQ 2534, 83 DLR (4th) 577 à la p 588 (QCCA) [*Couture*]. Jusqu'en 1910, l'infraction nouvellement créée par la loi de 1889 n'a mené qu'à un très faible nombre de poursuites et à seulement cinq condamnations. Voir à ce sujet Gordon F Henderson, « Recent Development in Competition Law: the Limits of the Federal Criminal Law Power », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: The Constitution and the Future of Canada*, Toronto, Richard de Boo Limited, 1978, 109 à la p 110 [Henderson, « Recent Development in Competition Law »].

[9] *R c Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 RCS 606 à la p 648, 93 DLR (4th) 36 [*Nova Scotia Pharmaceutical*].

[10] *Ibid*. Voir aussi Bruce Dunlop, David McQueen et Michael J Trebilcock, *Canadian Competition Policy – A Legal and Economic Analysis*, Toronto, Canada Law Book Inc, 1987 à la p 42 [Dunlop, McQueen et Trebilcock, *Canadian Competition*].

À peine trois ans après l'adoption de la loi, ses dispositions sont intégrées au Code criminel[11]. Le Parlement voyait alors l'encadrement des pratiques anticoncurrentielles comme un problème à fortes connotations morales qui devait être abordé par la voie du droit criminel[12]. Bruce C McDonald explique ainsi les deux raisons principales qui justifient à l'époque cette position:

> *As an engine of social control, there are two chief reasons for selecting the criminal process. Firstly, the philosophy of the criminal law and the function and capacity of the criminal penalty may offer the most effective safeguard for the relevant public interest. Secondly, the procedural safeguards which are stationed around the criminal law may be desired as part of the sanctioning process. These two factors are necessarily related*[13].

En 1910, le législateur fédéral adopte la *Loi à l'effet de pourvoir à l'institution d'enquêter sur les coalitions, monopoles et syndicats (mergers)*[14], une loi autonome s'appliquant en sus des dispositions du Code criminel. Cette loi est introduite par Mackenzie King, alors ministre du Travail, qui déclare que « *the main purpose of this measure is the protection of consumers* »[15].

Cette nouvelle loi vise à remédier à ce qui est alors considéré comme une lacune de la législation précédente, soit l'absence d'un organisme administratif responsable de veiller à l'application de la loi[16]. Cette loi crée un organe fédéral, la Commission du commerce, et lui confère un pouvoir de mener des enquêtes relatives aux coalitions, monopoles ou

---

[11] *Code criminel*, *1892*, LC 1892, c 29, art 520. L'article 520 est par la suite devenu l'article 498 du *Code criminel*, LRC 1927, c 36. Voir à ce sujet Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 10.

[12] Voir *Transports nationaux*, *supra* note 5 à la p 250; Bruce C McDonald, « Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement » (1969) 47:2 Can Bar Rev 161 à la p 172 [McDonald, « Constitutional Aspects »]; Douglas Rutherford et J S Tyhurst, « Competition Law and the Constitution: 1889-1989 and into the Twenty-First Century », dans R S Khemani et W T Stanbury, dir, *Historical Perspectives on Canadian Competition Policy*, Halifax, Institute for Research on Public Policy, 1991, 253 aux pp 254–55 [Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution »].

[13] Bruce C McDonald, « Criminality and the Canadian Anti-Combines Laws » (1965) 4:1 Alta L Rev 67 à la p 68 [McDonald, « Criminality »].

[14] *Loi à l'effet de pourvoir à l'institution d'enquêter sur les coalitions*, *monopoles et syndicats (mergers)*, LC 1910, c 9.

[15] Voir Paul H Gorecki et W T Stanbury, *The Objectives of Canadian Competition Policy, 1888-1983*, Montréal, Institute for Research on Public Policy, 1984 à la p 34.

[16] Voir Conseil économique du Canada, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 à la p 60 [Conseil économique, *Rapport provisoire*].

fusions, et de faire rapport au ministre du Travail. C'est toutefois ce dernier qui se voit donner le pouvoir de déterminer si la coalition, le monopole ou la fusion limite la concurrence d'une façon néfaste pour les consommateurs ou les producteurs[17]. La Commission joue ainsi un rôle très limité. La validité de cette première mouture de la loi n'a jamais été remise en question devant les tribunaux[18].

Près de 10 ans plus tard, le Parlement fédéral met en place un régime législatif plus ambitieux en adoptant la *Loi des coalitions et des prix raisonnables, 1919*[19]. Du même coup, il adopte la *Loi de la Commission du commerce* qui confie à la Commission l'application de cette nouvelle législation et lui confère des pouvoirs beaucoup plus importants[20].

Ces deux lois visent à interdire les coalitions qui, selon la Commission, vont à l'encontre des intérêts du public, des consommateurs ou des producteurs[21]. Elles ont par ailleurs pour but de limiter l'accumulation des choses nécessaires à la vie, telles que les aliments ou les vêtements, en vue d'en tirer des profits excessifs, phénomène devenu un problème pendant et après la Première Guerre mondiale[22]. En plus de ses pouvoirs d'enquête[23], la Commission se voit confier le pouvoir de rendre des ordonnances prohibitives afin de

[17] Voir *Couture*, *supra* note 8 à la p 589; *Transports nationaux*, *supra* note 5 à la p 251.

[18] Voir Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5e éd, Toronto, Carswell, 2007 (feuilles mobiles mises à jour en août 2022) à la p 18-22 [Hogg, *Constitutional Law*]. Cette nouvelle loi ne sera utilisée qu'une seule fois. Voir Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 12; Brian R Cheffins, « One Step Forward, Two Steps Back, One Step Forward: Canadian Competition Law Reform, 1919 and 1935 », dans R S Khemani et W T Stanbury, dir, *Historical Perspectives on Canadian Competition Policy*, Halifax, Institute for Research on Public Policy, 1991, 155 à la p 156 [Cheffins, « One Step Forward »].

[19] *Loi des coalitions et des prix raisonnables*, *1919*, LC 1919, c 45. Voir Peter W Hogg et Warren Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill » (1976) 1 Can Bus LJ 197 à la p 202 [Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill »].

[20] *Loi de la Commission de commerce*, LC 1919, c 37; *Loi des coalitions et des prix raisonnables*, *1919*, *supra* note 19, art 3. Voir aussi McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 à la p 173.

[21] *Loi des coalitions et des prix raisonnables*, *1919*, *supra* note 19, arts 2, 6)c).

[22] *Ibid*, arts 16–24. Cette exigence vise autant les particuliers (qui ne peuvent accumuler plus que ce qui est raisonnablement requis pour la consommation de leur ménage) que les entreprises (qui sont limitées à ce qui est raisonnablement requis pour la conduite ordinaire de leurs affaires). Dans le cas de ces dernières, elles doivent vendre tout surplus à un prix « juste et raisonnable ». Voir aussi *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2020 ABCA 74 au para 673 (appel accueilli par la CSC dans *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11 [*Renvoi sur la taxe carbone*].

[23] *Loi des coalitions et des prix raisonnables*, *1919*, *supra* note 19, arts 11, 18; *Loi de la Commission de commerce*, *supra* note 20, arts 25(2), 27.

mettre fin à des pratiques considérées anticoncurrentielles[24]. Le Parlement délègue ainsi pour la première fois à un organe administratif fédéral le pouvoir de réglementer des pratiques commerciales[25].

Ces nouvelles mesures démontrent que, déjà à l'époque, les limites du droit criminel comme outils de contrôle des pratiques anticoncurrentielles se font ressentir[26]. Comme le notent Dunlop, McQueen et Trebilcock, « *this seems to have been the first recognition of the fact that the criminal law was too blunt an instrument to deal with some of the more intricate problems of combines* »[27].

1.1.2. *Re Board of Commerce*: une interprétation restrictive des compétences fédérales par le CJCP

La constitutionnalité de la *Loi des coalitions et des prix raisonnables, 1919* et de la *Loi de la Commission du commerce* est remise en question dans l'affaire *Re Board of Commerce*[28]. En 1922, le CJCP, sous la plume de Lord Haldane, juge alors que ces deux lois sont *ultra vires* du Parlement.

Il rejette dans un premier temps la prétention selon laquelle ces lois relèvent de la compétence fédérale en matière de « paix, d'ordre et de bon gouvernement », soulignant

[24] *Loi des coalitions et des prix raisonnables*, *1919*, *supra* note 19, art 11. Toute violation d'une ordonnance rendue par la Commission constitue par ailleurs une infraction passible d'une amende et d'une peine d'emprisonnement: *Loi des coalitions et des prix raisonnables*, *1919*, *supra* note 19, art 22. Voir aussi Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 18 à la p 18-23; Cheffins, « One Step Forward », *supra* note 18 à la p 158.

[25] Voir Cheffins, « One Step Forward », *supra* note 18 à la p 158.

[26] Voir Edward Iacobucci et Michael J Trebilcock, « Canada – The Competition Law System and the Country's Norms », dans Edward Iacobucci et Michael J Trebilcock, dir, *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms*, *Local Choices*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 109 à la p 110 [Iacobucci et Trebilcock, « Competition Law System »]; Thomas W Ross, « Introduction: The Evolution of Competition Law in Canada » (1988) 13:1/2 Rev of Industrial Organization 1 à la p 4.

[27] Dunlop, McQueen et Trebilcock, *Canadian Competition*, *supra* note 10 à la p 46.

[28] *Re Board of Commerce Act*, *1919*, *and the Combines and Fair Prices Act*, *1919*, [1922] 1 AC 191, 60 DLR 513 (CJCP) [*Re Board of Commerce*]. Ce renvoi avait d'abord été entendu par la Cour suprême du Canada après que la Commission sur le commerce ait elle-même soumis à la Cour des questions quant à la constitutionnalité de ces deux lois et d'une ordonnance rendue en vertu de celles-ci. L'article 32 de la *Loi de la Commission du commerce* permettait à l'époque à la Commission de s'adresser directement à la Cour suprême pour lui soumettre une affaire en vue de connaître son avis sur toute question de droit ou de compétence. L'opinion de la Cour suprême avait été divisée trois contre trois quant à la validité des lois en cause: le juge en chef Davies et les juges Anglin et Mignault étaient d'avis que les deux lois étaient valides et reposaient sur la compétence fédérale pour faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement, sur le commerce et, dans une certaine mesure, sur le droit criminel, alors que les juges Idington, Duff et Brodeur ont plutôt conclu qu'elles étaient *ultra vires*. Voir *The Board of Commerce Act (Re)*, 54 DLR 354, [1920] SCJ N° 23 (CSC).

que cette dernière ne pouvait être exercée qu'en cas d'urgence et dans des circonstances exceptionnelles qui n'étaient pas présentes en l'espèce[29]. Lord Haldane écarte par la suite la possibilité que ces deux lois relèvent de la compétence en matière de trafic et de commerce prévue au paragraphe 91(2) au motif que cette compétence n'avait aucun contenu indépendant et qu'elle ne pouvait être invoquée qu'accessoirement à d'autres compétences fédérales[30]. Enfin, il considère que ces deux lois ne peuvent se rattacher au paragraphe 91(27) de la LC de 1867 puisque leur objet ne relève pas, par leur nature même, de ce qu'il appelle le « domaine » du droit criminel[31]. Lord Haldane est d'avis que le Parlement ne peut ainsi tenter d'interférer avec une question se rattachant à la propriété et aux droits civils, qui relève exclusivement des provinces[32].

Comme l'a reconnu la Cour suprême près d'un siècle plus tard, l'arrêt *Re Board of Commerce* « marque le point de départ de l'évolution jurisprudentielle » de la définition de la compétence fédérale en matière de droit criminel[33]. La définition donnée par Lord Haldane s'avère alors particulièrement étroite et inclut uniquement les sujets qui ont été jusque-là considérés comme relevant du « domaine du droit criminel », figeant ainsi dans le temps la portée de cette compétence. Cette décision du CJCP restreint par ailleurs considérablement le pouvoir du Parlement fédéral en matière de commerce. En effet, Lord Haldane remet en cause le caractère autonome du paragraphe 91(2) et ferme la porte, laissée ouverte dans l'arrêt *Parsons*[34], à la reconnaissance d'un second volet de la compétence fédérale sur le commerce — c'est-à-dire un volet attribuant au Parlement une compétence « générale » sur le commerce s'ajoutant au premier volet lui donnant compétence sur le commerce interprovincial et international. Certains soulignent à cet égard que cette décision, qui trahit une « préférence inavouée [du CJCP] pour le laissez-

[29] *Re Board of Commerce*, *supra* note 28 aux pp 516–17. Voir aussi Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 à la p 203.

[30] *Re Board of Commerce*, *supra* note 28 à la p 517.

[31] *Ibid* aux pp 517–18. Voir aussi *Transports nationaux*, *supra* note 5 à la p 251.

[32] *Re Board of Commerce*, *supra* note 28 aux pp 517–18.

[33] *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 au para 230 (motifs des juges LeBel et Deschamps) [*Renvoi sur la procréation assistée*].

[34] *Citizens Insurance Co of Canada v Parsons*, [1881] 7 AC 96, 8 CRAC 406 (CJCP) [*Parsons*]

faire en matière économique », a rendu pratiquement impossible à l'époque la réglementation du commerce par le législateur fédéral[35].

1.1.3. La reconnaissance de la concurrence comme sujet relevant de la compétence fédérale en matière criminelle

Au lendemain de la décision rendue par le CJCP, le Parlement ne peut donc recourir à sa compétence relative au trafic et au commerce pour encadrer la concurrence au Canada. Ce faisant, il doit renoncer à mettre en place un régime qui donnerait d'importants pouvoirs à un organisme administratif afin que celui-ci s'assure du respect des interdictions relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Le législateur fédéral doit dès lors se rabattre sur sa compétence en vertu du paragraphe 91(27) de la LC de 1867 en privilégiant, comme il l'avait fait initialement, les sanctions de nature criminelle et en ne conférant que de simples pouvoirs d'enquête à la Commission du commerce[36].

Alors que Lord Haldane avait semblé rejeter la possibilité que la compétence fédérale en droit criminel puisse servir de fondement à l'intervention du Parlement en matière de concurrence, les décisions subséquentes du CJCP et de la Cour suprême ont suivi une direction différente. Nous nous attarderons ici aux quatre principales décisions qui ont à la fois confirmé la validité des réformes adoptées par le Parlement à partir des années 1930 et participé à définir les contours de la compétence fédérale en matière criminelle. Nous traiterons ainsi d'abord de la décision *P.A.T.A.*[37] [1.1.3.1.], puis de l'*Affaire sur les*

[35] Jean-François Gaudreault-DesBiens et Jean Leclair, *Provinces*, *lutte contre la corruption et fédéralisme*, Montréal, Thémis, 2016 à la p 41 [Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*]. Les auteurs citent à cet effet David Schneiderman, « A. V. Dicey, Lord Watson, and the Law of the Canadian Constitution in the Late Nineteenth Century » (1998) 16:3 Law & Hist Rev 495.

[36] Voir Micheline Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange » (1990) 21:1 RDUS 1 aux pp 31–32 [Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences »]; Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 13; Mahmud Jamal, « Constitutional Issues in Canadian Competition Litigation » (2004-2005) 41 Can Bus LJ 66 à la p 67 [Jamal, « Constitutional Issues »]; Iacobucci et Trebilcock, « Competition Law System », *supra* note 26 à la p 110.

[37] *P.A.T.A.*, *supra* note 6.

marques de commerce[38] et du *Renvoi sur l'article 498A*[39] [1.1.3.2.] et enfin de l'arrêt *Goodyear*[40] [1.1.3.3.].

1.1.3.1. P.A.T.A.*: L'élargissement de la compétence fédérale sur le droit criminel*

En 1923, à la suite de la décision *Re Board of Commerce*, le Parlement adopte la *Loi à l'effet de pourvoir à l'institution d'enquêtes sur les coalitions, monopoles, trusts et syndicats (mergers)*[41]. Celle-ci abroge les deux lois qui venaient d'être jugées invalides par le CJCP et met en place un régime moins ambitieux, qui interdit principalement les coalitions restrictives du commerce[42]. Des pouvoirs d'enquête sont confiés à un « registraire » qui remplace la Commission, mais celui-ci ne dispose d'aucun pouvoir adjudicatif et ne peut rendre d'ordonnances visant à prévenir ou à faire cesser certaines pratiques anticoncurrentielles. La mise en application de la loi n'est dorénavant assurée que par des sanctions de nature criminelle et est ainsi laissée entre les mains des procureurs généraux des provinces et des tribunaux[43].

La validité de cette nouvelle loi, ainsi que celle de l'article 498 du *Code criminel*[44], font à leur tour l'objet d'un renvoi devant la Cour suprême puis d'un appel au CJCP dans l'arrêt *P.A.T.A.*, rendu en 1931[45]. Lord Atkins, écrivant des motifs unanimes, confirme cette fois la validité des dispositions de la *Loi sur les coalitions 1923* et du *Code criminel* se rapportant aux pratiques anticoncurrentielles, jugeant que celles-ci relèvent de la compétence fédérale en matière de droit criminel[46].

---

[38] *Attorney-General for Ontario v Attorney-General for Canada*, [1937] AC 405, 1 DLR 702 (CJCP) [*Affaire sur les marques de commerce*].

[39] *Attorney-General for British Columbia v Attorney-General for Canada*, [1937] AC 368, 1 DLR 688 (CJCP) [*Renvoi sur l'article 498A*].

[40] *Goodyear Tire and Rubber Co v The Queen*, [1956] RCS 303, 2 DLR (2d) 11 [*Goodyear*].

[41] *Loi à l'effet de pourvoir à l'institution d'enquêtes sur les coalitions*, *monopoles*, *trusts et syndicats (mergers)*, LC 1923, c 9 [*Loi sur les coalitions 1923*].

[42] Voir *Transports nationaux*, *supra* note 5 à la p 251; Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 18 à la p 18-23; Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 à la p 203.

[43] Voir Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 4.

[44] L'article 498 du Code criminel reprend, rappelons-le, les premières mesures fédérales en matière de concurrence qui étaient initialement prévues dans la *Loi sur les coalitions 1889*. Voir *supra* notes 7 et 11.

[45] *P.A.T.A.*, *supra* note 6.

[46] À l'unanimité, la Cour suprême avait conclu que les dispositions en cause constituaient un exercice valide de la compétence fédérale sur le droit criminel. Voir *Reference re Validity of the Combines Investigation Act*

Lord Atkins profite de cette occasion pour se dissocier des propos tenus presque dix ans plus tôt par Lord Haldane dans *Re Board of Commerce*. Il écarte d'abord la théorie du « domaine de droit criminel » mise de l'avant dans cette décision, soulignant que la compétence fédérale prévue au paragraphe 91(27) devait permettre de définir de nouveaux crimes, et non se limiter à ce qui était considéré comme des actes criminels avant 1867[47]. Lord Atkins donne alors une définition très large de ce qui relève de la compétence fédérale en droit criminel, en affirmant que celle-ci englobe toute conduite interdite par le Parlement étant assujettie à une sanction[48].

Lord Atkins met par la suite de côté la proposition avancée par Lord Haldane selon laquelle la compétence en matière de trafic et de commerce ne s'appliquerait que de façon accessoire à d'autres pouvoirs confiés au Parlement fédéral, sans toutefois se prononcer sur l'application de cette compétence en l'espèce[49].

Enfin, il souligne que la plupart des sujets prévus à l'article 91 affectent la propriété et les droits civils, et ajoute que « *so far as the legislation of Parliament in pith and substance is operating within the enumerated powers there is constitutional authority to interfere with property and civil rights* »[50]. Autrement dit, dans la mesure où le caractère véritable d'une législation fédérale se rattache à l'une des catégories de sujets prévues à l'article 91, le Parlement peut validement empiéter sur les champs de compétence des provinces. Le juge

and of s 498 of the Criminal Code, [1929] RCS 409, 2 DLR 802 [*Renvoi sur la validité de la Loi sur les coalitions et de l'article 498 CSC*]. Ce renvoi avait été initié par le gouvernement fédéral en vertu de la procédure de renvoi prévue à l'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, LRC 1927, c 35. Les procureurs généraux du Québec et de l'Ontario étaient intervenus afin de contester la validité des deux mesures fédérales au motif qu'elles relevaient de la compétence des provinces sur la propriété et les droits civils (92(13)) ainsi que sur l'administration de la justice (92(14)). La Proprietary Articles Trade Association avait été autorisée à intervenir devant la Cour suprême à titre de partie intéressée en vertu de l'article 55 al 4 de la *Loi sur la Cour suprême*, puisqu'elle avait été jugée comme ayant fait partie d'une coalition au terme de *Loi sur les coalitions 1923*. Elle en avait par la suite appelé de la décision de la Cour suprême au CJCP, ce qui explique pourquoi la décision de ce dernier s'intitule « *Proprietary Articles Trade Association v Canada (Attorney General)* », bien qu'elle résulte d'un renvoi.

[47] *P.A.T.A.*, *supra* note 6 aux pp 9–10. Voir sur cette question Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution », *supra* note 12 à la p 256.

[48] *P.A.T.A.*, *supra* note 6 aux pp 9–10. Voir à ce sujet Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 aux pp 203–04; Neil Finkelstein, « General Motors of Canada Limited v. City National Leasing; Quebec Ready Mix Inc. v. Rocois Construction Inc. » (1989) 68:4 Can Bar Rev 802 à la p 807 [Finkelstein, « General Motors »].

[49] *P.A.T.A.*, *supra* note 6 à la p 11. Voir sur cette question *Transports nationaux*, *supra* note 5 à la p 252; Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 aux pp 211–12.

[50] *P.A.T.A.*, *supra* note 6 à la p 12.

Atkins confirme ce faisant les propos du juge Duff, au stade du renvoi devant la Cour suprême, qui avait affirmé que la création d'une nouvelle infraction criminelle, en restreignant la liberté d'action des sujets de l'État, affectait nécessairement les « droits civils », mais n'engendrait pas automatiquement une inconstitutionnalité[51].

La décision *P.A.T.A.* dénote ainsi une vision moins « étanche » du partage des compétences que celle préconisée par Lord Haldane quelques années auparavant. Lord Atkins reconnaît en effet que le Parlement fédéral, lorsqu'il agit en vertu de sa compétence en droit criminel, peut « interférer » avec la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils, sans que cela affecte pour autant la validité de la mesure fédérale en cause. En outre, en se distançant de la décision rendue dans *Re Board of Commerce*, le CJCP reconnaît pour l'une des premières fois que la compétence en droit criminel peut justifier une intervention fédérale en matière économique[52]. C'est d'ailleurs sur la base de la large compétence en droit criminel reconnue par Lord Atkins que le Parlement a, dans les années subséquentes, modifié et élargi la portée de la législation encadrant les pratiques anticoncurrentielles à travers le Canada[53], plutôt que de tenter de justifier ses actions sur la base du paragraphe 91(2).

*1.1.3.2. L'*Affaire sur les marques de commerce *et le* Renvoi sur l'article 498A du Code criminel*: l'autorisation de l'empiètement fédéral sur la compétence des provinces en matière de droits civils*

Quelques années après la décision du CJCP, le gouvernement conservateur fédéral établit une Commission royale sur les écarts de prix qui publie, en 1935, un rapport recommandant d'apporter des modifications importantes au contrôle de la concurrence au Canada[54]. À la suggestion de la Commission, le Parlement intègre une nouvelle infraction relative à la discrimination des prix à l'article 498A du *Code criminel*[55]. Dans la même foulée, il adopte

[51] Voir *Renvoi sur la validité de la Loi sur les coalitions et de l'article 498 CSC*, *supra* note 46 à la p 413 (motifs du juge Duff).

[52] Voir Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 18 à la p 18-23; Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution », *supra* note 12 à la p 256.

[53] Voir Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 à la p 204.

[54] Voir McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 à la p 177; Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 14.

[55] *Code criminel*, LC 1935, c 56 [*Code criminel 1935*]. Le nouvel article 498A prévoit qu'un commerçant ne peut exiger d'un acheteur commercial qu'il paie un prix plus élevé qu'un autre ou vendre des marchandises

la *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie*[56] afin de créer une nouvelle commission chargée de l'application de la *Loi sur les coalitions 1935*[57]. Dans un effort visant à coordonner l'administration des différentes lois fédérales portant sur les pratiques de commerce déloyales et anticoncurrentielles, la Commission se voit confier le pouvoir d'appliquer la *Loi sur les brevets*[58], la *Loi sur les marques de commerce*[59], la *Loi sur la concurrence déloyale*[60] et plusieurs dispositions du *Code criminel*[61]. La Commission est également investie de pouvoir d'enquêtes concernant les coalitions et peut recommander des poursuites criminelles en cas de violation de la loi[62]. Elle n'a toutefois toujours pas le pouvoir d'imposer elle-même des sanctions[63].

En 1936, la nouvelle *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie* fait l'objet d'un renvoi devant la Cour suprême afin d'en examiner la validité[64]. Suivant les décisions antérieures du CJCP, le juge en chef Duff, pour la Cour, confirme que les pouvoirs de la Commission relèvent de la compétence fédérale en matière de droit criminel[65]. Le juge Duff est toutefois d'avis que le nouvel article 14 de la loi, qui confère

à des prix déraisonnablement bas dans le but d'éliminer la concurrence. Voir à ce sujet *Transports nationaux*, *supra* note 5 à la p 253; McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 à la p 177. Cet ajout est en partie dû au fait qu'il existait à l'époque des écarts importants entre les prix versés aux producteurs et le prix payé par les consommateurs. Voir Conseil économique, *Rapport provisoire*, *supra* note 16 aux pp 60–61.

[56] *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie*, LC 1935, c 59.

[57] *Loi modifiant la Loi des enquêtes sur les coalitions*, LC 1935, c 54 [*Loi sur les coalitions 1935*]. Voir Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 15.

[58] *Loi sur les brevets*, LRC 1927, c 150.

[59] *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1927, c 201.

[60] *Loi sur la concurrence déloyale, 1932*, LC 1932, c 38 [*Loi sur la concurrence déloyale*].

[61] Il s'agit des articles 404, 405, 406, 415A et 486 à 504 du *Code criminel 1935*, *supra* note 55. Voir à ce sujet McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 à la p 178.

[62] *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie*, *supra* note 56, arts 15, 26. Voir aussi *Transports nationaux*, *supra* note 5 à la p 252.

[63] Voir McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 à la p 179.

[64] *Reference re legislative jurisdiction of Parliament of Canada to enact the Dominion Trade and Industry Commission Act*, [1936] RCS 379, 3 DLR 607 (juge en chef Duff) [*Reference Dominion Trade and Industry Commission Act CSC*]. Ce renvoi a été initié par le gouvernement fédéral en vertu de la procédure de renvoi prévue à l'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, RSC 1927, c 35. Il fait suite à une recommandation du Comité du conseil privé et du ministère de la Justice de soumettre la question de la validité de *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie* à la Cour suprême puisqu'il y avait un certain doute quant à la compétence du Parlement d'adopter cette loi, en tout ou en partie. Voir à cet effet *Reference Dominion Trade and Industry Commission Act CSC*, à la p 380.

[65] *Reference Dominion Trade and Industry Commission Act CSC*, *supra* note 64 à la p 382.

à la Commission le pouvoir d'approuver à l'avance des ententes relatives aux prix ou à la production dans une industrie, est *ultra vires*.

D'une part, selon lui, ce pouvoir ne peut relever du paragraphe 91(27), car il n'est pas « nécessairement incident » à l'exercice de la compétence du Parlement en matière criminelle[66]. D'autre part, un tel pouvoir ne peut se rattacher à la compétence en matière de trafic et de commerce puisqu'il s'applique à des ententes dont la nature est entièrement intraprovinciale[67].

Le juge en chef déclare également invalides les articles 18 et 19 de la loi qui créaient une marque de commerce nationale sous le nom de « Canada Standard » (ou « C.S. »). Selon lui, de telles mesures représentent une tentative du Parlement de créer un droit civil, ce qui empiète sur la compétence des provinces prévue au paragraphe 92(13)[68].

Toutes les conclusions de la Cour suprême à l'exception de celles concernant l'article 14 sont portées en appel devant le CJCP[69]. Ce dernier, sous la plume de Lord Atkins, donne raison à la Cour sur tous les points, sauf en ce qui a trait à la création de la marque de commerce pancanadienne, qui relève d'un exercice valide de la compétence fédérale générale en matière de commerce[70]. Cet aspect de la décision demeure le plus marquant et explique pourquoi elle est encore citée aujourd'hui comme « l'*Affaire sur les marques de commerce* ». En effet, pour l'une des premières fois, le CJCP reconnaît que le second volet de la compétence fédérale sur le commerce, évoqué en 1881 dans l'affaire *Parsons*, permet au Parlement fédéral d'adopter des lois visant à assurer une certaine uniformité sur le plan économique à travers le Canada, et ce, même si de telles lois peuvent affecter le commerce local[71].

Le CJCP se penche davantage sur la portée de la compétence fédérale en matière criminelle dans le *Renvoi sur l'article 498A du Code criminel*[72], rendu de façon concomitante. Cet

[66] *Ibid* à la p 381.
[67] *Ibid* aux pp 381–82.
[68] *Ibid* aux pp 382–83.
[69] *Affaire sur les marques de commerce*, *supra* note 38.
[70] *Ibid* aux pp 704–05.
[71] Voir Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 à la p 212.
[72] *Renvoi sur l'article 498A*, *supra* note 39.

autre renvoi avait été initié afin de juger de la validité du nouvel article 498A du *Code criminel*, interdisant la discrimination par les prix[73].

Lord Atkins confirme à nouveau la décision rendue par la majorité de la Cour suprême selon laquelle ce nouvel article relève de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 91(27) de la LC de 1867[74]. Affirmant que cette question avait déjà été tranchée dans *P.A.T.A.*, Lord Atkins soutient qu'il n'y a qu'une seule limite au pouvoir « plénier » du Parlement fédéral de décider de ce qui est ou non de nature criminelle: ce dernier ne doit pas, sous prétexte d'exercer la compétence que lui confère le paragraphe 91(27), adopter une loi qui, par son caractère véritable, relève de la compétence des provinces[75]. Si tel n'est pas le cas et que les mesures adoptées par le Parlement ne font qu'« affecter » des droits civils, celles-ci seront valides[76]. Il précise à cet égard que « *a genuine attempt to amend the criminal law [...] may obviously affect previously existing civil rights* »[77]. Lord Atkins considère qu'en l'espèce rien ne permettait de croire que le Parlement avait utilisé sa compétence en droit criminel comme un « prétexte » pour empiéter sur la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils, tel que l'avaient laissé entendre les juges dissidents dans la décision de la Cour suprême. Il en conclut par conséquent que l'article 498A est *intra vires*, malgré ses effets sur un domaine qui relève en principe de la compétence exclusive des provinces en vertu du paragraphe 92(13)[78].

---

[73] Voir *supra* note 55.

[74] *Renvoi sur l'article 498A*, *supra* note 39 à la p 690. *Reference re Section 498A of the Criminal Code*, [1936] RCS 363, 3 DLR 593. Le juge Duff, écrivant les motifs de la majorité composée des juges Rinfret, Davis et Kerwin, avait conclu que les alinéas (a), (b) et (c) de l'article 498A étaient *intra vires* et reposaient sur la compétence fédérale en droit criminel. Les juges Cannon et Crocket, dissidents, avaient pour leur part conclu que l'alinéa (a) constituait une « tentative déguisée » (« *colourable attempt* ») du Parlement d'empiéter sur l'autorité législative des provinces en matière de propriété et de droits civils. Selon eux, contrairement aux deux premiers alinéas, l'alinéa (a) n'exigeait pas une intention de détruire la concurrence ou d'éliminer un concurrent, ce qui lui aurait permis de se rattacher à la compétence en droit criminel. Au contraire, selon les juges dissidents, l'objectif apparent de cette disposition était: *« to prevent the granting of discounts, rebates or allowances to large scale purchasers of manufactured and all other goods for any reason whatever and to make the price of commodities uniform, as far as possible, and by this expedient to raise retail prices throughout the country and thus to deprive the great mass of the consuming population of the benefit of real competition in trade. Such a policy may be desirable and beneficial to a particular class of the population, but its purpose and effect is purely economic and involves the virtual control by Parliament of such subjects as contracts of sale, which the B.N.A.* » (à la p 378).

[75] *Renvoi sur l'article 498A*, *supra* note 39 à la p 690.

[76] *Ibid*.

[77] *Ibid*.

[78] *Ibid*.

Ces deux renvois démontrent une interprétation plutôt souple du partage des compétences par le CJCP. Ils confirment l'approche retenue dans *P.A.T.A.* selon laquelle l'exercice de la compétence fédérale en matière de concurrence — que celui-ci relève du paragraphe 91(2) ou 91(27) de la LC de 1867 — demeure valide même s'il interfère avec la compétence exclusive des provinces sur la propriété et les droits civils.

La trilogie d'avis rendus par Lord Atkins dans les années 1930 traduit par ailleurs une certaine tendance du CJCP à reconnaître une plus importante marge de manœuvre au Parlement fédéral en matière de concurrence — et en matière économique de façon générale — que ne l'avait initialement fait Lord Haldane dans *Re Board of Commerce* en 1922. Le législateur fédéral dispose dès lors d'une plus grande latitude pour adopter des mesures visant à préserver un environnement concurrentiel dans la mesure où il est dorénavant autorisé à interférer avec la compétence des provinces sur le commerce local.

1.1.3.3. **Goodyear***: la reconnaissance de la capacité du Parlement de prévenir et de sanctionner les conduites anticoncurrentielles*

Peu après la fin de la Seconde Guerre mondiale, le Parlement apporte à nouveau des modifications à sa législation en vue d'encadrer plus strictement les pratiques anticoncurrentielles. En 1951, il modifie la *Loi sur les coalitions* pour interdire l'imposition de prix de revente[79]. La validité de cette nouvelle interdiction sera contestée par des intérêts privés jusqu'à la Cour suprême, dorénavant le dernier tribunal d'appel au Canada[80]. Celle-ci confirme l'interprétation généreuse des compétences fédérales du CJCP en maintenant que les nouvelles dispositions de la loi relevaient du pouvoir du Parlement fédéral sur le droit criminel[81].

En 1952, le Parlement modifie à nouveau la *Loi sur les coalitions* afin d'accroître la juridiction des tribunaux saisis d'accusations de coalition[82]. Le nouveau paragraphe 31(1) de la Loi donne ainsi aux cours provinciales de juridiction criminelle le pouvoir de rendre

[79] *Loi modifiant la Loi sur les enquêtes sur les coalitions*, LC 1951, c 30.
[80] *R v Campbell*, [1966] SCJ nº 67, 58 DLR (2d) 673 (CSC).
[81] La Cour ne rend aucun motif et se limite à confirmer la décision de la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Regina v Campbell*, [1964] 2 OR 487, 46 DLR (2d) 83 (ONCA).
[82] *Loi modifiant la Loi des enquêtes sur les coalitions et le Code criminel*, LC 1952, c 39.

des ordonnances interdisant la continuation ou la répétition d'une infraction ou exigeant la dissolution d'une fusion[83].

La constitutionnalité d'une ordonnance rendue en vertu de ces nouveaux pouvoirs est contestée quatre ans plus tard, en 1956, dans l'affaire *Goodyear*[84]. Les appelants avaient plaidé coupables à une accusation fondée sur l'article 498 du *Code criminel* qui créait une infraction pour toute personne « empêchant ou réduisant indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'échange, la vente, le transport ou la fourniture d'un article ou d'une dentée faisant l'objet de commerce ». En vertu des nouveaux pouvoirs conférés par le paragraphe 31(1), les appelants s'étaient alors vu ordonner de cesser de continuer ou de répéter la pratique anticoncurrentielle qui avait fait l'objet de l'infraction. C'est dans ce contexte qu'ils contestaient la validité du paragraphe 31(1) et de l'ordonnance qui en découlait au motif que cette disposition constituait une tentative déguisée du Parlement fédéral de légiférer sur une question relative à la propriété et aux droits civils[85].

Écrivant pour la majorité, le juge Locke est d'avis que, tout comme l'article 498 du *Code criminel*, le paragraphe 31(1) de la *Loi sur les coalitions* relève de la compétence du Parlement fédéral en matière de droit criminel[86]. Il souligne à cet égard que cette compétence s'étend à la législation visant tant à prévenir le crime qu'à le punir[87]. Le Parlement peut ainsi à la fois assujettir de nouvelles infractions à des sanctions *et* prévenir la commission de ces infractions, notamment par le biais d'ordonnances prohibitives[88]. Ayant conclu que le paragraphe 31(1) était valide en vertu de la compétence fédérale en droit criminel, le juge Locke ne s'est pas prononcé sur la possibilité qu'il relève également du pouvoir fédéral en matière de commerce[89].

---

[83] *Ibid*, art 31(1). La Commission fédérale du commerce et de l'industrie est également remplacée par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce. Voir à ce sujet McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 aux pp 179–80.

[84] *Goodyear*, *supra* note 40.

[85] *Ibid* à la p 306.

[86] *Ibid* aux pp 308–09.

[87] *Ibid* à la p 308.

[88] *Ibid*.

[89] *Ibid* à la p 310. Le procureur général du Canada prétendait que cette disposition se justifiait en vertu des deux chefs de compétences. Voir McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 à la p 180.

En somme, à la fin des années 50 et dans les années qui ont suivi, la législation fédérale encadrant les pratiques anticoncurrentielles est largement considérée comme relevant la compétence du Parlement en vertu du paragraphe 91(27) de la LC de 1867. Comme l'affirmait le juge Laskin en 1973 avant d'être nommé à la Cour suprême, « *resort to the criminal law power to proscribe undesirable commercial practices is today as characteristic of its exercise as has been resort thereto to curb violence or immoral conduct* »[90].

Alors que dans *Re Board of Commerce*, le CJCP a initialement refusé de reconnaître qu'une loi interdisant les coalitions pouvait relever du droit criminel, il a graduellement élargi sa conception de ce qui relevait de la compétence fédérale dans ce domaine. Il a reconnu que le paragraphe 91(27) de la LC de 1867 donnait le « plein pouvoir »[91] au Parlement fédéral en droit criminel, cette matière étant définie dans son « sens le plus large »[92] et pouvant englober des sujets qui ne relevaient pas nécessairement du droit en criminel en 1867[93]. La Cour suprême a par la suite admis que le Parlement était compétent pour mettre en place des régimes d'intervention aprioriste visant à prévenir — et non seulement à punir — les actes de nature criminelle, dont font partie les actes anticoncurrentiels[94]. Les tentatives du Parlement d'encadrer la concurrence ont en ce sens été déterminantes dans l'évolution de la compétence fédérale en matière criminelle de manière plus générale. Encore aujourd'hui, les propos du juge Locke dans *Goodyear* sont cités régulièrement par les tribunaux pour justifier le pouvoir du Parlement fédéral d'imposer des mesures préventives[95]. La décision du CJCP dans *P.A.T.A.* et celle de la Cour suprême dans *Goodyear* serviront d'ailleurs, un demi-siècle plus tard, de fondement à la reconnaissance de la validité des mesures fédérales

[90] Bora Laskin, *Canadian Constitutional Law*, 4e éd, Toronto, Carswell, 1973 à la p 851. Voir aussi Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 à la p 205.

[91] *Renvoi sur l'article 498A*, *supra* note 39 à la p 690.

[92] *P.A.T.A.*, *supra* note 6 à la p 324.

[93] Voir à ce sujet *RJR-MacDonald Inc c Canada (Procureur général)*, [1995] 3 RCS 199 au para 28, 127 DLR (4th) 1 [*RJR-MacDonald*].

[94] Voir Jean Leclair, « Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement » (1996) 27:2 RGD 137 à la p 146 [Leclair, « Compétence fédérale en droit criminel »].

[95] Voir notamment *R c Penunsi*, 2019 CSC 39 au para 12; *R c Demers*, 2004 CSC 46 au para 75; *R c s (S)*, [1990] 2 RCS 254 à la p 282, [1990] SCJ no 66.

visant à protéger la santé du public contre les méfaits du tabac[96]. En ce sens, ces décisions sont pertinentes pour définir les concours non seulement de la compétence du législateur fédéral en matière de concurrence, par laquelle ce dernier assure une protection des intérêts économiques des consommateurs, mais également en matière de prévention d'atteinte à la santé et la sécurité de ces derniers, dans la mesure où elle repose elle aussi sur la compétence fédérale en droit criminel.

De surcroît, on remarque que la jurisprudence du CJCP en matière de concurrence ne semble pas s'inscrire dans la tendance généralement associée à cette période, soit une approche interprétative plus classique et compartimentée du partage des compétences[97]. Au contraire, le Parlement s'est vu autorisé à empiéter sur la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils, qu'il agisse en vertu de sa compétence sur le commerce (*Affaire sur les marques de commerce*) ou sur celle en matière criminelle (*P.A.T.A.* et *Renvoi sur l'article 498A)*. En effet, le CJCP a reconnu qu'un tel empiètement ne rendait pas pour autant la législation fédérale invalide et que le Parlement pouvait adopter des règles interférant avec des droits civils existants, pour autant que le caractère véritable de ces règles se rattache à l'une des compétences prévues à l'article 91 de la LC de 1867. Le législateur fédéral pouvait dès lors adopter des mesures susceptibles de produire des effets sur des activités commerciales intraprovinciales.

De plus, en reconnaissant que l'exercice de la compétence sur le droit criminel affectait nécessairement les droits civils à l'intérieur de la province[98], le CJCP et la Cour suprême ont autorisé le Parlement fédéral à graduellement élargir le champ d'action des lois relatives à la concurrence et à enrichir la gamme de recours et de sanctions qui y sont prévus. Alors qu'initialement la loi ne prévoyait que des sanctions de nature criminelle, elle comprend à partir de la seconde moitié du 20e siècle d'importants pouvoirs d'enquête

[96] *RJR-MacDonald*, *supra* note 93 aux para 47–48. Voir à ce sujet *supra*, Partie I, section 1.2.2. (« L'affaire *RJR-MacDonald* et la confirmation de la compétence du Parlement pour encadrer la vente et la publicité des produits du tabac »).

[97] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 1.1. (« Le paradigme classique: une vision cloisonnée du partage des compétences »).

[98] *P.A.T.A.*, *supra* note 6 à la p 12; *Renvoi sur la validité de la Loi sur les coalitions et de l'article 498 CSC*, *supra* note 51 à la p 413.

en plus de permettre aux tribunaux de forcer les commerçants à cesser une pratique anticoncurrentielle ou encore d'ordonner la dissolution d'une fusion.

Enfin, l'étude de la jurisprudence en matière de concurrence et de l'évolution de la législation fédérale dans ce domaine démontre que ces deux éléments sont intimement reliés. D'un côté, le Parlement considérait initialement la concurrence comme un enjeu de « moralité publique » devant faire l'objet de sanctions de nature criminelle. De l'autre, le CJCP et la Cour suprême ont encouragé le Parlement à choisir la voie du droit criminel pour s'attaquer aux pratiques anticoncurrentielles en reconnaissant à de multiples reprises que ce type de loi relevait du paragraphe 91(27) de la LC de 1867. Par ailleurs, les tribunaux sont restés prudents en évitant de se prononcer sur d'autres fondements potentiels de la législation fédérale en matière de concurrence, tels que la compétence relative au trafic et au commerce. Ce faisant, non seulement les mesures encadrant les pratiques anticoncurrentielles étaient considérées comme un exercice valide de la compétence fédérale en droit criminel, mais elles étaient vues comme pouvant *uniquement être* justifiées par cette compétence[99]. Le Parlement se voyait ainsi tenu de continuer de respecter les balises fixées par le CJCP et la Cour suprême, et de tenter de résoudre les problèmes se rattachant aux pratiques anticoncurrentielles par le biais d'interdictions assorties de sanctions criminelles.

Par conséquent, le Parlement demeurait limité dans les moyens qu'il pouvait prendre pour s'assurer de préserver un environnement concurrentiel et faisait face à certains obstacles l'empêchant d'atteindre cet objectif. En effet, le fardeau élevé applicable aux sanctions de nature criminelle — une preuve hors de tout doute raisonnable — limitait la capacité du législateur fédéral de sanctionner, et par le fait même de prévenir, les conduites anticoncurrentielles. Le fait que le respect de la loi était assuré par des tribunaux non spécialisé était « *widely seen as a further obstacle to the development of effective competition policy* ».[100] Ainsi, comme l'observait Bruce C McDonald, l'exercice par le

[99] Voir McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 à la p 235; Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution », *supra* note 12 à la p 255.

[100] Edward Iacobucci et Michael J Trebilcock, « Introduction », dans Eleanor M Fox et Michael J Trebilcock, dir, *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms*, *Local Choices*, Oxford, University of Oxford Press, 2013, 1 à la p 14. Sur les raisons qui expliquent en quoi les mécanismes du droit criminel

Parlement de sa compétence en droit criminel posait des contraintes inhérentes à l'encadrement de la concurrence au Canada et s'avérait de moins en moins efficace pour prévenir les pratiques anticoncurrentielles:

> *The considerations of 1889 which impelled the legislators to make the combines law criminal no longer obtain. The undesirability of combines no longer stems appreciably from rejection on moral grounds; nor can the Act be specific in such a way as to bring combines offences within the other general category of moral element, as discussed in this paper. This is not to suggest that combines ought to be in one of the two categories; but only that, if it is not, the use of the criminal law as the appropriate control device must be seriously questioned*[101].

La seconde moitié du 20e siècle sera dès lors marqué par un tournant important tant du législateur fédéral que de la Cour suprême, qui fera du droit de la concurrence un enjeu qui se détachera du droit criminel et qui prendra plutôt sa source dans la compétence fédérale en matière de commerce.

1.1.4. Les réformes importantes des années 1970-1980 et les limites du droit criminel dans l'encadrement de la concurrence

Le droit de la concurrence canadien connait des réformes majeures qui se déploient en deux temps, d'abord en 1975, puis en 1986[102]. Ce mouvement est amorcé à la fin des années 60 alors que le Conseil économique du Canada rend un nouveau Rapport sur la politique de la concurrence qui recommande plusieurs modifications à la *Loi sur les coalitions*[103]. Pour le Conseil, le meilleur moyen d'en arriver à de bonnes politiques publiques en matière de

---

compromettent l'efficacité de l'encadrement du droit de la concurrence, voir Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution », *supra* note 12 à la p 259.

[101] McDonald, « Criminality », *supra* note 13 à la p 93. Voir aussi Bernard Bonin, « Le Conseil économique du Canada et la réforme des lois sur les pratiques commerciales restrictives » (1969) 45:2 Actualité économique 326 à la p 331.

[102] Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 18 à la p 18-24; Iacobucci et Trebilcock, « Competition Law System », *supra* note 26 à la p 111. Certaines modifications avaient été apportées en 1960, notamment afin d'abroger les dispositions du Code criminel relatives aux conspirations, fusions et monopoles pour les inclure dans la *Loi sur les coalitions*. Voir *Loi modifiant la Loi des enquêtes sur les coalitions et le Code criminel*, LC 1960, c 45, art 13 (*Loi sur les coalitions 1960*). Ainsi, les articles 411 et 412 du *Code criminel*, LC 1953-1954, c 51, qui avaient remplacé les articles 498 et 498A en 1953, sont devenus les articles 32 et 33A de la *Loi sur les coalitions 1960*. Voir à ce sujet Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 16; McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 à la p 211.

[103] Conseil économique, *Rapport provisoire*, *supra* note 16. Voir à ce sujet Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 18.

concurrence est de viser l'intérêt et les besoins du consommateur[104]. Il souligne également qu'il est nécessaire de laisser la porte grande ouverte à la participation des provinces en matière de concurrence. Selon lui, une telle participation serait « un prolongement naturel de la très grande activité qu'elles manifestent déjà dans le domaine de la protection du consommateur »[105].

Le Conseil est d'avis que le Parlement doit adopter une approche différente en matière de concurrence, qui ne saurait reposer exclusivement sur sa compétence en droit criminel, laquelle contribue à la rigidité de la loi et de son application[106]. Le Conseil attribue le manque d'efficacité de la politique de la concurrence au Canada au caractère pénal de la législation, qui exige que la Couronne intente une poursuite chaque fois qu'une infraction est décelée et prouve le bien-fondé de son accusation hors de tout doute raisonnable[107]. Bruce C McDonald fait d'ailleurs remarquer en 1969 le lien intime qui unit les objectifs et les remèdes du droit de la concurrence et la compétence en vertu de laquelle le Parlement fédéral agit:

> *Depending on the scope of the criminal law head of federal jurisdiction, a changed view of the nature of the combines problem to one of regulating the health of the economy may mean that such a constitutional classification is no longer appropriate. The desired remedies will also alter as the purpose of the statute changes, and to make new remedies available the constitutional reflection of the changed nature of the issues must be adjusted*[108].

Le Conseil reconnaît toutefois que la validité d'une législation fondée sur une autre compétence que celle du paragraphe 91(27) reste incertaine[109]. En effet, jusque-là, bien que la compétence générale en matière de commerce eût été plaidée par le procureur général

[104] Conseil économique, *Rapport provisoire*, *supra* note 16 aux pp 14, 22.

[105] *Ibid* aux pp 122–23.

[106] *Ibid*. Voir aussi Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 18.

[107] Conseil économique, *Rapport provisoire*, *supra* note 16 aux pp 59, 124. Voir aussi les propos du juge en chef Dickson qui résument la position du Conseil économique sur cette question dans *General Motors of Canada Ltd c City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641 à la p 687, 58 DLR (4th) 255 [*General Motors*].

[108] McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 à la p 169.

[109] Voir Conseil économique, *Rapport provisoire*, *supra* note 16 à la p 122.

du Canada, et parfois mentionnée par la Cour suprême et le CJCP, celle-ci n'avait jamais servi de fondement principal à la législation fédérale sur la concurrence[110].

Le gouvernement fédéral donne suite au rapport du Conseil en 1971 en déposant un projet de loi dans lequel il propose la décriminalisation des fusions et des monopoles, ainsi que la création d'un tribunal spécialisé des pratiques concurrentielles pour trancher les affaires non criminelles[111].

Plusieurs critiques sont alors soulevées contre le projet de loi, si bien que seule la première partie de ce dernier est adoptée en décembre 1975[112]. Celle-ci contient des dispositions réglementaires portant sur les pratiques pouvant limiter la concurrence et confère à la Commission des pratiques restrictives de commerce, qui n'avait jusque-là que des pouvoirs d'enquête, certains pouvoirs adjudicatifs[113]. Les fusions et les monopoles demeurent toutefois des infractions criminelles qui ne relèvent pas de la Commission[114]. La portée de la loi est par ailleurs élargie afin de s'appliquer à l'industrie des services et non plus uniquement à la vente et à la distribution de biens[115].

---

[110] Voir à ce sujet Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution », *supra* note 12 à la p 259.

[111] PL C-256, *Loi encourageant la concurrence*, *prévoyant la réglementation générale du commerce*, *favorisant l'honnêteté et la loyauté sur le marché*, *créant un Tribunal des pratiques de concurrence et le poste de commissaire*, *abrogeant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et modifiant en conséquence la Loi sur les banques*, 3e sess, 28e parl, 1971 (première lecture le 29 juin 1971). Voir à ce sujet *Couture*, *supra* note 8 à la p 590.

[112] *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et abrogeant la Loi ayant pour objet la modification de la Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et le Code criminel*, LC 1974-76, c 76 [*Loi sur les coalitions 1975*]. Les auteurs Dunlop, McQueen et Trebilcock expliquent ainsi les critiques soulevées à l'égard du projet de loi C-256: « *Business interests*, *large and small*, *excoriated the bill. Where it attempted to be precise and clear it was criticized for being inflexible. Where it attempted to be flexible it was criticized for uncertainty. There was outrage over the extent of « bureaucratic intervention » that would be possible by the Competitive Practices Tribunal and the Commissioner* ». Voir Dunlop, McQueen et Trebilcock, *Canadian Competition*, *supra* note 10 à la p 53. Voir aussi à ce sujet *Couture*, *supra* note 8 aux pp 590–91; Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 19; Iacobucci et Trebilcock, « Competition Law System », *supra* note 26 à la p 111; Consommation et Corporations Canada, *Réforme de la législation sur la concurrence – Guide*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et services, 1985 à la p 2.

[113] Voir *Couture*, *supra* note 8 à la p 591. La Commission se voit notamment le pouvoir d'interdire les refus de vendre, les ententes d'exclusivité, les ventes liées, les ventes par voie de consignation et la limitation des marchés lorsque ces pratiques pouvaient avoir pour effet de restreindre substantiellement la concurrence: *Loi sur les coalitions 1975*, *supra* note 112, art 31.4.

[114] Voir à ce sujet *Couture*, *supra* note 8 à la p 591; Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 20.

[115] *Loi sur les coalitions 1975*, *supra* note 112, art 1 (la définition du mot « produit » est élargie de façon à comprendre un « service »).

La nouvelle mouture de la loi ajoute en outre plusieurs mesures visant à protéger les consommateurs, et ne se limite plus à réglementer le comportement des entreprises entre elles. Elle étend notamment de façon importante les interdictions relatives aux représentations trompeuses[116]. En effet, alors que jusque-là, la loi ne visait que les représentations quant au prix des produits offerts, la nouvelle loi ajoute des infractions pour toute représentation fausse ou trompeuse quant à tout « aspect important » du produit, au rendement, à l'efficacité ou à la durée utile de celui-ci, ou encore à la garantie qui y est associée[117]. Elle interdit par ailleurs au commerçant de vendre ou de louer un produit à un prix supérieur à celui affiché sur le produit ou en magasin (pratique appelée « double étiquetage »)[118], ou à un prix supérieur qu'à celui annoncé dans une publicité[119]. S'ajoutent également des interdictions relatives à la vente à prix d'appel, appelée aussi le « *bait and switch* »[120]. Ainsi, la loi ne se limite plus à réglementer la structure du marché et à assurer la préservation d'un environnement concurrentiel: elle s'attaque dorénavant aux déficits informationnels des consommateurs. Du même coup, elle va au-delà de ce qui était traditionnellement vu comme relevant du droit criminel[121].

À cet égard, la loi ajoute certains recours à l'encontre des infractions relatives à la concurrence, dont le droit d'intenter une action en dommages-intérêts. Le nouvel article 31.1 donne ainsi le droit de recouvrer des dommages à toute personne ayant subi un préjudice ou une perte à la suite d'un comportement allant à l'encontre de la Partie V[122] ou à la suite du défaut d'une personne de se conformer à une ordonnance rendue par la

[116] En 1960, à la suite des recommandations du Comité MacQuarrie, chargé d'étudier les méthodes et les objectifs de la *Loi sur les coalitions*, cette dernière avait été modifiée afin d'ajouter au paragraphe 33C(1) une interdiction aux commerçants de faire des représentations trompeuses au public quant au prix des produits vendus: *Loi sur les coalitions 1960*, *supra* note 102, art 13. Voir à ce sujet: Conseil économique, *Rapport provisoire*, *supra* note 16 à la 65.

[117] *Loi sur les coalitions 1975*, *supra* note 112 art 18 (qui établit le nouveau paragraphe 36(1) interdisant la publicité trompeuse).

[118] *Ibid*, art 18 (qui établit le nouvel article 36.2 interdisant le double étiquetage).

[119] *Ibid*, art 18 (qui établit le nouvel article 37.1 interdisant la vente au-dessus du prix annoncé).

[120] *Ibid*, art 18 (qui établit le nouvel article 36.5 interdisant la vente à prix d'appel). La vente à prix d'appel consiste pour un commerçant à faire une publicité dans laquelle il offre un « prix d'occasion » laissant au consommateur miroiter qu'il pourra faire une bonne affaire afin d'attirer ce dernier dans son commerce pour acheter le produit annoncé, pour finalement ne pas avoir une quantité suffisante de ce produit et ainsi forcer le consommateur à se tourner vers un autre produit dont le prix n'est pas aussi avantageux.

[121] Voir Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 à la p 217.

[122] La Partie V vise les infractions relatives à la concurrence, qui incluent notamment les complots entre concurrents pour fixer des prix, le truquage d'offre et les indications fausses ou trompeuses.

Commission ou une Cour en vertu de la loi. Le législateur visait ainsi à suppléer à la fonction qui était jusque-là exclusivement pénale de la *Loi sur les coalitions* en adoptant des dispositions d'exécution de nature civile, dont peuvent bénéficier à la fois les consommateurs et les commerçants concurrents[123].

La création d'un droit d'action de nature privée faisait suite aux recommandations du Conseil économique[124]. Ce dernier avait souligné que la prévention et la dissuasion des activités monopolistiques — et non la condamnation de ces activités — étaient les objectifs principaux de la loi[125]. Il avait alors suggéré que le Parlement mette sur pied un droit d'action de nature civile pour accroître l'efficacité de la politique fédérale en matière de concurrence et la rendre « plus acceptable au grand public »[126]. L'utilisation du droit criminel comme seul outil pour encadrer des activités économiques complexes était alors perçue comme une des faiblesses fondamentales du cadre législatif existant[127].

La réforme entamée en 1975 est complétée en 1986, avec pour objectif de « décriminaliser » encore davantage une grande partie de la Loi[128]. Le titre de la Loi est alors changé pour devenir la *Loi sur la concurrence*[129]. Pour la première fois, cette loi énonce clairement les objectifs qu'elle poursuit:

> *La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant*

[123] Voir *Pioneer Corp c Godfrey*, 2019 CSC 42 au para 82 [*Pioneer*]; *Watson v Bank of America Corporation*, 2015 BCCA 362 au para 37 [*Watson*].

[124] Voir *Rapport provisoire*, *supra* note 16 aux pp 119–21. Voir aussi *General Motors*, *supra* note 107 à la p 687.

[125] Voir *Rapport provisoire*, *supra* note 16 aux pp 119–21.

[126] *Ibid* à la p 123. Voir aussi *General Motors*, *supra* note 107 à la p 687.

[127] Voir Consommation et Corporations Canada, *Réforme de la législation sur la concurrence – Guide*, *supra* note 112 à la p 3.

[128] Voir à ce sujet Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 18 à la p 18-25; Jamal, « Constitutional Issues », *supra* note 36 à la p 67; Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution », *supra* note 12 à la p 277. Plusieurs tentatives avaient été entreprises entre 1977 et 1986 afin d'apporter des modifications à la loi, mais n'ont pu être menées à terme, principalement en raison de l'opposition importante du monde des affaires. Voir Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 à la p 21; Consommation et Corporations Canada, *Réforme de la législation sur la concurrence – Guide*, *supra* note 112 à la p 2.

[129] *Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, LC 1986, c 26 [*Loi sur la concurrence* ou LC].

> *simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits*[130].

Bien que son objectif premier soit l'efficience de l'économie canadienne[131], la *Loi sur la concurrence* prévoit expressément que cet objectif vise en partie à protéger le consommateur en lui offrant à la fois du choix et des prix compétitifs. Le ministre de la Consommation et des Corporations de l'époque, Michel Côté, reconnaît d'ailleurs que jusque-là, la Loi ne protégeait pas adéquatement les consommateurs contre la conduite anticoncurrentielle des grandes entreprises dominantes[132]. Or, selon lui, les consommateurs seraient parmi les premiers bénéficiaires d'une réforme de la loi dans la mesure où une concurrence accrue permettrait de faire baisser les prix, d'offrir un plus grand choix et d'améliorer la qualité des biens et services, tout en favorisant l'innovation[133].

La nouvelle loi crée également le Tribunal de la concurrence, qui remplace la Commission des pratiques commerciales restrictives et qui se voit octroyer des pouvoirs adjudicatifs en vue de rendre les mesures prévues par la loi plus coercitives[134]. Le nouveau tribunal est doté du pouvoir de rendre des ordonnances visant à faire cesser des pratiques jugées anticoncurrentielles[135], à interdire des fusions ou à les assujettir à certaines conditions, ainsi qu'à forcer la cession d'actifs ou d'actions[136]. Jusque-là, le pouvoir d'émettre ce type d'ordonnances ne relevait que des tribunaux judiciaires.

---

[130] *Ibid*, art 1. Sur les objectifs de la *Loi sur la concurrence*, voir Trebilcock et al, *Law and Economics of Canadian Competition Policy*, *supra* note 6 aux pp 39 et ss.

[131] Voir Iacobucci et Trebilcock, « Competition Law System », *supra* note 26 à la p 119.

[132] Consommation et Corporations Canada, *Réforme de la législation sur la concurrence – Guide*, *supra* note 112 à la p 4.

[133] *Ibid* aux pp 1, 4.

[134] Voir Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences », *supra* note 36 à la p 43.

[135] Ces pratiques se trouvent à la Partie VIII de la Loi et incluent: le refus de vendre un produit (art 47), les ventes par voie de consignation (art 48), les pratiques d'exclusivité de ventes liées et limitation du marché (art 49), l'abus de position dominante (le monopole) (arts 50–51), les prix à la livraison (arts 52–53), les ordonnances quant aux mesures d'exécution de jugements étrangers et à la législation et directives étrangères (arts 54–55) et quant au refus de fournir par un fournisseur étranger (art 56), les accords de spécialisations (arts 57–62) et les fusionnements (arts 63–75).

[136] *Loi sur la concurrence*, art 8 et Partie VII (« Affaires que le tribunal peut examiner »). Pour un résumé de l'ensemble des nouvelles modifications apportées à la Loi, voir *Couture*, *supra* note 8 aux pp 584, 596–01.

Cela étant dit, la *Loi sur la concurrence* est adoptée en dépit d'une certaine incertitude quant à la compétence sur laquelle reposent les nouvelles mesures qui y sont prévues. En effet, les modifications apportées à la Loi en 1975 et en 1986 — dont l'ajout de sanctions de nature civile — démontrent que le Parlement fédéral ne s'appuie plus exclusivement sur son pouvoir en matière criminelle, ce qui soulève des doutes quant à la validité de ces modifications[137]. Ces doutes sont par ailleurs renforcés par le fait que la nouvelle mouture de la loi présente certaines similitudes en termes d'objectifs et de moyens avec la version de la loi qui avait été invalidée par le CJCP dans *Re Board of Commerce* en 1922[138].

Certains facteurs militent à l'inverse en faveur de la validité de la nouvelle loi et laissent croire que la Cour suprême ne suivrait pas nécessairement la voie empruntée initialement par Lord Haldane. En effet, comme nous l'avons vu[139], la Cour suprême et le CJCP lui-même ont tenté de se distancer de ce précédent. Ils ont préféré une approche plus souple permettant au Parlement fédéral d'intervenir plus activement en matière économique, nonobstant l'incidence d'une telle intervention sur la compétence des provinces. De plus, comme le soulignent Peter Hogg et Warren Grover, l'environnement socio-économique a grandement évolué depuis que cette décision a été rendue en 1922:

> *Improvements in transport and communications, the growth of concentrated business enterprises organized on a national or multi-national basis, the increase in the number of international agreements relating to trade and commerce, and the general increase in personal mobility have transformed the Canadian economy since the first world war. The Supreme Court of Canada, interpreting the B.N.A. Act as a living tree capable of growth and adaptation, might well be willing to regard the modem social and economic environment as sufficiently different to justify giving the Competition Bill a different constitutional classification from the Board of Commerce legislation*[140].

[137] Voir Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences », *supra* note 36 à la p 43; Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 18 à la p 18-25; Dunlop, McQueen et Trebilcock, *Canadian Competition*, *supra* note 10 à la p 57.

[138] Voir Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 aux pp 218–19; Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences », *supra* note 36 à la p 43.

[139] Voir *supra*, Partie II, section 1.1.3. (« La reconnaissance de la concurrence comme sujet relevant de la compétence fédérale en matière criminelle »).

[140] Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 à la p 219.

Ultimement, la Cour suprême tiendra compte de cette évolution et adoptera une approche différente de celle retenue par le CJCP en 1922 pour invalider la *Loi des coalitions et des prix raisonnables, 1919* et de la *Loi de la Commission du Commerce*. Elle donnera par le fait même une portée beaucoup plus large à la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce que ne l'avait fait Lord Haldane au début du siècle.

1.1.5. La compétence fédérale générale sur le commerce comme nouvelle justification à l'intervention fédérale en matière de concurrence

En réponse aux changements apportés par le législateur fédéral au cours des années 1970 et 1980, la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur les coalitions* sera à nouveau examinée par la Cour suprême. La portée de la compétence fédérale pour légiférer en matière de concurrence sera ainsi étudiée en deux temps par la Cour, d'abord dans l'arrêt *Transports nationaux*[141][1.1.5.1.], puis dans *General Motors*[142][1.1.5.2.].

1.1.5.1. **Transports nationaux*: vers une définition des critères de la compétence fédérale générale en matière de commerce***

Dans l'affaire *Transports nationaux*, deux compagnies avaient été accusées d'avoir comploté illégalement en vue de diminuer la concurrence dans le transport interprovincial en vertu de l'alinéa 32(1)(c) de la *Loi sur les coalitions 1970*[143]. Cette dernière disposition prévoyait qu'était coupable d'un acte criminel toute personne qui complotait avec une autre afin de restreindre indûment la concurrence dans la « production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens ». L'alinéa 32(1)(c) avait remplacé l'article 498 du *Code criminel*, *1927*, dont la validité avait été maintenue dans l'arrêt *P.A.T.A* sur la base de la compétence fédérale en matière de droit criminel[144].

La question initiale soulevée par le pourvoi portait sur la compétence du procureur général du Canada et des procureurs généraux provinciaux pour mener des poursuites relativement

[141] Voir *Transports nationaux*, *supra* note 5.

[142] Voir *General Motors*, *supra* note 48.

[143] *Loi des enquêtes sur les coalitions*, LRC 1970, c C-23 [*Loi sur les coalitions 1970*]; *Transports nationaux*, *supra* note 5, à la p 213.

[144] Voir *supra*, Partie II, section 1.1.3.1. (« *P.A.T.A.*: L'élargissement de la compétence fédérale sur le droit criminel »). Sur l'évolution de l'article 498, voir *supra* notes 11 et 102.

à des infractions créées par des lois fédérales[145]. Les deux compagnies de transport soutenaient que conformément au paragraphe 92(14) de la LC de 1867, conférant aux provinces le pouvoir de légiférer relativement à « l'administration de la justice », il appartenait au procureur général de la province — et non au procureur général fédéral qui avait agi en l'espèce — de diriger une poursuite relevant du droit criminel. Pour trancher cette question, la Cour devait examiner l'étendue des compétences fédérales sur le droit criminel et sur le commerce, de même que leurs relations avec le paragraphe 92(14).

Écrivant pour la majorité[146], le juge Laskin établit qu'il appartient au procureur général du Canada de diriger les poursuites fondées sur des infractions prévues par *toute* loi fédérale se justifiant en vertu de sa compétence en droit criminel, que cette loi puisse se rattacher ou non à une autre compétence. S'abstenant de discuter de la validité de la *Loi sur les coalitions 1970*, il conduit son analyse en tenant pour acquis qu'elle relève *seulement* de la compétence fédérale sur le droit criminel[147].

Selon lui, le paragraphe 92(14) de la LC de 1867 ne saurait être interprété comme « englobant […] le pouvoir de poursuivre en matière d'application du droit criminel » ni comme restreignant la portée du paragraphe 91(27)[148]. Ce n'est donc pas en vertu de la compétence provinciale sur l'administration de la justice que les procureurs généraux provinciaux peuvent poursuivre des infractions criminelles, mais bien parce que le Parlement leur a donné ce pouvoir en exerçant sa compétence en vertu du paragraphe 91(27)[149]. Par conséquent, le juge Laskin est d'avis que, peu importe si la *Loi sur les coalitions 1970* relève seulement de la compétence fédérale en droit criminel ou peut se justifier par une autre compétence, le procureur général du Canada avait en l'espèce le droit d'intenter des poursuites en vertu de cette loi, conformément au pouvoir que lui

[145] Voir à ce sujet *supra* Partie I, note 83.

[146] Sur un banc de sept juges, la majorité est composée des juges Laskin, Ritchie, Estey et McIntyre, alors que les juges Dickson, Beetz et Lamer écrivent des motifs concurrents.

[147] *Transports nationaux*, *supra* note 5 à la p 217.

[148] *Ibid* à la p 223.

[149] *Ibid* à la p 237.

conféraient l'article 2 du *Code criminel* et le paragraphe 15(2) de la *Loi sur les coalitions 1970*[150].

La source de la compétence fédérale en matière de concurrence est davantage abordée dans les motifs concurrents du juge Dickson. En effet, contrairement au juge Laskin, le juge Dickson est d'avis que la compétence fondant la *Loi sur les coalitions 1970* est déterminante pour trancher la question en jeu. Il indique que si l'alinéa 32(1)(c) dépend *uniquement* de la compétence fédérale sur le droit criminel, seul le procureur général d'une province serait compétent pour intenter une poursuite fondée sur cette disposition. Le paragraphe 15(2), qui donne au procureur général fédéral la compétence pour poursuivre des infractions à la loi, serait par conséquent *ultra vires*[151]. À l'inverse, selon lui, si la loi relève d'un *autre* chef de compétence que la compétence en droit criminel, alors le paragraphe 15(2) serait *intra vires* et permettrait au procureur fédéral d'intenter la poursuite en cause.

Le juge Dickson poursuit dès lors en tentant de déterminer sur quelle compétence repose la *Loi sur les coalitions 1970*. Survolant l'ensemble des décisions rendues tant par la Cour suprême que par le CJCP, il reconnaît que la législation contre les coalitions a traditionnellement relevé du droit criminel[152]. Il en va de même selon lui de l'alinéa 32(1)(c) de la *Loi sur les coalitions 1970*. Il mentionne toutefois que ce n'est pas parce que cette disposition relève du droit criminel qu'elle ne saurait relever également de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce[153].

Examinant la jurisprudence portant sur celle-ci, il établit dans un premier temps que cette dernière doit recevoir une interprétation restrictive en raison des enjeux relatifs à l'équilibre constitutionnel au sein de la fédération[154]. Il précise que lorsqu'un tribunal doit décider de

[150] *Ibid* à la p 244. Selon Peter W Hogg, les propos du juge Laskin selon lesquels *seul* le Parlement serait compétent pour intenter des poursuites criminelles relèvent de l'*obiter* et sont difficiles à réconcilier avec la jurisprudence antérieure de la Cour. Hogg est d'avis qu'il serait plus approprié de considérer que ce pouvoir relève d'une compétence partagée avec les provinces sur la base du paragraphe 92(14): « *Despite an obiter dictum of C.J.'s to the effect that this federal power is exclusive, the better view in my opinion is that the federal power is concurrent with provincial prosecutorial authority derived from the administration of justice in the province* ». Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 18 aux pp 19-17 (note 5), 19-20–19-21.

[151] *Transports nationaux*, *supra* note 5 aux pp 248, 279–80.

[152] *Ibid* aux pp 251–55.

[153] *Ibid* à la p 255.

[154] *Ibid* aux pp 258–59.

la constitutionnalité d'une loi fédérale en matière économique, il doit déterminer si cette loi empiète sur le degré d'autonomie locale envisagé par la Constitution, et le cas échéant, dans quelle mesure[155].

Reconnaissant qu'en l'espèce l'alinéa 32(1)(c) de la *Loi sur les coalitions 1970* ne saurait relever du premier volet de la compétence prévue au paragraphe 91(2) portant sur le commerce interprovincial ou international, le juge Dickson passe à l'application du second volet. Il souligne que ce volet, invoqué dans *Parsons* et reconnu dans la jurisprudence subséquente du CJCP et de la Cour suprême, ne saurait être remis en doute[156].

Retraçant la jurisprudence ayant examiné l'interaction entre les paragraphes 91(2) et 92(13) de la LC de 1867, le juge Dickson tente de départager ce qui relève de la compétence des provinces en matière locale et de la compétence générale fédérale sur le commerce. Selon lui, lorsqu'une réglementation ne porte que sur un seul commerce, celle-ci ne peut être considérée comme une question d'intérêt général pour tout le Dominion, car une telle réglementation porte sur un « aspect fondamental de l'autonomie locale » envisagée dans la LC de 1867[157]. Il en va différemment toutefois lorsqu'il s'agit d'une législation d'application générale ayant pour objet « l'économie non pas en tant que série d'entreprises locales distinctes, mais en tant qu'entité nationale intégrée »[158]. Dans ce contexte, une telle législation pourrait relever de la compétence fédérale prévue au paragraphe 91(2) dans la mesure où elle s'inscrit dans un système de réglementation nationale.

Le juge Dickson identifie certains indices de l'exercice valide du second volet de la compétence fédérale en matière de commerce, soit (1) la surveillance de l'application de la loi est exercée par un organisme de réglementation, (2) la loi concerne le commerce en général plutôt qu'un seul aspect d'une entreprise en particulier, (3) la Constitution n'habilite pas les provinces à adopter une telle loi et (4) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités compromettrait l'application de la loi dans d'autres parties du pays[159].

---

[155] *Ibid* à la p 260.
[156] *Ibid* aux pp 261–62.
[157] *Ibid* à la p 267.
[158] *Ibid*.
[159] *Ibid* à la p 268.

La juge Dickson se demande par la suite si l'alinéa 32(1)(c) peut relever de ce second volet du paragraphe 91(2). Analysant d'abord cette disposition de façon isolée, il étend son analyse au contexte plus large dans laquelle celle-ci s'inscrit. Il juge alors que l'article 32 n'a pas pour fondement la moralité des actes visés — ce qui aurait justifié le recours à la compétence criminelle —, mais qu'il s'attaque plutôt à des actes jugés « économiquement nocifs »[160]. Élargissant à nouveau son champ d'analyse, le juge Dickson se penche sur les dispositions qui suivent l'article 32. Il note que celles-ci visent certains types de conduites commerciales touchant la concurrence et limitent la portée des infractions prévues de manière à n'inclure que ce qui est « économiquement nuisible »[161]. S'attardant enfin à la loi dans son ensemble, le juge Dickson observe que la détermination de ce qui constitue une coalition illégale est une décision administrative fondée sur des motifs relevant de la politique économique[162]. Il ajoute que la loi ne prévoit pas uniquement des sanctions pénales, mais également d'autres moyens auxquels peuvent avoir recours les autorités judiciaires et gouvernementales devant les tribunaux. Il s'agit, selon le juge Dickson, d'un autre indice selon lequel l'alinéa 32(1)(c) fait partie d'un système de réglementation[163].

Le juge Dickson souligne qu'il doit alors analyser si ce système relève du second volet du paragraphe 91(2). Il cite à cet égard les décisions *Miracle Mart*[164] et *Hoffman*[165], dans lesquelles les tribunaux ont indiqué que plusieurs facteurs militaient en faveur de la validité de ce système. Ceux-ci ont notamment démontré que la loi visait à éliminer des pratiques commerciales contraires à une saine concurrence dans tout le pays — et non seulement à un endroit spécifique ou dans une industrie particulière — et que l'économie nationale pouvait être affectée par la présence ou l'absence d'une saine concurrence[166].

Le juge Dickson se penche ensuite sur les enjeux relatifs à l'équilibre constitutionnel afin de déterminer si la reconnaissance de la validité de la loi est susceptible de porter atteinte

[160] *Ibid* aux pp 273–74.
[161] *Ibid* à la p 274.
[162] *Ibid* à la p 275.
[163] *Ibid* à la p 276.
[164] *R c Miracle Mart Inc*, [1981] CP 1018, 68 CCC (2d) 242 (QCCS).
[165] *Regina v Hoffmann-La Roche Ltd (Nos 1 and 2)*, [1981] 33 OR (2d) 694, 125 DLR (3d) 607 (ONCA) [*Hoffmann*].
[166] *Transports nationaux*, *supra* note 5 aux pp 276–77.

à l'autonomie locale dans le domaine de la réglementation économique[167]. Il rejette à cet égard les propos de la Cour fédérale dans l'affaire *Rocois*[168], où celle-ci était d'avis que la réglementation de la concurrence ne pouvait être fondée sur le paragraphe 91(2) en raison de son empiètement sur les pouvoirs des provinces. Selon le juge Dickson, pour que le second volet du paragraphe 91(2) puisse avoir un sens, un tel empiètement doit être possible, pourvu que ce dernier soit balisé par les restrictions appropriées et qu'il « complète » l'autonomie locale plutôt que de la « miner »[169].

Appliquant un facteur additionnel, il souligne qu'un système visant à réglementer la concurrence est un exemple du type de législation qui serait pratiquement et constitutionnellement impossible pour une province d'adopter[170]. Il évoque à cet effet l'article 121 de la LC de 1867 qui garantit la liberté de mouvement des échanges interprovinciaux et selon lequel le Canada constitue un seul marché du point de vue économique. En ce sens, il est d'avis que si la concurrence doit être réglementée, il appartient au Parlement fédéral de le faire[171].

En somme, le juge Dickson conclut que l'alinéa 32(1)(c) relève à la fois de la compétence fédérale en matière criminelle et en matière d'échanges et de commerce. Il juge par conséquent que les paragraphes 15(2) de la *Loi sur les coalitions 1970* et 2(37) du *Code criminel* sont valides et que le procureur général fédéral était compétent en l'espèce pour entreprendre des poursuites[172]. Dans des motifs concurrents, les juges Beetz et Lamer souscrivent aux motifs du juge Dickson en soulignant que l'alinéa 32(1)(c) a été validement adopté en vertu de la compétence fédérale en matière de commerce, et qu'ainsi la validité de cette disposition ne dépend pas du paragraphe 91(27)[173].

Les motifs concurrents du juge Dickson, appuyés par les juges Beetz et Lamer, ont confirmé les principes établis dans l'arrêt *Parsons* et contribué à insuffler vie au second

[167] *Ibid* à la p 277.
[168] *Rocois Construction Inc c Quebec Ready Mix Inc*, [1980] 1 CF 184, 105 DLR (3d) 15 (CF).
[169] *Transports nationaux*, *supra* note 5 à la p 278.
[170] *Ibid*.
[171] *Ibid*.
[172] *Ibid* à la p 281.
[173] *Ibid* aux pp 282–83. Cela suffit à leur avis pour conclure que le procureur général du Canada pouvait validement intenter des poursuites pour une violation du para 32(1).

volet de la compétence générale en matière de commerce qui n'avait trouvé jusque-là peu de succès devant le CJCP et la Cour suprême[174]. Ils marquent par ailleurs un premier pas vers la reconnaissance de la capacité du Parlement fédéral d'encadrer la concurrence autrement que par le biais de sa compétence en matière criminelle.

Cette décision doit également être lue conjointement avec l'arrêt *Wetmore*[175] rendu le même jour, dont nous avons discuté précédemment[176]. Rappelons que dans cette décision, le juge Laskin avait reconnu en *obiter* qu'en interdisant au commerçant de donner une fausse impression aux consommateurs relativement à un médicament, l'article 9 de la *Loi sur les aliments et drogues* pouvait être considéré comme relevant de la compétence fédérale en matière de commerce[177]. Le juge Dickson, alors dissident, avait conclu que cette disposition ne pouvait relever du paragraphe 91(2) de la LC de 1867 puisqu'elle visait la réglementation d'une industrie en particulier, soit l'industrie pharmaceutique, et non celle du commerce en général[178]. Une telle mesure faisait selon lui partie de la réglementation économique qui relevait de la compétence des provinces en vertu du paragraphe 92(13)[179].

Ces deux affaires rendues en 1983 illustrent ainsi la volonté du juge Dickson de permettre au Parlement fédéral de jouer un rôle plus important dans la réglementation de l'économie au plan national, tout en s'assurant que ce pouvoir ne puisse être exercé qu'en respectant des balises précises. En limitant l'application du second volet aux cas où les provinces sont incapables de mettre en place un régime similaire à celui proposé par le Parlement fédéral, le juge Dickson semblait vouloir préserver une certaine autonomie provinciale[180]. Il proposait ainsi une approche maintenant l'équilibre entre les pouvoirs des deux ordres de gouvernement en matière économique, tout en donnant une plus grande marge de

[174] Voir Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 35 à la p 30.
[175] *R c Wetmore*, [1983] 2 RCS 284, 2 DLR (4th) 577 [*Wetmore*].
[176] Voir *supra*, Partie I, section 1.1.3.2. (« L'affaire *Wetmore*: La protection de la santé morale et physique du consommateur »).
[177] *Wetmore*, *supra* note 175 à la p 288.
[178] *Ibid* à la p 294.
[179] *Ibid*.
[180] Voir Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution », *supra* note 12 à la p 266.

manœuvre au Parlement dans la réglementation de la concurrence à travers le Canada[181]. Cette approche, minoritaire à l'époque, sera adoptée unanimement par la Cour suprême quelques années plus tard, dans l'arrêt *General Motors.*

1.1.5.2. **General Motors***: la consécration de la compétence générale en matière de commerce comme fondement du pouvoir fédéral sur la concurrence*

Parmi les nouvelles mesures intégrées dans la *Loi sur les coalitions* en 1975, la création d'un droit d'action de nature civile demeure celle dont la constitutionnalité est la plus précaire[182]. En effet, tel que nous l'avons vu[183], il n'est pas à l'époque certain que la validité d'un tel droit d'action puisse reposer sur la compétence fédérale en matière criminelle[184]. Dans ce contexte, seul le second volet de la compétence en matière de commerce — évoqué, mais jamais formellement reconnu comme fondement de la législation en matière de concurrence — semblait pouvoir justifier l'intégration de ce droit dans la loi[185].

Cette question fut l'objet d'un examen approfondi dans l'arrêt *General Motors*[186]. Dans cette affaire, City National Leasing (« CNL ») avait entrepris une action de nature privée en dommages et intérêts contre General Motors (« GM »), se reposant sur le nouvel

[181] Voir Robert J Sharpe, « The Constitutional Legacy of Chief Justice Brian Dickson » (2000) 38:1 Osgoode Hall LJ 189 aux pp 198–99.

[182] Voir Henderson, « Recent Development in Competition Law », *supra* note 8 aux pp 129–30; Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution », *supra* note 12 à la p 261.

[183] Voir *supra*, Partie II, section 1.1.4. (« Les réformes importantes des années 1970-1980: les limites du droit criminel et l'expansion des compétences fédérales relatives au commerce »).

[184] Voir *supra* notes 137 et 138, et texte correspondant. Certains suggéraient plutôt que la création d'un droit civil dans la *Loi sur la concurrence* pouvait être justifiée comme étant une mesure incidente à l'exercice de la compétence fédérale sur le droit criminel. Voir Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 à la p 209; McDonald, « Criminality », *supra* note 13 à la p 228.

[185] Voir Henderson, « Recent Development in Competition Law », *supra* note 8 à la p 130; Conseil économique, *Rapport provisoire*, *supra* note 16 à la p 122.

[186] *General Motors*, *supra* note 107. Entre *Transports nationaux* et *General Motors*, la Cour suprême rend une autre très brève décision dans laquelle elle rejette un pourvoi pour les motifs de la Cour d'appel fédérale, dans lesquels cette dernière avait conclu que le paragraphe 36.3(1) de la *Loi sur les coalitions 1970*, portant sur les systèmes de vente pyramidale, relevait de la compétence du Parlement en matière criminelle. La Cour d'appel fédérale avait alors jugé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les arguments portant sur la compétence fédérale en matière de commerce. Voir *Shaklee Canada Inc c Canada (Procureur général)*, [1988] 1 RCS 662; *Canada c Shaklee Canada Inc*, [1985] 1 CF 593, 38 Alta LR (2d) 289 (CAF). La Cour d'appel d'Ontario a également rendu deux décisions confirmant la validité des articles 34 et 38 de la *Loi sur les coalitions 1970* sur la base de la compétence fédérale sur le droit criminel*: Hoffmann*, *supra* note 165 (art 34(1)(c)) et *Goldman et al v Hoffmann-La Roche Ltd*, [1987] 60 OR (2d) 161, 42 DLR (4th) 436 (ONCA) (art 34 et 38). Dans cette dernière décision, la Cour d'appel est d'avis que la Partie V peut s'appuyer exclusivement sur le paragraphe 91(27), tout en reconnaissant que d'autres parties de la loi pourraient devoir être justifiées par la compétence fédérale en matière de commerce.

article 31.1 de la *Loi sur les coalitions 1970*[187]. GM était poursuivi au motif qu'elle aurait offert des taux d'intérêt préférentiels aux concurrents de CNL, ce qui constituait, selon cette dernière, une pratique de discrimination fondée sur les prix interdite par l'alinéa 34(1)(a) de la loi[188]. Devant la Cour, GM et les procureurs généraux de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta soutenaient que l'article 31.1 était *ultra vires*, car la création d'un droit d'action de nature civile relevait de la compétence des provinces en vertu du paragraphe 92(13) de la LC de 1867[189]. Le procureur général du Canada et CNL prétendaient quant à eux que la *Loi sur les coalitions* et l'article 31.1 étaient valides en vertu du second volet de la compétence fédérale sur le commerce prévue au paragraphe 91(2) de la LC de 1867[190].

Le juge en chef Dickson, écrivant cette fois les motifs unanimes de la Cour, conclut que la *Loi sur les coalitions 1970* relève de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce et que, bien que l'article 31.1 soit à première vue *ultra vires*, sa validité doit être préservée en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires. Nous reviendrons sur cette doctrine dans la section suivante lorsque nous discuterons des recours de nature civile intégrés dans des lois fédérales[191]. Nous nous limiterons ici à l'aspect de la décision qui porte sur le fondement de la loi dans son ensemble.

Le juge Dickson débute son analyse en rappelant que le CJCP a confirmé à plusieurs reprises la validité des précédentes moutures de *Loi sur les coalitions* en vertu de la compétence fédérale en droit criminel, tout en laissant ouverte la possibilité que cette loi relève également de la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce[192]. Le juge

[187] Bien que la décision ait été rendue en 1989, soit après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la *Loi sur la concurrence*, les infractions reprochées à GM avaient été commises entre 1970 et 1980 et reposaient donc sur l'ancien article 31.1. de la *Loi sur les coalitions 1970*.

[188] L'article 34 reprend les interdictions relatives à la discrimination par les prix qui étaient auparavant prévues par l'article 33A de la *Loi sur les coalitions 1960* et par l'article 498A du *Code criminel 1935*.

[189] Adoptant une position différente des autres provinces, le Québec reconnaissait que la compétence en matière d'échanges et de commerce conférait au gouvernement fédéral le pouvoir de réglementer la concurrence et de créer des droits d'action de nature civile comme le fait l'article 31.1. Il prétendait cependant que seuls les aspects internationaux ou interprovinciaux de la concurrence devraient relever de la compétence fédérale, alors que les aspects intraprovinciaux ou locaux de la concurrence devraient relever de la compétence provinciale. Voir *General Motors*, *supra* note 107 à la p 654.

[190] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 654.

[191] Voir *infra*, Partie II, section 1.4.2. (« Le pouvoir accessoire d'inclure un droit d'action de nature civile dans une loi fédérale reconnu dans *General Motors* et *Rocois #1* et *#2* »).

[192] *General Motors*, *supra* note 107 aux pp 654–55.

en chef poursuit en examinant la portée de cette compétence et les principes généraux qui se sont développés à travers l'évolution de la jurisprudence du CJCP et de la Cour suprême.

Il rappelle qu'initialement, dans l'affaire *Parson*s, le CJCP avait soulevé des inquiétudes sur le fait qu'une interprétation littérale des termes « commerce et échange » pourrait donner au gouvernement fédéral de très larges pouvoirs[193]. Le juge Dickson souligne que depuis cette décision, le second volet de la compétence fédérale en matière de commerce n'a été que peu exploré et qu'à seulement deux reprises la validité d'une loi avait été reconnue en vertu de cette compétence: en 1937, dans l'*Affaire sur les marques de commerce*, dont nous avons discuté plus tôt[194], et dans la décision *John Deere*[195] dans laquelle le CJCP a décidé que la réglementation des sociétés à charte fédérale relevait à la fois du second volet du paragraphe 91(2) et de la compétence sur la « paix, l'ordre et le bon gouvernement »[196]. Hormis ces deux arrêts, le juge en chef souligne que les tribunaux ont systématiquement refusé de confirmer la validité d'une loi sur la base du second volet de la compétence fédérale en matière de commerce[197]. Il rappelle également les décisions contradictoires du CJCP dans *Re Board of Commerce* et *P.A.T.A*[198].

Le juge Dickson souligne cependant que cette compétence a connu un certain regain à la suite de l'abolition des appels au CJCP et rappelle que les tribunaux semblent avoir été sensibles à la nécessité de concilier cette compétence avec celle des provinces en matière de propriétés et de droits civils[199]. Cela dit, selon lui, aucune des positions adoptées par le CJCP n'a établi correctement l'équilibre entre ces deux champs de compétence. L'affaire *John Deere* conférait une portée trop large au paragraphe 91(2) en faisant relever de cette compétence toute question économique générale. Pour sa part, l'arrêt *Re Board of Commerce* vidait cette compétence de son contenu en omettant de reconnaître que les pouvoirs des provinces de manière générale sont « le résultat d'une soustraction des

[193] *Ibid* à la p 656.

[194] Voir *supra*, section 1.1.3.2. (« L'*Affaire sur les marques de commerce* et le *Renvoi sur l'article 498A du Code criminel*: l'autorisation de l'empiètement fédéral sur la compétence des provinces en matière de droits civils »).

[195] *John Deere Plow Co Ltd v Wharton*, [1915] AC 330, 18 DLR 353 (CJCP) [*John Deere*].

[196] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 657.

[197] *Ibid*.

[198] *Ibid* à la p 658.

[199] *Ibid*.

pouvoirs fédéraux »[200]. Selon le juge Dickson, la réelle portée de la compétence se retrouve entre ces deux extrêmes.

Le juge en chef poursuit en revenant sur la décision *Vapor*[201] dans laquelle le juge Laskin avait proposé trois critères pour établir la validité d'une loi en vertu du second volet de la compétence en matière de commerce, soit (1) la mesure doit s'inscrire dans un système général de réglementation, (2) le système doit faire l'objet d'une surveillance par un organisme de réglementation et (3) la mesure doit porter sur le commerce dans son ensemble et non dans un secteur particulier[202]. Le juge Dickson rappelle qu'il avait ajouté, dans ses motifs concurrents dans *Transports nationaux*, deux autres facteurs, soit que (4) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter, et (5) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays[203]. Le juge en chef confirme ce faisant les cinq critères ou « indices », non exhaustifs, permettant de conclure qu'une mesure législative relève du second volet de la compétence fédérale en matière de commerce[204].

Le juge Dickson poursuit en élaborant une méthode d'analyse en deux étapes pour juger de la constitutionnalité de l'article 31.1. La première consiste à se demander si — et dans quelle mesure — il est possible de dire que la disposition contestée « empiète » sur les pouvoirs de la province[205]. Si la disposition relève, par son caractère véritable, de la compétence du Parlement fédéral, l'analyse se termine à cette étape[206]. Toutefois, si la disposition empiète sur la compétence des provinces, le tribunal doit procéder à la seconde étape et déterminer si la loi dans laquelle la disposition s'inscrit est valide. Nous

[200] *Ibid* à la p 660.

[201] *MacDonald et al c Vapor Canada Ltd*, [1977] 2 RCS 134, 66 DLR (3d) 1 [*Vapor*]. Nous reviendrons plus en détail sur cette affaire dans la section 1.4.1. (« Le point départ de l'arrêt *Vapor*: l'invalidité du recours civil indépendant d'un contrôle administratif par un organisme fédéral »).

[202] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 661.

[203] *Ibid* à la p 662.

[204] *Ibid* aux pp 662–63.

[205] *Ibid* aux pp 666–67.

[206] *Ibid* à la p 667.

reviendrons dans la section suivante sur cette analyse qui s'inscrit dans le cadre de la doctrine des pouvoirs accessoires[207].

Ayant résumé la méthode d'analyse requise, le juge Dickson passe à l'examen de l'article 31.1 de la Loi. Il établit dans un premier temps que la création d'un droit de nature civile relève généralement de la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils et que, par conséquent, l'article 31.1. constitue *a priori* un empiètement sur la compétence des provinces. Il conclut toutefois que l'article 31.1 n'empiète que de « façon restreinte » sur cette compétence[208].

Le juge en chef passe à la seconde étape qui consiste à vérifier si la loi elle-même est valide en vertu du paragraphe 91(2). Après avoir résumé le contenu de la loi, il en conclut que celle-ci représente manifestement un système de réglementation économique complexe. Il souligne que la loi est conçue en fonction d'un seul objectif, soit celui d'éliminer les activités qui réduisent la concurrence sur le marché. Trois éléments principaux lui permettent de conclure que la loi constitue un système de réglementation intégré qui vise à décourager des formes de pratiques commerciales jugées préjudiciables, soit l'identification des pratiques interdites, la création d'une procédure d'enquête et l'établissement de recours de nature administrative et criminelle[209]. Le juge en chef examine ensuite les quatre autres critères permettant de conclure à l'application du second volet du paragraphe 91(2).

Il établit dans un premier temps qu'il existe en l'espèce un organisme de surveillance du système de réglementation prévue par la loi, soit le directeur des enquêtes et recherches, et la Commission sur les pratiques restrictives du commerce[210].

Le juge Dickson poursuit en établissant que la *Loi sur les coalitions 1970* porte sur la réglementation du commerce en général, et non sur un seul secteur en particulier[211]. À cet effet, il souligne que la loi, qui vise à éliminer les pratiques commerciales à travers le pays,

---

[207] Voir *infra*, Partie II, section 1.4.2.1. ((« *General Motors*: la première reconnaissance de la validité d'un droit d'action de nature civile »).
[208] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 673.
[209] *Ibid* aux pp 674–76.
[210] *Ibid* à la p 677.
[211] *Ibid* à la p 678.

se distingue des dispositions examinées dans l'affaire *Labatt* qui ne s'appliquaient qu'à une seule industrie[212]. Selon le juge Dickson, la loi a pour objet d'assurer l'existence d'une saine concurrence dans l'économie canadienne et les effets néfastes des pratiques anticoncurrentielles dépassent les frontières provinciales. En ce sens, il ne s'agit pas d'une question d'intérêt local, mais d'importance nationale pour l'économie canadienne[213].

Enfin, traitant des deux derniers critères ensemble, le juge Dickson est d'avis que la concurrence ne peut être réglementée efficacement que si cette réglementation se fait à l'échelle nationale et que les provinces ne seraient pas en mesure d'adopter un tel système. Il cite notamment un rapport préparé pour le compte du gouvernement[214], qui indique qu'une politique en matière de concurrence peut être utilisée de la façon la plus efficace à l'appui du marché commun si elle relève de la compétence fédérale[215]. Le juge Dickson conclut que tous les cinq critères sont satisfaits pour conclure à la validité de la loi en vertu du second volet du paragraphe 91(2).

Il rejette du même coup l'argument du procureur général du Québec selon lequel l'article 31.1 devrait recevoir une interprétation atténuée et ne s'appliquer qu'au commerce interprovincial, c'est-à-dire à ce qui relève du premier volet du paragraphe 91(2)[216]. Selon le juge Dickson, la réglementation de la concurrence est d'intérêt national et une telle réglementation ne peut être efficace si elle est restreinte au commerce interprovincial[217]. Autrement dit, dans la mesure où l'efficacité de la législation fédérale en matière de concurrence est tributaire de son application au commerce intraprovincial, l'empiètement sur la compétence des provinces doit être toléré. Ce faisant, selon le juge Dickson, le fait que la loi dans son ensemble puisse s'appliquer à des activités purement intraprovinciales ne compromet pas sa validité[218].

---

[212] *Brasseries Labatt du Canada Ltée c Procureur général du Canada*, [1980] 1 RCS 914, 110 DLR (3d) 594 [*Labatt*]. Voir *supra*, Partie I, section 1.1.3.1. (« L'affaire *Labatt*: la protection de la santé du consommateur comme objectif nécessaire à l'intervention du législateur fédéral »).

[213] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 678.

[214] Voir A E Safarian, *Canadian Federalism and Economic Integration*, Ottawa, Bureau du Conseil privé, 1974.

[215] *General Motors*, *supra* note 107 aux pp 679–80.

[216] *Ibid* à la p 681. Voir l'explication de la position du Québec *supra* note 189.

[217] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 681.

[218] *Ibid* à la p 692.

Le juge en chef affirme en outre que, à l'instar de l'environnement et l'inflation, la concurrence ne représente pas qu'un seul et unique sujet. Il reconnaît ce faisant que les provinces disposent elles aussi du pouvoir d'encadrer la concurrence dans l'exercice de leurs propres compétences, notamment dans le domaine de la protection du consommateur. Selon le juge Dickson, les compétences des provinces à cet égard n'écartent pas pour autant celle du Parlement fédéral de réglementer les aspects intraprovinciaux (et il va sans dire, extraprovinciaux) de la concurrence en vertu de sa compétence en matière de commerce[219].

La décision *General Motors* marque un point tournant relativement à la compétence fédérale en matière de concurrence, et de façon plus générale, en matière économique.

D'abord, cette décision renverse implicitement la décision du CJCP dans *Re Board of Commerce*, où ce dernier avait jugé que le paragraphe 91(2) ne pouvait être invoqué que de façon accessoire à une autre compétence fédérale. Elle consacre formellement la « compétence générale en matière d'échanges et de commerce »[220], soit le second volet de la compétence du Parlement en matière de commerce reconnu dans l'arrêt *Parsons*[221]. Non seulement ce volet avait-il été écarté comme fondement de la législation en matière de concurrence dans *Re Board of Commerce*, mais il avait également été rejeté au soutien de mesures réglementant l'industrie des assurances[222], les relations de travail[223] ainsi que le

[219] *Ibid*.

[220] Notons que l'expression utilisée dans cette décision pour décrire ce volet du paragraphe 91(2) est « compétence générale en matière d'échanges et de commerce », qui est la traduction de l'expression « *general regulation of trade* » utilisée par le juge Dickson dans cette affaire (tout comme par le CJCP dans l'arrêt *Parsons*, *supra* note 34). Comme le remarquent les auteurs Gaudreault-DesBiens et Leclair, la Cour suprême utilisera par la suite, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 [*Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*], l'expression « pouvoir général relatif au trafic et au commerce » (« *general trade and commerce power* »). Or, les auteurs notent que ce changement de vocabulaire est susceptible de créer une confusion entre la *compétence* relative au commerce et le *pouvoir général* relatif au commerce, ce dernier ne constituant qu'un seul des deux volets de la compétence prévue au paragraphe 91(2). Voir Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 35 à la p 21, note 42. La Cour continue d'entretenir cette confusion. En effet, elle est revenue en 2018 à l'expression « compétence générale » employée par le juge Dickson (voir *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48 [*Renvoi sur les valeurs mobilières 2018*]. Malgré tout, elle continue d'avoir parfois recours aux deux expressions, parfois même dans un même jugement, alors qu'elle traduit pourtant la même expression en anglais, soit « *general branch of [the federal trade and commerce power under] s 91(2)* » (voir *Transport Desgagnés inc c Wärtsilä Canada Inc*, 2019 CSC 58 aux para 41 (« compétence générale ») et 57 (« pouvoir général ») [*Wärtsilä*]).

[221] Finkelstein, « General Motors », *supra* note 48 à la p 804.

[222] *AG Can v AG Alta (Insurance Reference)*, [1916] 1 AC 588, 26 DLR 288 (CJCP).

[223] *Toronto Electric Commissionner v Snider*, [1925] AC 396, 2 DLR 5 (CJCP).

marketing[224]. Ainsi, jusque-là, ce second volet avait subsisté davantage « comme possibilité théorique que comme fondement pratique pour la compétence de réglementation fédérale »[225].

La décision *General Motors* élargit du même coup la portée de la compétence fédérale en matière de commerce et en matière économique de façon générale. Celle-ci n'est plus assujettie seulement à un critère de nature *territoriale* (le commerce visé est-il de nature interprovinciale ou internationale), mais également à un critère *fonctionnel* (le commerce visé a-t-il une portée nationale)[226]. Le second laisse une marge de manœuvre importante au Parlement et aux tribunaux pour déterminer quelles questions de nature économique sont suffisamment importantes pour relever de l'intérêt national et donc de l'autorité fédérale.

Cette décision permet aussi au législateur fédéral d'adopter des mesures qui produiront des effets sur le commerce intraprovincial et, par le fait même, sur la compétence des provinces. En effet, le juge Dickson reconnaît que l'exercice de la compétence fédérale générale sur le commerce autorise le Parlement à légiférer sur des questions économiques et à mettre en place un régime qui se répercutera sur le commerce local et sur la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils[227].

Comme le notera la Cour suprême l'année suivant la décision *General Motors*, la qualification donnée aux premières législations en matière de concurrence a dépendu « en bonne partie de l'interprétation restrictive donnée par le Conseil privé à la compétence en matière d'échanges et de commerce »[228]. La Cour a ainsi reconnu que, si pendant

[224] *The King v Eastern Terminal Elevator*, [1925] RCS 434, 3 DLR 1; *Reference re: Natural Products Marketing Act*, [1937] AC 377, 1 DLR 691 (CJCP). Voir aussi Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 18 à la p 20-13.

[225] H S Fairley, « Les dimensions constitutionnelles de la politique en matière de commerce extérieur », dans M Krasmick, dir, *Le partage des pouvoirs: études de cas*, *Volume 62 des études menées dans le cadre de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, 1 aux pp 12–13, cité dans Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences », *supra* note 36 à la p 31.

[226] Voir à ce sujet Katherine Swinton, « Federalism under Fire: The Role of the Supreme Court of Canada » (1992) 55:1 Law & Contemp Probs 121 à la p 133 [Swinton, « Federalism under Fire »]; Jean Leclair, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity » (2003) 28 Queen's LJ 411 à la p 427 [Leclair, « Efficiency »];

[227] Voir Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution », *supra* note 12 à la p 277.

[228] *Thomson*, *supra* note 4 à la p 508 (motifs du juge La Forest).

longtemps la concurrence a été encadrée au Canada par la voie du droit criminel, c'est en grande partie en raison du refus du CJCP de reconnaître et de mettre en application le second volet de la compétence fédérale sur le commerce. Ainsi, en acceptant que la législation fédérale en matière de concurrence puisse reposer sur le paragraphe 91(2), le juge Dickson permet au Parlement de sortir du « carcan » du droit criminel et d'encadrer la concurrence par le biais d'un régime réglementaire dont la mise en application est assurée par un tribunal spécialisé.

La reconnaissance d'une telle compétence allait ainsi permettre au Parlement fédéral de mettre en place des politiques visant à favoriser la libre concurrence — et à renforcer du même coup la protection des intérêts économiques des consommateurs —, malgré un certain empiètement de ces mesures sur la compétence des provinces en matière de commerce intraprovincial. Certains soulignent qu'en ce sens la décision *General Motors* pave la voie pour « *a more effective public and private enforcement of the legislation* »[229]. Du même coup, le juge Dickson donne raison aux auteurs qui militaient en faveur d'une expansion de la compétence fédérale en matière de concurrence[230]. Il permet par le fait même au Parlement fédéral de s'immiscer dans le commerce intraprovincial et d'ainsi uniformiser — du moins en partie — les règles relatives au commerce à travers le Canada[231].

En ce sens, les critères élaborés par le juge Dickson favorisent une certaine centralisation des pouvoirs en matière économique vers le législateur fédéral. En effet, tout comme lorsque le Parlement fédéral exerce sa compétence en vertu de la théorie des dimensions nationales (découlant de sa compétence de légiférer pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement »), la question de la capacité — ou de l'incapacité — des provinces à atteindre l'objectif fixé par le législateur de manière « efficace » est au cœur de l'analyse qui se dégage des motifs du juge Dickson. Tel que le souligne Jean Leclair, ce critère d'efficacité favorise ultimement l'action du législateur fédéral:

[229] Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution », *supra* note 12 à la p 253.

[230] Voir notamment Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences », *supra* note 36 à la p 42, citant notamment McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 aux pp 188–92; Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19 aux pp 199–200.

[231] Voir Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences », *supra* note 36 à la p 48.

> *Third, even though the test is expressed in terms of efficiency, it is implicitly supported by a preference for the national community. As Simeon puts it: « Terms like « efficiency » and « effectiveness » or even « coordination » always contain the implicit « for whom », « in whose eyes. » In City National Leasing, for example, the Court clearly favoured the national polity*[232].

En plus de ces effets centralisateurs, l'ajout de la notion d'« efficacité » dans l'analyse de la validité de la loi pose des questions quant à la façon de démontrer le caractère efficace ou non d'une mesure donnée. Dans *General Motors*, le juge Dickson se base uniquement sur un article de Hogg et Grover[233], ainsi que sur une étude préparée pour le compte du gouvernement fédéral pour établir que la réduction des pratiques anticoncurrentielles requiert un régime uniforme établi par le législateur fédéral[234]. Pourtant, lorsque la question se trouvera devant la Cour d'appel du Québec en 1991 dans l'arrêt *Couture*, plusieurs économistes témoigneront que les provinces sont en mesure d'encadrer efficacement la concurrence à travers le Canada[235]. La Cour d'appel mettra toutefois de côté ces arguments au motif que la concurrence ne dépend pas uniquement de ces aspects économiques, mais comprend également des « valeurs politiques », dont fait partie la protection des consommateurs et dont le juge Dickson a correctement tenu compte dans son analyse[236]. Or considérant l'impact de la reconnaissance d'une compétence fédérale générale en matière de commerce sur l'équilibre fédéral, il est étonnant qu'une telle reconnaissance ne soit fondée sur aucune preuve empirique démontrant l'incapacité des provinces et l'efficacité supérieure du Parlement fédéral à légiférer en matière de concurrence[237].

---

[232] Leclair, « Efficiency », *supra* note 226 à la p 435 (citations omises).

[233] Voir Hogg et Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill », *supra* note 19.

[234] Voir Leclair, « Efficiency », *supra* note 226 aux pp 429–30.

[235] Trois experts avaient témoigné en première instance pour établir que le Canada ne constituait pas, du point de vue économique, un seul grand marché et que la concurrence pourrait être réglementée efficacement par les provinces. Voir *Couture*, *supra* note 8 à la p 607. Voir aussi Rhuterford et Tyhurst, « Competition Law and the Constitution », *supra* note 12 à la p 278.

[236] Voir *Couture*, *supra* note 8 à la p 607. La Cour d'appel souligne à cet effet: « [A]u Canada, la politique que[sic] antitrust n'est pas fondée sur des considérations uniquement économiques en vue de promouvoir l'efficacité économique et l'utilisation optimale des ressources. Son but a été et demeure toujours le contrôle de certaines formes de comportement ugées[sic] abusives pour les consommateurs ou les producteurs et la protection contre une trop grande concentration du pouvoir économique ».

[237] Voir Swinton, « Federalism under Fire », *supra* note 226 à la p 134. Voir aussi les auteurs Karazivan et Gaudreault-DesBiens qui soutiennent que le fardeau de preuve exigé dans *General Motors* pour satisfaire le critère de l'incapacité des provinces « *is so low that it is almost nonexistent* ». Noura Karazivan et Jean-

Notons enfin que les critères élaborés par le juge Dickson dans *Transports nationaux* puis dans *General Motors* sont encore à ce jour utilisés pour déterminer si une loi relève de la compétence générale sur le commerce[238]. Il en va de même du test établi pour appliquer la doctrine des pouvoirs accessoires[239], bien que celle-ci n'était pas définie comme telle à l'époque dans les motifs du juge Dickson. Nous reviendrons dans la section 1.4. sur le recours à cette doctrine pour justifier l'inclusion de recours de nature civile dans la législation fédérale.

L'année suivant la décision *General Motors*, la Cour suprême affirmera qu'« il n'y a pas de doute maintenant que la Loi constitue un exercice valide de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce »[240]. Ainsi, bien que certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* puissent encore s'appuyer sur la compétence fédérale en droit criminel, la loi dans son ensemble est dorénavant considérée comme ancrée principalement sur le paragraphe 91(2) de la LC de 1867[241].

François Gaudreault-DesBiens, « On Polyphony and Paradoxes in the Regulation of Securities within the Canadian Federation » (2010) 49:1 Can Bus LJ 1 à la p 24, ainsi que les pp 16–17, 22, 28. Voir aussi Jean-François Gaudreault-DesBiens et Noura Karazivan, « Dissipating Normative Fog: Revisiting the POGG's National Concern Test » (2021) 55:1 RJT 103 à la p 130. Notons que la Cour tentera de nuancer ses propos dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 220 au para 90, où elle affirmera que « [l]'efficacité de la loi ne constitue pas une considération pertinente dans l'analyse portant sur le partage des compétences », tout en précisant « qu'il faut reconnaitre dans les observations judiciaires qui ont prôné l'équité et l'efficacité du commerce un lien avec les pouvoirs constitutionnels qui, parce qu'ils sont essentiels dans l'intérêt national, transcendent les intérêts provinciaux et revêtent une importance et une portée véritablement nationales ».

[238] Voir *Kirkbi AG c Gestions Ritvik Inc*, 2005 CSC 65 au para 16 [*Kirkbi*]; *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 220 au para 76; *Renvoi sur les valeurs mobilières 2018*, *supra* note 220 au para 101.

[239] Voir à ce sujet le *Renvoi sur la procréation assistée*, *supra* note 33 aux para 124–40 (motifs de la juge en chef McLachlin).

[240] *Thomson*, *supra* note 4 à la p 564 (motifs de la juge l'Heureux Dubé).

[241] La Cour suprême a d'ailleurs reconnu dans l'affaire *Mangat* qu'une même loi pouvait reposer sur plus d'un chef de compétence. Voir *Law Society of British Columbia c Mangat*, 2001 CSC 67 au para 36 [*Mangat*]. Voir aussi Jamal, « Constitutional Issues », *supra* note 36 à la p 68.

Même si, depuis *General Motors*, la *Loi sur la concurrence* n'a pas été à nouveau contestée devant la Cour suprême[242], elle a malgré tout continué d'évoluer[243]. À cet égard, l'élargissement de la compétence fédérale en matière de commerce a permis au législateur fédéral de délaisser en partie le recours au droit criminel.

Ainsi, la *Loi sur la concurrence* est notamment modifiée en 1999 de façon à décriminaliser les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses afin de les assujettir à des sanctions civiles pouvant être imposées par la Cour fédérale ou une cour supérieure provinciale[244].

En 2009, des modifications significatives sont apportées à la loi et marquent un virage qualifié par certains de « répressif »[245]. La loi vise en effet à raffermir les dispositions criminelles relatives aux cartels, à la collusion et au truquage d'offres[246]. Les modifications apportées augmentent par ailleurs les sanctions applicables aux pratiques commerciales

---

[242] La validité de la loi a néanmoins été attaquée sur d'autres bases, notamment en vertu de la Charte canadienne. Voir notamment *Hunter et autres c Southam Inc*, [1984] 2 RCS 145, 11 DLR (4th) 641; *Thomson*, *supra* note 4; *R c Wholesale Travel Group Inc*, [1991] 3 RCS 154, 84 DLR (4th) 161; *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra* note 9; Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 18 à la p 18-25–18-26. Voir à ce sujet Jamal, « Constitutional Issues », *supra* note 36, qui répertorie les différentes contestations de la législation en matière de concurrence jusqu'en 2004. La nouvelle mouture de la loi adoptée en 1986 a par ailleurs été examinée dans l'affaire *Couture* par la Cour d'appel du Québec. Cette dernière a suivi l'arrêt *General Motors* et conclu que la nouvelle *Loi sur la concurrence* reposait sur le second volet de la compétence fédérale en matière de commerce. Elle a jugé par ailleurs que les dispositions de la Partie VIII de la Loi, qui permettent au Tribunal de la concurrence de rendre des ordonnances visant à faire cesser certaines pratiques restrictives du commerce, étaient valides en application de la doctrine des pouvoirs accessoires. Voir *Couture*, *supra* note 8.

[243] Sur l'historique des modifications à la LC depuis 1999, voir Gouvernement du Canada, « Le droit de la concurrence à l'heure de la mondialisation et de l'innovation — Perspective canadienne », en ligne: https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03631.html#evolution (consultée le 10 novembre 2022) [Gouvernement du Canada, « Le droit de la concurrence »].

[244] *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et d'autres lois en conséquence*, LC 1999 c 2, art 11.

[245] *Loi d'exécution du budget de 2009*, LC 2009, c 2, arts 407 et ss [*Loi sur le budget 2009*]. Sur cette réforme, voir le commentaire de l'ancienne commissaire du Bureau de la concurrence dans Melanie L Aitken, « The 2009 Amendments to the Competition Act: Reflecting on their Implementation and Enforcement and Looking Toward the Future » (2012) 25:2 Can Competition LR 659. Voir aussi Benjamin Lehaire, « La juridicité des programmes de conformité en droit de la concurrence canadien: analyse croisée de la responsabilité pénale de l'entreprise et du droit de la concurrence » (2016) 50:3 RJT 693 à la p 708; Karounga Diawara, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles: aperçu du domaine du nouveau régime hybride à double volet » (2010) 1:3 Bull de D econ 23 [*Diawara*, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles »].

[246] *Loi sur le budget* 2009, *supra* note 245, art 410, modifiant l'article 45 de la LC. Voir aussi Gouvernement du Canada, « Le droit de la concurrence », *supra* note 243. Pour une analyse de la nature et des effets de la modification de l'article 45, voir Diawara, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles », *supra* note 245.

trompeuses[247] et permettent aux consommateurs de réclamer, devant la Cour fédérale ou une cour supérieure provinciale, le remboursement de la somme perçue par un commerçant ayant vendu un produit en donnant des indications fausses ou trompeuses sur ce dernier[248]. Une autre modification d'importance apportée à la loi est la « dépénalisation » des dispositions relatives à la détermination des prix, qui inclut les règles relatives à la discrimination par les prix, l'établissement de prix d'éviction, la discrimination géographique par les prix et les remises promotionnelles[249]. Ainsi, dorénavant, ces conduites ne sont plus soumises à des sanctions criminelles, mais sont plutôt assujetties au régime civil prévu dans la Partie VIII[250].

Enfin, d'autres modifications importantes à la *Loi sur la concurrence* sont entrées en vigueur le 23 juin 2022[251]. Parmi celles-ci figure une nouvelle augmentation des sanctions administratives applicables aux pratiques commerciales trompeuses[252]. Se trouve également l'ajout d'une nouvelle disposition reconnaissant l'indication de prix partiel, c'est-à-dire le fait d'afficher un prix qui s'avère par la suite « inatteignable » en raison de

[247] *Loi sur le budget* 2009, *supra* note 245, art 424, modifiant l'alinéa 74.1(1)(c) de la LC. Les sanctions administratives pécuniaires maximales pour des pratiques commerciales trompeuses passent, pour une première ordonnance de 50 000 $ à 750 000 $ pour une personne physique et de 100 000 $ à 10 000 000 $ pour une personne morale, et pour une ordonnance subséquente, de 100 000 $ à 1 000 000 $ pour une personne physique et de 200 000 $ à 15 000 000 $ pour une personne morale (en comparaison avec les sanctions prévues à l'alinéa 74.1(1)(c)(i) et (ii) de la *Loi sur la concurrence* de 1999).

[248] *Loi sur le budget* 2009, *supra* note 245, art 424, modifiant l'alinéa 74.1(1)(d) de la LC.

[249] Voir Mistrale Goudreau et Jennifer Quaid, « De quelques développements récents en droit de la concurrence » (2009) 22:2 CPI 319 à la p 328.

[250] *Ibid*. La Partie VIII porte sur les « Affaires que le Tribunal [de la concurrence] peut examiner » et permet à ce dernier de rendre des ordonnances mandatoires ou prohibitives à l'égard d'entreprises qui adoptent des « pratiques restrictives du commerce ».

[251] *Loi nº 1 d'exécution du budget de 2022*, LC 2022, c 10, arts 256 et ss [*Loi sur le budget 2022*]. Sur l'ensemble des modifications apportées par la loi, voir Bureau de la concurrence du Canada, *Guide des modifications apportées en 2022 à la Loi sur la concurrence*, 24 juin 2022, en ligne: https://ised-isde.canada.ca/site/bureau-concurrence-canada/fr/comment-nous-favorisons-concurrence/education-sensibilisation/publications/guide-modifications-apportees-2022-loi-concurrence (consultée le 10 novembre 2022).

[252] L'alinéa 74.1(1)(c)(i) prévoit dorénavant qu'une personne physique doit payer le plus élevé de deux montants, soit 750 000 $ pour la première ordonnance et 1 000 000 $ pour toute ordonnance subséquente, ou « trois fois la valeur du bénéfice tiré du comportement trompeur, si ce montant peut être déterminé raisonnablement ». L'alinéa 74.1(1)(c)(ii) prévoit que les personnes morales doivent quant à elles payer le plus élevé de deux montants, soit 10 000 000 $ pour la première ordonnance et 15 000 000 $ pour toute ordonnance subséquente, ou « trois fois la valeur du bénéfice tiré du comportement trompeur ou, si ce montant ne peut pas être déterminé raisonnablement, trois pour cent des recettes globales brutes annuelles de la personne morale ». Voir *Loi sur le budget 2022*, *supra* note 251, art 260.

frais supplémentaires que doit payer le consommateur, comme étant une indication fausse ou trompeuse[253].

En somme, la *Loi sur la concurrence* constitue aujourd'hui un régime législatif « hybride ». Il s'agit en effet d'un régime qui repose en partie sur le paragraphe 91(27) de la LC de 1867, qui permet au Parlement d'y inclure des infractions susceptibles de sanctions de nature criminelle, et sur le paragraphe 91(2) de la LC de 1867, en vertu duquel le législateur fédéral peut confier à un organisme administratif la surveillance du régime et créer un droit d'action de nature civile.

1.1.6. Conclusion: l'évolution interreliée du droit de la concurrence et des compétences fédérales en matière de droit criminel et de commerce

L'évolution de la législation fédérale sur la concurrence est étroitement liée à l'approche interprétative du CJCP et de la Cour suprême, et à la portée donnée par ceux-ci à la compétence fédérale en matière criminelle et en matière de commerce.

Au début du 20e siècle, le rattachement de la législation encadrant les pratiques anticoncurrentielles à la compétence fédérale sur le droit criminel découlait principalement de la nature même de ces pratiques, vues à l'époque comme moralement répréhensibles. Toutefois, avec le temps, le recours à des mécanismes propres au droit criminel — infractions devant être poursuivies devant les tribunaux, preuve hors de tout doute raisonnable, sanctions sous forme d'amendes ou de peines d'emprisonnement — est devenu à la fois une nécessité et une contrainte. En effet, l'intervention du Parlement était limitée par le refus du CJCP de reconnaître que l'encadrement de la concurrence pouvait relever d'un autre chef de compétence. Dès lors, pour reprendre les mots de Michael J Trebilcock, l'évolution de la législation canadienne en matière de concurrence fut un long processus de « *escaping the criminal straightjacket* »[254].

Ce n'est qu'avec *General Motors* en 1989 que le législateur fédéral réussira formellement à se sortir de cette « camisole de force ». En effet, jusque-là, l'interprétation limitée

[253] *Loi sur le budget 2022*, *supra* note 251, arts 258–59 (ajoutant les paragraphes 52(1.3) et 74.01(1.1)).

[254] Michael J Trebilcock, « The Supreme Court and Strengthening the Conditions for Effective Competition in the Canadian Economy » (2001) 80 Can Bar Rev 542 à la p 586 [Trebilcock, « Conditions for Effective Competition »]. Voir aussi Jamal, « Constitutional Issues », *supra* note 36 à la p 67.

qu'avaient préconisée les tribunaux du paragraphe 91(2) les avait amenés à refuser au Parlement fédéral le droit de s'appuyer sur cette compétence pour adopter des mesures ayant un impact sur le commerce local et des industries particulières à l'intérieur d'une province[255]. Du même coup, elle avait forcé le Parlement à fonder son action législative en matière économique sur d'autres champs de compétence et, par le fait même, à choisir d'autres modes d'intervention que celui de la mise en place d'un système de réglementation[256].

Or, comme le note Bruce C McDonald, les limites qu'ont imposées le CJCP et la Cour suprême à la capacité du Parlement d'encadrer la concurrence avaient considérablement limité le choix de remèdes que ce dernier pouvait prévoir et avaient ainsi compromis l'efficacité du contrôle de la concurrence au Canada: « *(1) effective combines control demands the availability to the law appliers of as wide and flexible an arsenal of remedies as possible, and (2) a constitutional straightjacket prevents Parliament from supplying this arsenal, thereby making effective combines control in Canada impossible* »[257]. En ce sens, la consécration du second volet de la compétence fédérale sur le commerce dans *General Motors* a accordé une marge de manœuvre plus importante au législateur fédéral en matière de concurrence en l'autorisant à avoir recours à un plus large éventail de moyens d'intervention. Cette affaire a du même coup consacré la « réhabilitation d'un pouvoir général de réglementation économique » qui avait été amorcée dans l'affaire *Transports nationaux*[258].

En raison de cette évolution, la version actuelle de *Loi sur la concurrence* a une portée très large et ne se limite plus à interdire les coalitions, comme elle le faisait à l'origine. Dorénavant, le Parlement fédéral intervient également en matière d'information et de publicité afin d'encadrer les pratiques publicitaires trompeuses ou frauduleuses ainsi que d'autres pratiques susceptibles de donner une information erronée ou de créer de la confusion chez le consommateur, comme le double étiquetage. Sa mise en application dépend maintenant du Bureau de la concurrence qui possède à la fois le pouvoir de mener

[255] Voir Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences », *supra* note 36 à la p 31.
[256] *Ibid*; Swinton, « Federalism under Fire », *supra* note 226 à la p 124.
[257] McDonald, « Constitutional Aspects », *supra* note 12 à la 163.
[258] *Couture*, *supra* note 8 à la p 595.

des enquêtes et celui d'imposer des sanctions de nature administrative aux commerçants qui adoptent des pratiques anticoncurrentielles. En ce sens, l'aspect criminel de la *Loi sur la concurrence* est devenu beaucoup moins important qu'il ne l'était initialement et laisse dorénavant place à un régime général de réglementation[259].

Si l'approche interprétative du CJCP et de la Cour suprême en matière de partage des compétences a grandement influencé l'évolution de la législation relative à la concurrence, l'inverse est également vrai.

D'une part, l'examen de la validité des nombreuses législations visant à encadrer la concurrence a permis de tracer les limites de la compétence en droit criminel. C'est à travers cet examen que le CJCP et la Cour suprême ont reconnu que la compétence prévue au paragraphe 91(27) de la LC de 1867 s'étendait au-delà de ce qui relevait du droit criminel en 1867 et permettait au Parlement fédéral d'adopter des mesures visant à la fois à prévenir et à sanctionner des actes jugés moralement répréhensibles. C'est également par la voie de cette jurisprudence que les tribunaux ont accepté que le Parlement puisse réguler des activités économiques par le biais du droit criminel[260].

D'autre part, c'est en raison de la volonté du CJCP et de la Cour suprême de donner au Parlement une certaine marge de manœuvre en matière de concurrence, et plus généralement en matière économique, que le second volet de la compétence fédérale en matière de commerce a pu prendre forme. Alors que le CJCP reconnaît, en *obiter*, l'existence de ce second volet dans *Parsons* en 1881, ce volet est utilisé pour la première fois afin de justifier la validité d'une mesure fédérale en matière de concurrence dans l'*Affaire sur les marques de commerce* en 1937. C'est toutefois à partir de la seconde moitié du 20e siècle, à la suite de l'abolition des appels au CJCP, que la Cour suprême adoptera

[259] Voir Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 18 à la p 18-25; Jamal, « Constitutional Issues », *supra* note 36 à la p 68.

[260] Voir Leclair, « Efficiency », *supra* note 226 à la p 424. Leclair donne comme autres exemple les décisions *RJR-Macdonal*, *supra* note 93 et *R c Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS 213, 151 DLR (4th) 32, où la Cour accepte que la régulation d'activités commerciales et industrielles intraprovinciales puisse relever de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Mentionnons également que la Cour liste la compétence fédérale en droit criminel parmi les compétences justifiant le pouvoir du Parlement d'adopter des lois en matière de réglementation des valeurs mobilières dans *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 220 au para 46. Toutefois, puisque le procureur général du Canada soutenait que la loi en cause ne relevait que de la compétence générale en matière de commerce prévue au paragraphe 91(2), la Cour n'a pas évalué si elle pouvait également relever du paragraphe 91(27).

graduellement une vision plus large de la compétence de Parlement fédéral en matière de commerce sur le fondement du paragraphe 91(2). Le second volet de cette compétence est invoqué par le juge Dickson d'abord en dissidence dans l'arrêt *Transports nationaux*, puis est consacré par l'ensemble de la Cour dans l'affaire *General Motors*, qui encore aujourd'hui sert d'assise aux tribunaux pour évaluer la validité de lois fédérales sur le fondement de la compétence générale sur le commerce[261].

De façon plus générale, en plus d'avoir participé à la définition des contours de la compétence fédérale sur le droit criminel et sur le commerce, la jurisprudence relative à la législation sur la concurrence illustre une approche souple du fédéralisme, autorisant des empiètements, même importants, sur la compétence des provinces en matière de commerce local. Comme nous l'avons vu, l'on considère généralement que le CJCP a favorisé une vision plus classique du fédéralisme[262]. Néanmoins, en matière de concurrence, il a adopté une approche plus flexible, donnant au Parlement les outils nécessaires pour jouer un rôle plus actif en matière économique. Les préoccupations de Lord Haldane en 1922 dans *Re Board of Commerce* quant aux impacts de la législation fédérale sur la compétence des provinces sur la propriété et les droits civils ont rapidement été écartées. Le CJCP a voulu se distancer de cette conception plus cloisonnée du fédéralisme dans *P.A.T.A.*, en 1931, puis dans le *Renvoi sur l'article 498A du Code criminel*, en 1937, en faveur d'une approche reconnaissant qu'un empiètement sur les compétences provinciales s'avérait inévitable lorsque le Parlement légiférait en droit criminel, particulièrement dans le contexte économique.

Cette vision souple du fédéralisme en matière de concurrence a été reprise par la Cour suprême d'abord pour autoriser les chevauchements entre la compétence fédérale en droit criminel et la compétence des provinces sur le commerce local (*Goodyear Tire* et *Transports nationaux*). La même vision a permis au Parlement d'empiéter sur la compétence des provinces, notamment en intégrant un droit d'action de nature civile dans un régime réglementaire reposant sur sa compétence générale en matière de commerce

[261] Voir *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 220; *Renvoi sur les valeurs mobilières 2018*, *supra* note 220; *Kirkbi*, *supra* note 238.

[262] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 1.1. (« Le paradigme classique: une vision cloisonnée du partage des compétences »).

(*General Motors*). Du même coup, conformément à ce qui est observé dans d'autres domaines[263], la Cour suprême semble avoir adopté une approche aux effets centralisateurs fondée sur la nécessité de favoriser l'efficacité en matière économique. Nous verrons néanmoins que cette affirmation doit être nuancée dans la mesure où, au tournant des années 80, la Cour a, dans d'autres circonstances, limité la compétence du Parlement dans le domaine économique.

Quelle place reste-t-il dans ce contexte pour l'intervention des provinces en matière de concurrence ? Certes, la Cour reconnaît pour la première fois dans *General Motors* que la concurrence est un sujet comportant un double aspect et que les deux ordres de gouvernement ont ainsi une compétence partagée dans ce domaine[264]. Elle admet ainsi que les provinces peuvent adopter leurs propres règles en matière de concurrence, notamment en vue de protéger le consommateur. Cela dit, en reconnaissant que le législateur fédéral peut lui aussi intervenir dans le même domaine, elle limite ce qui était considéré jusque-là comme un domaine relevant de la compétence exclusive des provinces et permet au Parlement d'intervenir directement dans des activités commerciales même si celles-ci sont exclusivement intraprovinciales.

Au final, l'évolution de la jurisprudence en matière de concurrence aura permis au Parlement fédéral de jouer un rôle plus important en matière économique et d'élargir la portée de la *Loi sur la concurrence*. Le Parlement dispose dorénavant d'une plus large marge de manœuvre pour s'assurer de la protection des consommateurs en amont de la relation contractuelle entre ces derniers et les commerçants. Il peut, d'une part, maintenir un environnement concurrentiel qui permettra aux consommateurs de bénéficier d'un plus grand choix de biens et de services à un meilleur prix. Le Parlement peut, d'autre part, interdire certaines pratiques de commerce considérées comme inéquitables ou frauduleuses à l'égard du consommateur. En ce sens, le droit de la concurrence reste le moyen principal dont dispose le législateur fédéral pour protéger les intérêts économiques des consommateurs.

---

[263] Voir *supra* notes 61, 62 et 63.

[264] Voir *General Motors*, *supra* note 107 à la p 692. Voir aussi *Associated Cab Limousine Ltd v Calgary (City)*, 2009 ABCA 181 au para 21; Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 35 à la p 25.

Cette marge de manœuvre demeure limitée par les conditions d'exercice de la compétence générale sur le commerce (et dans une certaine mesure, par celles relatives au droit criminel). Le Parlement ne peut ainsi, en principe, légiférer pour protéger les intérêts des consommateurs dans une industrie en particulier[265]. L'exception à ce principe réside toutefois dans les secteurs d'activités qui relèvent exclusivement du législateur fédéral, notamment les secteurs des télécommunications, des banques et de l'aéronautique. Or, comme nous le verrons à l'instant, le Parlement fédéral et les organismes de réglementation fédéraux ont, dans les dernières années, joué un rôle de plus en plus actif afin de protéger les consommateurs dans leurs rapports avec les entreprises de compétence fédérale.

1.2. L'intervention accrue du Parlement dans les rapports contractuels des entreprises fédérales

La phase de la formation du contrat entre le commerçant et le consommateur est en principe encadrée par le droit commun provincial ainsi que par les lois provinciales d'application générale visant à protéger le consommateur[266]. Nous traiterons de ces règles plus en détail dans la section 2 de la présente partie.

Ce principe fait toutefois exception lorsque le contrat de consommation est conclu entre un consommateur et une entreprise relevant d'une compétence fédérale. Ce contrat est alors assujetti à la fois aux règles provinciales et aux règles fédérales qui encadrent les activités d'une telle entreprise. Parmi ces entreprises, parfois dites de « juridiction fédérale », se trouvent notamment les entreprises de transport interprovincial et international[267], les entreprises de télécommunications et de radiodiffusion[268], les banques[269], les entreprises

[265] À titre d'exemple, dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 220 au para 114, la Cour a jugé que le Parlement ne pouvait pas se reposer sur le paragraphe 91(2) pour réglementer de façon détaillée tous les aspects du commerce des valeurs mobilières, puisqu'il réglementait dès lors un seul secteur en particulier. À l'inverse, dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières 2018*, *supra* note 220 au para 111, elle a reconnu que le Parlement pouvait s'appuyer sur cette compétence pour réglementer les risques systémiques dans les marchés de capitaux, puisque cela dépassait le seul secteur des valeurs mobilières et touchait le commerce dans son ensemble.

[266] Voir *Parsons*, *supra* note 34 à la p 12.

[267] LC de 1867, arts 92(10) et 91(29); *Tessier Ltée c Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, 2012 CSC 23 au para 25; *Consolidated Fastfrate Inc c Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53 aux para 31–67.

[268] LC de 1867, arts 92(10) et 91(29); *Rogers Communications Inc c Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23 au para 42 [*Rogers*].

[269] LC de 1867, art 91(15); *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22 au para 1 [*Banque canadienne de l'Ouest*].

postales[270] et les centrales nucléaires[271]. Celles-ci sont soumises à des lois et des règlements fédéraux qui régissent l'ensemble de leurs activités, y compris dans certains cas les contrats que celles-ci sont amenées à conclure avec leurs clients.

L'étendue du pouvoir du Parlement fédéral de légiférer relativement à ces entreprises dépend du chef de compétence en vertu duquel il intervient et de la définition jurisprudentielle donnée à ce dernier. De façon générale, la compétence du Parlement sur les entreprises fédérales permet à celui-ci « de déterminer le statut juridique de l'entreprise, les questions tarifaires, les horaires, l'existence et les modalités du service offert au public ainsi que les rapports collectifs de travail »[272]. Cette compétence englobe ainsi le pouvoir de légiférer sur l'établissement, la gestion et l'exploitation de l'entreprise[273]. C'est en vertu de ce pouvoir d'encadrer les activités des entreprises dont il a la responsabilité que le Parlement peut intervenir afin de régir la relation entre ces dernières et leurs clients, et du même coup adopter des règles relatives au contenu et à la forme du contrat qui les lie les uns avec les autres.

De façon étonnante, la validité de telles règles n'a jamais été remise en question devant les tribunaux. En effet, la jurisprudence portant sur la protection du consommateur dans ses rapports avec des entreprises fédérales ne porte pas sur la validité de mesures fédérales, mais plutôt sur l'applicabilité et l'opérabilité des lois provinciales d'application générale qui interfèrent avec de telles mesures ou avec les activités de ces entreprises. C'est à travers cette jurisprudence qu'a été définie, indirectement, et souvent par la négative, l'étendue du pouvoir du Parlement sur les entreprises fédérales[274]. Nous analyserons cette jurisprudence

[270] LC de 1867, art 91(5); *Letter Carrier's Union of Canada c Canadian Union of Postal Workers et al*, [1975] 1 RCS 178 aux pp 181, 186, 40 DLR (3d) 105.

[271] LC de 1867, arts 92(10)c) et 91(29); *Loi sur l'énergie nucléaire*, LRC 1985, c A-16, art 18; *Ontario Hydro c Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 RCS 327 à la p 355, 107 DLR (4th) 457 [*Ontario Hydro*].

[272] Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014, nº VI-2.274 [Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*].

[273] *Ibid*; *Clark c Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 RCS 680 à la p 708, 54 DLR (4th) 679 [*Clark*].

[274] Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*, *supra* note 272, nº VI-2.275.

plus en détail lorsque nous aborderons la question de l'interaction entre le droit provincial et fédéral[275].

Afin d'illustrer la façon dont le Parlement intervient pour régir la relation contractuelle entre les entreprises fédérales et leurs clients, nous traiterons de trois secteurs d'activités, soit les télécommunications [1.2.1.], l'aéronautique [1.2.2.] et les banques [1.2.3.].

1.2.1. Les « codes » fédéraux de protection des consommateurs de services de télécommunications

Le Parlement fédéral s'est vu attribuer la compétence sur les entreprises de télécommunications par le jeu des paragraphes 92(10)a) et 91(29) de la LC de 1987. Cette compétence résulte d'une « exception » à la compétence provinciale énoncée à l'article 92, qui prévoit que les entreprises suivantes *ne* relèvent *pas* de la compétence des provinces: « Lignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres travaux et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province ». Cette liste n'est pas pas limitative et comprend les autres moyens de transport et de communications inventés après 1867[276]. Par conséquent, en raison du paragraphe 91(29) de la LC de 1867, qui donne au Parlement fédéral une compétence résiduelle sur toutes les catégories de sujets qui ne sont pas exclusivement attribuées aux provinces, les entreprises de télécommunications relèvent de la compétence fédérale.

Bien qu'en principe, les entreprises exerçant des activités dans une seule province sont considérées comme échappant à la compétence du Parlement, il en va différemment des entreprises de télécommunications. En effet, dans la mesure où les appels téléphoniques ne sont pas limités aux frontières d'une province et où les ondes radio circulent à travers le territoire canadien, les tribunaux ont considéré que les entreprises de téléphone, de radio et de télévision étaient difficilement divisibles en fonction de leur caractère local ou

[275] Voir *infra*, Partie II, section 2.2. (« La validité, l'applicabilité et l'opérabilité du droit provincial protégeant le consommateur dans ses rapports avec les entreprises fédérales »).
[276] Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*, *supra* note 272, nº VI-2.294.

interprovincial[277]. En ce sens, la radiodiffusion et les télécommunications constituent des secteurs qui, dans leur globalité, relèvent de la compétence du Parlement fédéral[278].

Le pouvoir de réglementer l'industrie des télécommunications au Canada a été confié, en 1976, au Conseil canadien de la radiodiffusion et des télécommunications (« CRTC »)[279]. Au début des années 1990, le Parlement fédéral adopte la *Loi sur les télécommunications*[280] qui centralise les règles régissant les activités de télécommunications et élargit les pouvoirs et les obligations du CRTC[281]. Comme le souligne Trebilcock, Iacobucci et Winter dans une étude s'attardant au phénomène de dérégulation en matière de télécommunications, cette nouvelle loi est fondée sur la prémisse selon laquelle « *competition is preferred to regulation when conditions allow for it* »[282].

Ainsi, la *Loi sur les télécommunications* donne au CRTC le pouvoir et, dans certains cas, le devoir, de s'abstenir de réglementer les conditions des services de télécommunications dans les circonstances où les conditions du marché le permettent. En effet, le paragraphe 34(1) de la Loi prévoit que le CRTC *doit* s'abstenir d'exercer son pouvoir réglementaire lorsqu'il constate que le marché est suffisamment concurrentiel pour protéger les intérêts des utilisateurs[283]. De plus, le CRTC *peut* exercer son pouvoir d'abstention s'il juge que cela est conforme à la politique canadienne de

---

[277] *Re Regulation & Control of Radio Communication in Canada*, [1932] AC 304, 2 DLR 81 (CJCP); *Capital Cities Comm c CRTC*, [1978] 2 RCS 141, 81 DLR (3d) 609 [*Capital Cities*]; *Alberta Government Telephones c (Canada) Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 RCS 225, 61 DLR (4th) 193 [*AGT*]; *Téléphone Guèvremont Inc c Québec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 RCS 878, DLR (4th) 127 [*Téléphone Guèvremont*]; *Régie des services publics et autres c Dionne et autres*, [1978] 2 RCS 191, 83 DLR (3d) 178 [*Dionne*]; *Rogers*, *supra* note 268 au para 42.

[278] Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 272, nº VI-2.301.

[279] Voir *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, LC 1974-76, c 49. Sur l'évolution de l'industrie des télécommunications au Canada, voir John S Tyrhuts, « Monopoly Lost? The Legal and Regulatory Path to Canadian Telecommunications Competition, 1979-2002 » (2001-2002) 33 Ottawa L Rev 385 [Tyrhuts, « Monopoly Lost? »].

[280] *Loi sur les télécommunications*, LC 1993, c 38.

[281] Voir Tyrhuts, « Monopoly Lost? », *supra* note 279 aux pp 390–91.

[282] Edward Iacobucci, Michel Trebilcock et Raph A Winter, « The Canadian Experience with Deregulation » (2006) 56:1 U Toronto LJ 1 à la p 7 [Iacobucci, Trebilcock et Winter, « The Canadian Experience »].

[283] *Loi sur les télécommunications*, *supra* note 280, art 34(1). La décision de s'abstenir de réglementer les services dans un marché particulier indique que le CRTC a constaté que les forces du marché sont suffisamment fortes pour que les clients bénéficient des avantages de la concurrence en termes de prix, de qualité et d'innovation. Voir à ce sujet *Morin c Bell Canada*, 2012 QCCS 4191 aux para 32–34; Bohdan S Romaniuk et Hudson N Janisch, « Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition? » (1986) 18 Ottawa L Rev 561 à la p 652 [Romanikuk et Janisch, « Competition in Telecommunications »].

télécommunication, qui déclare notamment que les services offerts au public doivent être abordables[284].

Il existe ainsi un lien étroit entre la concurrence sur le marché et l'intervention réglementaire du CRTC afin de protéger les consommateurs[285]. Les auteurs Romaniuk et Janisch notent que l'exercice du pouvoir d'abstention « *does not amount to an abdication by the regulator of its responsibility to consumers of the product or service in question* »[286]. L'abstention implique plutôt un transfert de la fonction de surveillance de l'organisme de réglementation, le CRTC, au marché lui-même. Ainsi, en l'absence de réglementation par le CRTC, les entreprises opérant sur le marché restent assujetties aux règles prévues par la *Loi sur la concurrence* que nous avons vues dans la section précédente[287]. Inversement, le CRTC peut intervenir lorsque les conditions du marché ne militent pas en faveur de l'exercice du pouvoir d'abstention, pour mettre en place des règles protégeant les consommateurs dans leurs rapports avec les entreprises de télécommunications.

Ainsi, exerçant son devoir et son pouvoir d'abstention, le CRTC refuse de réglementer la plupart des aspects des contrats de services sans fil jusqu'en 2013. Il constate toutefois à cette époque qu'il n'est plus possible de « se fier au seul libre jeu du marché pour s'assurer que les consommateurs disposent des renseignements nécessaires pour participer efficacement dans le marché concurrentiel des services sans fil mobiles »[288]. Le CRTC conclut alors qu'il est à la fois nécessaire et conforme à la politique de télécommunication

[284] *Loi sur les télécommunications*, *supra* note 280, art 7(b). Voir aussi *Morin*, *supra* note 283 au para 32.

[285] Sur le lien entre la concurrence sur le marché et l'intervention du CRTC de façon générale, voir Iacobucci, Trebilcock et Winter, « The Canadian Experience », *supra* note 282.

[286] Romanikuk et Janisch, « Competition in Telecommunications », *supra* note 283 à la p 652.

[287] Voir *supra*, section 1.1. (« Le droit de la concurrence comme principal outil fédéral d'intervention en matière économique »). L'abstention du CRTC de réglementer une activité donnée a également pour effet de priver les entreprises de télécommunications de la défense « d'industrie réglementée » lui permettant d'échapper à des poursuites fondées sur la LC. Voir à ce sujet: Romanikuk et Janisch, « Competition in Telecommunications », *ibid* à la p 652; Iacobucci et Trebilcock, « Competition Law System », *supra* note 26 aux pp 123–24.

[288] CRTC, *Décision sur l'instance visant à déterminer si les conditions dans le marché du sans-fil mobile ont suffisamment changé pour justifier l'intervention du Conseil à l'égard des services sans fil mobiles*, Décision de télécom CRTC 2012-556, 11 octobre 2012, au para 26, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2012/2012-556.htm (consultée le 10 novembre 2022).

d'établir un code obligatoire pour traiter de la clarté et du contenu des contrats de services sans fil[289].

Il adopte ainsi en 2013 le *Code des services sans fil*, une politique réglementaire qui impose de nombreuses nouvelles exigences aux fournisseurs de services sans fil, notamment plusieurs obligations en matière contractuelle[290]. Ce Code énumère les droits et les obligations concernant, entre autres, les informations qui doivent être fournies dans un contrat de services sans fil, les modifications unilatérales des conditions du contrat et les frais de résiliation anticipée. Il est modifié par le CRTC en 2017 pour clarifier les règles existantes et prévoir de nouvelles exigences afin de suivre l'évolution du marché des services sans fil[291]. Ce faisant, jugeant que la concurrence ne suffisait plus à protéger adéquatement les consommateurs de services sans fil, le CRTC s'est graduellement immiscé dans la relation entre ces derniers et les entreprises de télécommunications de façon à encadrer, voire à dicter, le contenu et la forme des contrats conclus entre ceux-ci.

La réglementation des services sans fil n'est qu'une illustration du rôle de plus en plus important que joue le CRTC dans l'encadrement des rapports entre les entreprises de télécommunications et leurs clients. En effet, le CRTC a, en quelques années à peine, adopté plusieurs mesures en vue de protéger le consommateur auprès de différents types de fournisseurs de services.

Déjà en 2011, le CRTC avait adopté le *Code sur les politiques de débranchement et de dépôt* qui encadre le débranchement des services de téléphonie résidentielle en raison d'un défaut de paiement et les dépôts versés pour obtenir de tels services[292]. Il a également

---

[289] *Ibid* aux para 22–28. Voir à ce sujet Christopher Bisping et Timothy Dodsworth, « Consumer Protection and the Regulation of Mobile Phone Contracts: A Study of Automatically Renewable Long-Term Contracts Across Jurisdictions » (2019) 42 J of Consumer Policy 349 à la p 353.

[290] CRTC, *Code sur les services sans fil*, Politique réglementaire de télécom CRTC 2013-271, 3 juin 2013, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2013/2013-271.htm (consultée le 10 novembre 2022).

[291] CRTC, *Examen du Code sur les services sans fil*, Politique réglementaire de télécom CRTC 2017-200, 15 juin 2017, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2017/2017-200.htm (consultée le 10 novembre 2022).

[292] Le *Code sur les politiques de débranchement et de dépôt* a été préparé par le Comité du CRTC sur l'interconnexion (CDCI) et a par la suite été approuvé par le CRTC. Voir CRTC, *Rapport de non-consensus du CDCI – Ébauche d'un code concernant les politiques de débranchement et de dépôt*, Décision de télécom CRTC 2011-702, 14 novembre 2011, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2011/2011-702.htm?_ga=2.148685374.880357040.1655839463-818899240.1655839463. Le Code est disponible en ligne: https://www.ccts-cprst.ca/wp-content/uploads/2017/07/Code-sur-les-politiques-de-débranchement-et-de-dépôt.pdf (consultée le 10 novembre 2022).

élaboré le *Code des fournisseurs de services de télévision* en janvier 2016 afin de prévoir les éléments devant se retrouver dans un contrat de services de télévision et d'encadrer les conditions de modifications du prix des canaux ou de leur assemblage[293]. Enfin, il a adopté le *Code sur les services Internet*, entré en vigueur le 31 janvier 2020, qui impose des obligations aux fournisseurs de services Internet concernant l'information qui doit être divulguée dans le contrat, la modification des modalités du contrat et la résiliation de celui-ci[294].

En plus de prévoir de règles substantives encadrant les contrats de services de télécommunications, le CRTC a également mis sur pied la Commission des plaintes relatives aux services de télécom-télévision (« CPRST »), un organisme indépendant de protection des consommateurs qui aide ces derniers à résoudre leurs différends avec leurs fournisseurs de services[295]. Depuis 2011, le CRTC exige à cet égard que toutes les entreprises de services de téléphonie, d'Internet, de télévision ainsi que les autres entreprises de télécommunications offrant des services qui relèvent de son mandat adhèrent à la CPRST[296].

Ainsi, le consommateur qui juge que son fournisseur de services ne s'est pas conformé à ses obligations, par exemple à celles prévues au *Code des services sans fil*, peut se tourner vers cet organisme indépendant, après avoir d'abord tenté de régler le problème auprès de son fournisseur[297]. Si cette première tentative de règlement échoue, le consommateur

---

[293] CRTC, *Code des fournisseurs de services de télévision*, Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2016-1, 7 janvier 2016, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2016/2016-1.htm (consultée le 10 novembre 2022).

[294] CRTC, *Code sur les services Internet*, Politique réglementaire de télécom CRTC 2019-269, 31 juillet 2019, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2019/2019-269.htm (consultée le 10 novembre 2022).

[295] CRTC, *Création d'une agence indépendante de protection des consommateurs des services de télécommunication*, Décision de télécom CRTC 2007-130, 20 décembre 2007, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2007/dt2007-130.htm (consultée le 10 novembre 2022).

[296] CRTC, « Commission des plaintes relatives aux services de télécom-télévision (CPRST) », dernière date de modification le 25 septembre 2019, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/phone/cprstccts.htm [CRTC, « CPRST »]. L'obligation d'adhérer à la CPRST a été établie en vertu des articles 24 et 24.1 de la *Loi sur les télécommunications*, *supra* note 280, comme condition pour offrir ou fournir des services de télécommunication. Voir CRTC, *Fournisseurs de services de télécommunication qui n'ont pas obtenu le statut de participant de la Commission des plaintes relatives aux services de télécom-télévision inc*, Décision de télécom CRTC 2021-4, 11 janvier 2021, aux para 1–5, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2021/2021-4.pdf (consultée le 10 novembre 2022).

[297] CRTC, « CPRST », *supra* note 296; CPRST, *Code de procédure*, modifié et refondu le 1er septembre 2017, art 10.1, en ligne: https://www.ccts-cprst.ca/wp-content/uploads/2017/07/CPRST-Code-de-procédures-sep-2017.pdf (consultée le 10 novembre 2022) [*Code de procédure* de la CPRST].

pourra diriger sa plainte à la CPRST, qui demandera au fournisseur de services concerné de tenter, à nouveau, de régler le problème directement auprès du consommateur[298]. Si les parties ne peuvent en arriver à une entente, la CPRST pourra alors effectuer une enquête afin de déterminer si le fournisseur de services s'est conformé aux modalités relatives aux services offerts[299]. Si la CPRST juge que le fournisseur a agi en conformité avec ses obligations ou qu'il a offert une résolution adéquate au consommateur, elle pourra rejeter la plainte[300]. Dans le cas contraire, elle pourra recommander le règlement de la plainte, que ce soit en exigeant du fournisseur qu'il donne une explication ou des excuses à son client, qu'il prenne ou cesse de prendre certaines mesures à l'égard de ce dernier et/ou qu'il fournisse un dédommagement financier pouvant aller jusqu'à 5000 $[301]. Si la recommandation n'est pas acceptée par les deux parties, la CPRST peut rendre une décision exécutoire[302]. Cette décision liera le fournisseur de services, mais non le client[303]. Ainsi, ce dernier pourrait refuser la décision et se prévaloir des autres recours dont il dispose[304].

Parmi ces autres recours se trouve celui prévu à l'article 72 de la *Loi sur les télécommunications*[305] qui permet au consommateur (ou encore à une autre entreprise de télécommunications) d'obtenir des dommages-intérêts s'il subit une perte ou un dommage en raison d'un manquement aux dispositions de la loi, ou à une décision ou un règlement pris en vertu de celle-ci. Ce droit d'action de nature civile reste toutefois très limité pour le consommateur, car le paragraphe 72(3) exclut expressément les actions intentées « pour rupture de contrat portant sur la fourniture de services de télécommunication » et les actions « en dommages-intérêts relatives aux tarifs imposés ou perçus par les entreprises

[298] *Code de procédure* de la CPRST, *supra* note 297, arts 6.5, 6.6.

[299] *Ibid*, art 6.8.

[300] *Ibid*, art 12.1.

[301] *Ibid*, art 14.1. Ce dédommagement ne peut avoir un caractère punitif. Il vise plutôt à indemniser le client pour les pertes, dommages ou inconvénients qui découlent directement des circonstances de la plainte ou d'un manquement du fournisseur de services à certaines des obligations que lui impose le *Code de procédure* de la CPRST. Ce dédommagement n'inclut pas les montants qui doivent être remboursés ou crédités à la suite d'erreurs de facturation. Voir art 14.2.

[302] *Code de procédure* de la CPRST, *supra* note 297, art 13.1.

[303] *Ibid*, art 13.3.

[304] *Ibid*, art 13.6.

[305] *Loi sur les télécommunications*, *supra* note 280.

canadiennes »[306]. Dans de tels cas, le consommateur insatisfait d'une décision de la CPRST devra se tourner vers le droit provincial. Nous reviendrons sur cette disposition dans la section 2.3. lorsque nous aborderons l'interaction entre les recours prévus par le droit fédéral et provincial. Mentionnons à ce stade que nous n'avons répertorié aucune décision dans laquelle un consommateur, seul ou dans une action collective, aurait obtenu une réparation en vertu de l'article 72, un recours qui existe pourtant depuis l'adoption de la *Loi sur les télécommunications* en 1993[307].

En somme, dans les 15 dernières années, le CRTC a graduellement cessé d'exercer son pouvoir d'abstention dans différents domaines. Il réglemente dorénavant les contrats relatifs aux services de téléphonie sans fil, de télévision et d'Internet, en plus de déléguer à un organisme le traitement des plaintes des consommateurs à l'égard de ces différents services.

Ce rôle accru en matière de protection du consommateur risque d'être renforcé dans les années à venir à la suite du décret adopté par gouvernement fédéral en juin 2019 concernant la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication par le CRTC[308]. Ce

[306] Voir à titre d'exemple l'affaire *Nelson v Telus Communications Inc (Part 2)*, 2021 ONSC 23 aux para 37–51 [*Telus CS (Part 2)*] dans laquelle la Cour supérieure de l'Ontario conclut que le paragraphe 72(3) de la *Loi sur les télécommunications* empêche le consommateur de se prévaloir du recours civil prévu au paragraphe 72(1) en cas de manquement aux obligations contractuelles prévues dans le *Code sur les services sans fil*. Nous reviendrons plus amplement sur cette affaire dans la section suivante. Notons à ce stade que les motifs de la Cour supérieure sont rapportés dans trois différentes décisions, soit *Telus CS (Part 1)*, *(Part 2)* et (*Part 3)*. La partie 1 aborde les arguments constitutionnels, la partie 2 porte sur le recours fondé sur l'article 72 de la *Loi sur les télécommunications* et la partie 3 examine si les conditions pour la certification de l'action collective sont satisfaites. L'appel de ces trois décisions a été rejeté dans *Nelson v Telus Communications Inc*, 2021 ONCA 751, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 39957 (10 novembre 2022) [*Nelson*].

[307] Pour des décisions ayant rejeté les réclamations fondées sur cette disposition en raison de l'exclusion prévue au paragraphe 72(3), voir *Telus CS (Part 2)*, *supra* note 306; *Wilson v Telus Communications Inc*, 2019 FC 276.

[308] *Décret donnant au CRTC des instructions relativement à la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication pour promouvoir la concurrence*, *l'abordabilité*, *les intérêts des consommateurs et l'innovation*, DORS/2019-227, (2019) Gaz C II, 3978 [*Décret CRTC 2019*]. Dans la même foulée, le CRTC a rendu une décision en août 2019 afin d'imposer des tarifs relatifs aux services d'accès Internet haute vitesse aux gros fournisseurs de services Internet en vue d'offrir des services plus abordables aux consommateurs. Voir CRTC, *Suivi des ordonnances de télécom 2016-396 et 2016-448 – Tarifs définitifs concernant les services d'accès haute vitesse de gros groupé*, Ordonnance de télécom CRTC 2019-288, 15 août 2019, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2019/2019-288.htm (consultée le 10 novembre 2022). Cette décision a fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel fédéral par les gros fournisseurs. Cet appel a été rejeté, tout comme la permission d'en appeler à la Cour suprême: *Bell Canada c British Columbia Broadband Association*, 2020 CAF 140, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 39423 (25 février 2021). Un nouveau décret

décret, qui vise à « promouvoir la concurrence, l'abordabilité, les intérêts des consommateurs et l'innovation », établit des principes devant guider le CRTC dans l'exercice des pouvoirs et fonctions que lui confère la *Loi sur les télécommunications*. Parmi ces principes, le décret prévoit que le CRTC doit examiner de quelle façon ses décisions « renforcent et protègent les droits des consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs de service de télécommunication »[309].

Dans ce contexte, le CRTC, qui intervient déjà de façon importante dans la relation contractuelle entre les entreprises de télécommunications et leurs clients, sera justifié d'intervenir davantage afin de mettre en place des règles visant à protéger ces derniers. Nous verrons dans la prochaine section de quelle façon cette intervention accrue se répercute sur la capacité des provinces de protéger le consommateur de services de télécommunications.

1.2.2. La protection fédérale et internationale des voyageurs aériens

Le transport aérien, n'ayant véritablement commencé qu'au début du 20e siècle[310], ne fait évidemment pas partie des matières énumérées dans la liste des compétences législatives provinciales et fédérales aux articles 91 à 95 de la LC de 1867[311]. C'est donc par l'évolution de la jurisprudence que le Parlement fédéral s'est vu attribuer le pouvoir d'encadrer ce secteur d'activités[312].

---

donnant des instructions au CRTC était à l'étude à l'été 2022, et annonçait qu'il « maintiendrait l'exigence énoncée dans les instructions de 2019 selon lesquelles le CRTC doit tenir compte de la façon dont ses décisions peuvent favoriser la concurrence, l'abordabilité, les intérêts des consommateurs et l'innovation, tout en conservant les directives plus précises sur les objectifs de ces instructions ». Voir *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation – Décret donnant au CRTC des instructions sur une approche renouvelée de la politique de télécommunication,* (2022) Gaz C I, 2854.

[309] *Décret CRTC 2019*, *supra* note 308, art 1.a.iv.

[310] Voir à ce sujet Nicolas Mateesco Matte, *Traité de droit aérien aéronautique*, 3e éd, Paris, Éditions A Pedone, 1980 aux pp 15–29.

[311] Cette section reprend certains éléments que nous abordons plus en détail dans Catherine Mathieu, « La protection des voyageurs aériens dans le contexte constitutionnel canadien », dans Gabriel-Arnaud Berthold et Louis Jolin, dir, *Le droit du voyage en zone de turbulence*, Cowansville, Yvon Blais, 2021, 43 [Mathieu, « La protection des voyageurs aériens »].

[312] Voir *Québec (Procureur général) c Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39 au para 28 [*COPA*].

La compétence fédérale en matière d'aéronautique a d'abord été reconnue en 1932 par le CJCP dans le *Renvoi sur l'aéronautique*[313], puis a été confirmée par la Cour suprême du Canada en 1952 dans l'arrêt *Johannesson*[314]. Cette compétence relève du pouvoir résiduaire fédéral de faire des lois « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement » découlant du paragraphe liminaire de l'article 91 de la LC de 1867[315]. Plus précisément, elle résulte de l'application de la théorie des « dimensions nationales » attribuant au législateur fédéral une compétence sur les matières qui, comme l'aéronautique, n'existaient pas à l'époque de la Confédération et qui sont devenues des matières d'intérêt national[316].

Pour cette raison, la compétence en matière d'aéronautique ne se limite pas aux activités de transport interprovinciales ou internationales, comme c'est le cas pour les autres moyens de transport, tel que le train, l'autobus ou le taxi[317]. Elle couvre l'ensemble des activités des transporteurs aériens, même lorsque celles-ci s'exercent sur le territoire d'une seule province[318]. À cet égard, l'aéronautique, tout comme la radiodiffusion et les télécommunications, est dorénavant une compétence « pratiquement équivalente […] aux autres compétences énumérées dans l'article 91, l'emportant sur la propriété et les droits civils du fait de leur particularité »[319].

---

[313] *In re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] AC 54, 1 DLR 58 (CJCP) [*Renvoi sur l'aéronautique*]. Le CJCP infirme ainsi la décision de la Cour suprême qui avait conclu que l'aéronautique relevait de la « propriété et des droits civils ». Voir *Reference re Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1930] RCS 663, 1 DLR 13.

[314] *Johannesson c Municipality of West St Paul*, [1952] 1 RCS 292, 4 DLR 609. Voir à ce sujet Richard Paquette, « Étude sur les compétences constitutionnelles en matière d'aéronautique et d'aménagement aéroportuaire au Canada » (1979) 57 R du B can 281 aux pp 282–86 [Paquette, « Étude sur les compétences constitutionnelles »]; Colin H McNairn, « Aeronautics and the Constitution » (1971) 49:3 Can Bar Rev 411 aux pp 411–18.

[315] La décision du CJCP reconnait que ce pouvoir découle également de l'article 132 de la LC de 1867 qui confère au Parlement fédéral la compétence de donner suite à ses engagements internationaux.

[316] Voir *R c Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1988] 1 RCS 401 au para 37, 49 DLR (4th) 161; *COPA*, *supra*, note 312 au para 28; *Québec (Procureur général) c Lacombe*, 2010 CSC 38 au para 26 [*Lacombe*]; *Renvoi sur la taxe carbone*, *supra* note 22 aux para 89–166.

[317] Par l'effet des paragraphes 92(10)a) et 91(29) de la LC de 1867, les entreprises de transport interprovincial ou international relèvent de la compétence du Parlement fédéral, alors que les entreprises de transport local relèvent de celle des provinces. Voir *supra* note 267; Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 18 à la p 22-22.

[318] Voir *COPA*, *supra* note 312 au para 33.

[319] Jean Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans Paul-André Crépeau et C B MacPherson, dir, *The Future of Canadian Federalism/L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto & Montréal, University of Toronto Press & Les Presses de l'Université de Montréal, 1965, 113 à la p 118 (note 11) [Beetz, « Attitudes changeantes »], cité par Gérald-A Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1983 à la p 70 [Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*].

La compétence fédérale sur l'aéronautique s'étend à l'exploitation des aéroports et à celle des aéronefs ainsi qu'à la construction d'infrastructures aéroportuaires[320]. La Cour suprême a par ailleurs reconnu que le Parlement fédéral avait le pouvoir de légiférer relativement à la responsabilité des transporteurs aériens et d'encadrer les aspects contractuels des services de transport qui relèvent, comme l'aéronautique, de sa compétence exclusive[321]. Pour ce faire, la Cour s'est appuyée sur la décision *Grand Trunk Ry of Canada v Attorney-General of Canada* du CJCP rendu en 1907[322].

Dans cette affaire, le CJCP avait à décider si le Parlement fédéral pouvait validement adopter une disposition interdisant aux compagnies de chemin de fer de s'exonérer, par contrat, de leur responsabilité en cas de préjudice corporel subi par leurs employés. Le CJCP, sous la plume du juge Dunedin, a alors conclu que le pouvoir de réglementer les contrats conclus par une entreprise de chemin de fer et ses employés était accessoire à celui de réglementer l'entreprise elle-même. Par conséquent, même si la disposition en cause se rattachait à des droits de nature contractuelle — et donc relevait *a priori* de la compétence des provinces en vertu du paragraphe 92(13) de la LC de 1867 — le CJCP a conclu que cette disposition était *intra vires* puisqu'elle était « véritablement accessoire » (« *truly ancillary* ») à la législation fédérale en matière de chemins de fer[323].

Non seulement s'agit-il d'une des premières décisions du CJCP à donner naissance à la doctrine des pouvoirs accessoires[324], mais également d'une des premières à reconnaître que les compétences des deux ordres de gouvernement ne sont pas étanches et que des lois

[320] Voir *COPA*, *supra* note 312 au para 28; *Lacombe*, *supra* note 316 au para 27; *Air Canada c Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 RCS 581 au para 72, 148 DLR (4th) 193.

[321] Voir *Tropwood AG et autres c Sivaco Wire & Nail Co et autres*, [1979] 2 RCS 157 à la p 166, 99 DLR (3d) 235 [*Tropwood*]; *Bensol Customs Brokers Ltd v Air Canada*, [1979] 2 CF 575 à la p 584, 99 DLR (3d) 623 (CAF). Notons toutefois que certains auteurs ont remis en question le pouvoir du Parlement fédéral d'adopter des règles relatives à la responsabilité civile des transporteurs aériens, cette question relevant plutôt selon eux de la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils. Voir Bruce Cleven, « Dame Pilon v. Marion, Knapp et les héritiers de Julien Bellemarre » (1964) 10:3 McGill LJ 272 à la p 276; Paquette, « Étude sur les compétences constitutionnelles », *supra* note 314 à la p 288.

[322] Voir *Grand Trunk Ry of Canada v Attorney-General of Canada*, [1907] AC 65, [1907] CRAC 1 (CJCP) [*Grand Trunk*].

[323] *Ibid* au para 5–6.

[324] La Cour suprême considérera d'ailleurs plus tard cette affaire comme justifiant l'exercice de pouvoirs accessoires et comme fondement à la doctrine du même nom. Voir *COPA*, *supra* note 312 au para 34. Sur cette doctrine, voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 1.2. (« Le paradigme moderne: une interprétation favorisant les chevauchements et ouvrant la porte à un fédéralisme "coopératif" »).

fédérales et provinciales peuvent se chevaucher tout en restant valides[325]. Bien que cette décision portait sur les rapports contractuels entre les entreprises de chemins de fer et leurs employés, elle a été reprise par la Cour suprême afin d'établir que, de façon générale le Parlement fédéral est compétent pour réglementer l'ensemble des contrats conclus par les entreprises de transport relevant de sa compétence, ce qui viserait aussi les contrats conclus auprès des clients de ces entreprises[326]. Il s'ensuit donc que ce principe s'appliquerait également aux contrats conclus entre les compagnies de transport aérien et leurs clients[327].

Les modalités d'un contrat de transport aérien sont prévues dans le « tarif » des transporteurs aériens, qui inclut le prix et l'ensemble des conditions applicables à la prestation d'un service aérien[328]. Ces tarifs doivent notamment contenir les normes du transporteur concernant les refus d'embarquement, les vols retardés ou les vols annulés. Ces tarifs sont toutefois appelés à varier d'un transporteur à l'autre, ce qui permet d'offrir à leurs clients des conditions plus ou moins avantageuses.

À l'instar du secteur des télécommunications, le secteur de l'aéronautique a été témoin d'une intervention accrue du législateur fédéral en vue de renforcer la protection offerte aux voyageurs aériens. Deux principales mesures ont été adoptées à cette fin, soit la loi de

---

[325] Voir *Grand Trunk*, *supra* note 322 au para 4: « *But a comparison of two cases decided in the year 1894 - viz.*, *Attorney General of Ontario v. Attorney General of Canada*, *[1894] A.C. 189*, *and Tennant v. Union Bank of Canada*, *[1894] A.C. 31- seems to establish these two propositions: First*, *that there can be a domain in which provincial and Dominion legislation may overlap*, *in which case neither legislation will be ultra vires*, *if the field is clear; and*, *secondly*, *that if the field is not clear*, *and in such a domain the two legislations meet*, *then the Dominion legislation must prevail* ».

[326] Voir *Tropwood*, *supra* note 321 à la p 166. Un principe similaire a été reconnu relativement à la compétence fédérale en matière maritime. Voir *Transport Desgagnés inc c Wärtsilä Canada Inc*, 2019 CSC 58 au para 46 [*Wärtsilä*]: « Ainsi, la Cour a reconnu que le Parlement peut réglementer, par exemple, les contrats qui portent sur: le transport maritime; le déchargement de la cargaison, y compris l'entreposage accessoire et la location de grues; l'assurance maritime et le mandat en matière maritime. Dans la mesure où les règles et principes contractuels visent des activités qui font partie intégrante du domaine de la navigation et des bâtiments ou navires, ils peuvent relever de la compétence législative fédérale. Cet aspect de droit privé du domaine de la navigation et des bâtiments ou navires explique pourquoi le droit maritime canadien peut valablement constituer un ensemble homogène de règles qui comprend les principes de common law de la responsabilité délictuelle, des contrats, du dépôt et du mandat » (citations omises).

[327] Voir François Chevrette, « La responsabilité du transporteur aérien et la Constitution » (1981) 26:3 RD McGill 607 aux pp 610–12.

[328] Voir *Loi sur les transports au Canada*, LC 1996, c 10, arts 55 (1) (définition de « tarif »), 67; *Règlement sur les transports aériens*, DORS/88-58, arts 107, 122 [RTA]. Voir à ce sujet Jed Chong, « Les droits des passagers aériens au Canada et ailleurs dans le monde », Bibliothèque du Parlement, publication nº 2018-09-F, 28 février 2018 à la p 2, en ligne: https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2018-09-f.pdf (consultée le 10 novembre).

mise en œuvre de la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international conclue à Montréal en 1999* (« Convention de Montréal »)[329] et le *Règlement sur la protection des passagers aériens* (« RPPA ») adopté presque vingt ans plus tard en 2019[330].

La Convention de Montréal et le RPPA imposent tous deux des obligations aux transporteurs aériens à l'endroit des voyageurs et sont à certains égards complémentaires. Leur source, leurs objectifs et leur champ d'application demeurent toutefois distincts.

La Convention de Montréal est un traité incorporé au droit fédéral canadien par l'effet de l'article 2 de la *Loi sur le transport aérien* et est entrée en vigueur en novembre 2003[331]. Comme l'ont souligné les juges Abella et Wagner dans l'affaire *Thibodeau c Air Canada*, la Convention représente « l'aboutissement d'efforts déployés pendant plusieurs décennies en vue d'accroître la protection des consommateurs »[332].

Cette Convention prévoit un régime d'indemnisation pour des dommages subis dans le cadre du transport international de personnes, de bagages et de marchandises[333]. Elle crée certaines présomptions dont le consommateur peut bénéficier, dont une présomption de faute à l'encontre du transporteur pour les dommages qui résultent d'un retard[334], ou encore une présomption de responsabilité à l'encontre de ces derniers en cas d'accident ayant causé la mort ou des lésions corporelles[335].

---

[329] Le texte de la Convention figure à l'Annexe VI de la *Loi sur le transport aérien*, LC 1985, c C-26.

[330] *Règlement sur la protection des passagers aériens*, DORS/2019-150.

[331] Voir *Thibodeau c Air Canada*, 2014 CSC 67 au para 33 (motifs majoritaires du juge Cromwell) [*Thibodeau*].

[332] *Ibid* au para 150 (motifs dissidents des juges Abella et Wagner).

[333] Convention de Montréal, art 1 (1). La Convention prévoit que le transporteur aérien est responsable du préjudice survenu: (1) en cas de mort ou de lésion corporelle subie par un passager lors d'un accident qui s'est produit à bord de l'avion ou au cours de l'embarquement ou du débarquement (art 17(1)); (2) en cas de destruction, de perte ou d'avarie de bagages dont le transporteur avait la garde (art 17(2)); (3) en cas de destruction, de perte ou d'avarie de la marchandise survenue pendant le transport aérien (art 18); et (4) en cas de dommage résultant d'un retard (art 19). Voir *Thibodeau*, *supra* note 331 au para 39.

[334] Convention de Montréal, art 19. Voir à ce sujet *Yalaoui c Air Algérie*, 2017 QCCS 5479 au para 24–27 [*Yalaoui*]; *Plourde c Service aérien FBO inc*, JE 2006-390, EYB 2005-98439 (QCCS) au para 24 (confirmé par 2007 QCCA 739, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 32190 (29 novembre 2007)).

[335] Cette présomption de responsabilité ne vaut que pour les dommages ne dépassant pas un certain seuil établi par la Convention de Montréal. Au-delà de cette limite, seule une présomption de faute s'impose au transporteur. Voir Convention de Montréal, art 21; Daniel Gardner, *Le préjudice corporel*, 4e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2016 au para no 55.

Quant à lui, le RPPA est une mesure réglementaire adoptée par l'Office (fédéral) des transports (« OTC ») qui s'applique à la fois aux vols internationaux à destination ou en provenance du Canada et aux vols intérieurs[336]. Ce règlement fait suite à des modifications importantes apportées à la *Loi sur les transports* en 2018 visant notamment à conférer à l'OTC de nouveaux pouvoirs réglementaires afin de créer un régime de droits des passagers aériens[337]. Le RPPA établit entre autres des exigences concernant la clarté des communications aux passagers, les vols retardés ou annulés, les refus d'embarquement et les bagages endommagés ou perdus.[338] Il prévoit aussi des indemnités minimales que tous les transporteurs aériens doivent verser aux passagers en cas de retard ou d'annulation de vols. En outre, en réponse aux lacunes observées pendant la pandémie du COVID-19, l'OTC a amendé le RPPA afin d'exiger que les transporteurs fournissent aux voyageurs un remboursement ou une nouvelle réservation en cas d'annulation de vol ou de retard prolongé dû à une situation indépendante de la volonté du transporteur[339].

En plus de pouvoir imposer des sanctions administratives pécuniaires aux entreprises de transport aérien qui ne respectent pas leurs obligations au terme du RPPA[340], l'OTC est responsable du processus de plaintes qui permet au consommateur d'obtenir réparation auprès de telles entreprises.

Par exemple, en cas de retard de vol, le consommateur peut exiger que la compagnie aérienne lui verse une indemnité minimale allant de 125 $ à 1000 $[341]. Pour ce faire, il doit

[336] Ce règlement a été contesté dès son adoption par plusieurs transporteurs aériens qui soutiennent devant la Cour d'appel fédérale que le RPPA ne respecte pas la Convention de Montréal: *International Air Transport Association et al c Procureur général du Canada et al*, nº A-311-19 (avis d'appel de la décision de l'OTC produit à la Cour d'appel fédérale le 5 septembre 2019). En date du 10 novembre 2022, la Cour d'appel fédérale n'avait toujours pas rendu sa décision.

[337] *Loi sur la modernisation des transports*, LC 2018, c 10. Le RPPA a également été modifié en grande partie en 2019 à la suite de l'effort de modernisation du transport aérien entrepris par le gouvernement fédéral. Voir Office des transports du Canada, « Document d'information − Modifications au Règlement sur les transports aériens », 13 août 2019, en ligne: https://www.otc-cta.gc.ca/fra/document-dinformation-modifications-au-reglement-sur-transports-aeriens (consultée le 10 novembre 2022).

[338] Pour plus de détails sur le contenu du RPPA, voir Céline Ruault, « Une analyse du contenu du Règlement sur la protection des passagers aériens (entré en vigueur au Canada en 2019) », dans Gabriel-Arnaud Berthold et Louis Jolin, dir, *Le droit du voyage en zone de turbulence*, Cowansville, Yvon Blais, 2021, 69.

[339] Voir *Règlement modifiant le Règlement sur la protection des passagers aériens*, DORS/2022-134. Ces modifications sont entrées en vigueur le 8 septembre 2022.

[340] RPPA, *supra* note 330, arts 32–33.

[341] *Ibid*, art 19. Le consommateur peut également exiger une indemnité pour refus d'embarquement (art 20).

d'abord soumettre sa demande à la compagnie aérienne[342], celle-ci ayant par la suite trente jours pour verser l'indemnité ou fournir les motifs de son refus d'octroyer cette dernière[343]. En cas de refus, le consommateur peut se tourner vers l'OTC pour déposer une plainte. L'Office pourra alors opter pour différents mécanismes de règlements des différends, soit d'abord la facilitation ou la médiation, ou dans certains cas l'arbitrage ou le processus décisionnel formel[344]. Ce processus demeure dans la plupart des cas sans frais pour le consommateur et lui permet, s'il a gain de cause ou s'il parvient à un règlement, de recevoir le montant auquel il a droit en vertu du RPPA[345].

La Convention de Montréal et le RPPA couvrent à eux deux la grande majorité des recours fédéraux que peut entreprendre un consommateur à l'encontre d'un transporteur aérien. Nous verrons dans la section 2.2.3. que certaines des obligations prévues dans ces deux instruments se dédoublent avec le droit commun provincial relatif au transport de personnes ainsi qu'avec les lois d'application générale en matière de protection du consommateur. Il importe toutefois ici de souligner que les tribunaux québécois ont eu tendance dans les dernières années à juger que seules les règles fédérales prévues à la Convention de Montréal sont applicables lorsqu'un consommateur entreprend un recours contre une compagnie aérienne. Ainsi, non seulement les tribunaux prennent-ils pour acquis que les règles encadrant les rapports contractuels entre les compagnies de transport aérien et les consommateurs sont valides, mais ils considèrent également que seules ces règles peuvent être invoquées par les consommateurs[346]. Il est possible que les tribunaux suivent aussi cette tendance en appliquant le RPPA, bien qu'il soit encore trop tôt pour le constater.

[342] RPPA, *supra* note 330, art 19(3).

[343] *Ibid*, art 19(4).

[344] *Loi sur les transports au Canada*, *supra* note 328, art 36.1

[345] Voir Office des transports du Canada, « Aperçu et FAQ: Différends relatifs au transport fédéral », en ligne: https://otc-cta.gc.ca/fra/apercu-et-faq-differends-relatifs-au-transport-federal (consultée le 10 novembre 2022); Office des transports du Canada, « Le règlement de différends par la médiation – Outil d'information », janvier 2013, en ligne: https://publications.gc.ca/collections/collection_2013/otc-cta/TT4-34-2013-fra.pdf (consultée le 10 novembre 2022).

[346] Voir à ce sujet Mathieu, « La protection des voyageurs », *supra* note 311 aux pp 61–66.

1.2.3. Le régime (non) exhaustif de protection des consommateurs en matière financière de la *Loi sur les banques*

Contrairement aux deux types d'entreprises dont nous venons de discuter, les banques sont expressément visées par le partage des compétences prévu dans la LC de 1867 qui donne au Parlement le pouvoir exclusif de légiférer sur « [l]es banques, l'incorporation des banques et l'émission du papier-monnaie »[347]. Cette compétence s'étend à l'ensemble des « opérations bancaires entrant dans l'entreprise légitime d'un banquier »[348], et ce, même si la législation relative à ces opérations empiète sur la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils. Le contenu de cette compétence a évolué à travers le temps de façon à englober de nouvelles activités et opérations, comme la promotion d'assurances ou la délivrance de cartes de crédit, qui n'avaient pas nécessairement été envisagées en 1867[349]. En 2004, la Cour suprême a rappelé que l'ensemble des produits bancaires liés à la consommation relevait de la compétence du Parlement[350]. Le législateur fédéral réglemente également les activités des banques en matière de crédit en vertu de sa compétence sur l'intérêt prévu au paragraphe 91(19) de la LC de 1867. Nous reviendrons plus en détail sur l'exercice de cette compétence dans la section 2.1.

Avec l'évolution et l'expansion des activités bancaires, le législateur fédéral a encadré cette industrie de façon de plus en plus importante et a, depuis le début du 21e siècle, cherché à élargir la protection conférée aux consommateurs dans leurs rapports avec leurs institutions bancaires[351]. En 2001, à la suite des recommandations du Rapport Mackay[352], le Parlement

---

[347] LC de 1867, art 91(15).

[348] Voir *Banque de Montréal c Hall*, [1990] 1 RCS 121 aux pp 145–47, 149, 65 DLR (4th) 361 [*Hall*]; *Wärtsilä*, *supra* note 326 au para 41.

[349] Voir *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 1.

[350] *Banque de Montréal c Marcotte*, 2014 CSC 55 au para 74 [*Marcotte*]. Nous reviendrons sur cette décision plus en détail dans la section 2.2.2.2. (« *Marcotte*: la reconnaissance de l'applicabilité des obligations provinciales en matière de divulgation d'information »).

[351] La *Loi sur les banques* prévoyait déjà certaines mesures de protection pour le consommateur, notamment des exigences de divulgation et de transparence qui avaient été intégrées dès 1967. Voir *Loi sur les banques*, LC 1966-67, c 87, art 92. Ces exigences demeuraient toutefois relativement limitées. Voir Micheline Gleixner, « Consumer Credit in Canada: A Regulatory Patchwork » (2020) 43:2 Dal LJ 697 aux pp 706–07 [Gleixner, « Regulatory Patchwork »]; Harvin Pitch, « Consumer Credit Reform: The Case for a Renewed Federal Initiative » (1972) 5:2 Ottawa L Rev 324 à la p 327 [Pitch, « Consumer Credit Reform »].

[352] Voir Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien, *Changement, défis et possibilités*, Ottawa, septembre 1998. Voir aussi Gouvernement du Canada, « Historique de l'ACFC », en ligne: https://www.canada.ca/fr/agence-consommation-matiere-financiere/organisation/historique.html (consultée le 10 novembre 2022).

crée l'Agence de la consommation en matière financière du Canada (« ACFC »), un organisme de supervision fédéral ayant pour objectif de « contribuer à la protection des consommateurs de produits et services financiers et du public »[353]. L'Agence a le pouvoir de s'assurer que plusieurs entités financières relevant de la compétence fédérale se conforment aux dispositions visant les consommateurs se retrouvant dans diverses lois fédérales, notamment la *Loi sur les banques*[354].

Contrairement à ses homologues en matière de télécommunications (la CPRST) ou de transport aérien (l'OTC), l'ACFC ne peut ni intervenir dans le processus de règlement des différends entre la banque et son client ni offrir de mesures de réparation à ce dernier. Si un consommateur juge que sa banque ne s'est pas conformée à ses obligations à son égard et souhaite obtenir une réparation, il doit plutôt passer par le processus de traitement des plaintes interne de sa banque[355]. Un consommateur insatisfait au terme de ce processus peut se tourner vers un organisme externe (privé et indépendant) de traitement des plaintes (« OETP ») dont est membre son institution bancaire[356]. À la fin de l'enquête de l'OETP,

[353] *Loi sur l'agence de la consommation en matière financière du Canada*, LC 2001, c 9, art 2.1.

[354] *Loi sur les banques*, LC 1991, c 46. Parmi les autres institutions financières régies par l'Agence, se trouvent notamment les sociétés régies par la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, LC 1991, c 45, la *Loi sur les sociétés d'assurances*, LC 1991, c 47 et la *Loi sur les associations coopératives de crédit*, LC 1991, c 48.

[355] L'art 455(1) de la *Loi sur les banques* exige que toutes les institutions bancaires établissent un processus interne de traitements des plaintes.

[356] Les OETP sont des personnes morales qui exercent leur rôle avec l'approbation du ministre fédéral des finances. Voir la *Loi sur les banques*, *supra* note 354, art 627.48: « Le ministre peut, sur recommandation du commissaire et pour l'application du présent article, approuver, à titre d'organisme externe de traitement des plaintes, une personne morale constituée sous le régime de la *Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif* ou de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* dont la mission, aux termes de ses lettres patentes, est à son avis d'examiner les plaintes visées à l'alinéa 627.43(1)(a) qui n'ont pas été réglées par ses institutions membres à la satisfaction de leurs auteurs ». Il y a présentement deux OETP au Canada, soit l'Ombudsman des services bancaires et d'investissement (OSBI) et l'ADR Chambers - Bureau de l'Ombudsman des services financiers (ADRBO). Le processus devant un OETP est sans frais pour le consommateur et lui permet d'obtenir une décision sur sa plainte 120 jours après que l'OETP ait reçu tous les renseignements pertinents pour traiter la plainte. Voir Agence de la consommation en matière financière au Canada, « Comment déposer une plainte auprès d'une institution financière », Gouvernement du Canada, en ligne: https://www.canada.ca/fr/agence-consommation-matiere-financiere/services/plaintes/deposer-plainte-organisme-externe.html (consultée le 10 novembre 2022); Agence de la consommation en matière financière au Canada, « Organismes externes de traitement des plaintes: droits et responsabilités », Gouvernement du Canada, en ligne: https://www.canada.ca/fr/agence-consommation-matiere-financiere/services/droits-responsabilites/droits-activites-bancaires/organismes-externes-traitement-plaintes.html (consultée le 10 novembre 2022).

ce dernier peut recommander une compensation si le consommateur a subi un préjudice en raison d'un geste ou d'une omission de la banque[357].

Dans les dernières années, le gouvernement fédéral a tenté à deux reprises de modifier la *Loi sur les banques* afin d'y intégrer une section consacrée à la protection du consommateur. Il essaie une première fois en 2016 d'ajouter un « régime de protection des consommateurs en matière financière » par le biais du projet de loi C-29, *Loi n° 2 d'exécution du budget de 2016*[358]. Les modifications envisagées créaient une nouvelle partie dans la *Loi sur les banques*, intitulée « Relations avec les clients et le public » qui encadrait les pratiques commerciales des banques à l'égard de leurs clients et du public en général. Le projet de loi ajoutait des exigences relativement à la clarté et l'exactitude des annonces publicitaires des institutions bancaires, interdisait à ces dernières d'imposer à leurs clients des frais et des pénalités à moins que ceux-ci soient prévus dans leur entente et donnait à leurs clients une période déterminée pour résilier toute entente conclue à distance[359]. Il prévoyait en outre un pouvoir réglementaire permettant de régir toutes les modalités relatives à l'exercice des activités des banques et la prestation de services par ces dernières[360].

Non seulement le gouvernement fédéral voulait ainsi mettre sur pied un nouveau régime de protection des consommateurs de services bancaires, mais il cherchait également à rendre ce régime exclusif et exhaustif. En effet, le projet de loi incluait à la Partie 4 une disposition prévoyant expressément la prépondérance du régime fédéral sur toute législation et réglementation provinciale visant à protéger le consommateur, ce que les normes fédérales en matière de télécommunications et de transport aérien ne comportent pas (pour le moment).

---

[357] Voir ADRBO, « Porter plainte – Processus », en ligne: https://bankingombuds.ca/?page_id=70&lang=fr (consultée le 10 novembre 2022); OSBI, « Règles générales - l'Ombudsman des Services Bancaires et d'Investissement (OSBI) », en vigueur le 16 juin 2022, art 13.1, en ligne: https://www.obsi.ca/fr/about-us/resources/OBSI-Terms-of-Reference---June-2022-amendments_FR.pdf (consultée le 10 novembre 2022).

[358] PL C-29, *Loi n^o^ 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 22 mars 2016 et mettant en œuvre d'autres* mesures, 1^ère^ sess, 42^e^ parl, 2016 (première lecture le 25 octobre 2016) [PL-C29].

[359] *Ibid*, art 131 (voir respectivement les modifications proposées par les nouveaux articles 627.15, 627.2 et 627.21 de la *Loi sur les banques*).

[360] PL-C29, *supra* note 358, art 131 (voir les modifications proposées par le nouvel article 627.96 de la *Loi sur les banques*).

L'article 627.03 prévoyait ce qui suit:

> *627.03 (1) La présente partie a notamment pour objet d'établir un régime complet et exclusif pour encadrer les relations des institutions avec leurs clients et le public relativement aux produits et services bancaires, et ce, afin:*
>
> *a) de fournir aux clients et au public une protection uniforme à l'échelle nationale;*
>
> *b) de permettre aux institutions d'exercer leurs opérations bancaires de façon cohérente et avec efficacité à cette échelle;*
>
> *c) d'assurer l'uniformité dans la supervision des institutions et le contrôle d'application des dispositions relatives à la protection des clients et du public.*
>
> *Prépondérance*
>
> *(2) Sauf disposition contraire prévue sous son régime, la présente partie vise à avoir prépondérance sur les dispositions des lois et règlements provinciaux relatives à la protection des consommateurs et aux pratiques commerciales visant ceux-ci.*

Cet ajout n'a toutefois jamais vu le jour. En effet, dès la première lecture du projet de loi, le Québec s'est fervemment opposé à ce que le Parlement fédéral écarte ainsi les règles provinciales[361]. Plusieurs sénateurs québécois ont également manifesté leur intention de bloquer l'adoption du projet de loi si les dispositions créant ce nouveau régime n'étaient pas retirées. Le gouvernement fédéral a finalement reculé et le projet de loi C-29 a été adopté sans la nouvelle partie consacrée à la protection des consommateurs en matière financière[362].

---

[361] Voir Assemblée nationale, « Résolution adoptée à l'unanimité exigeant du gouvernement fédéral le retrait des dispositions du projet de loi C-29, *Loi nº 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 22 mars 2016 et mettant en œuvre d'autres mesures* qui rendraient inapplicables celles de la *Loi sur la protection du consommateur* encadrant la relation entre les banques et leurs clients », 29 novembre 2016, en ligne: https://www.sqrc.gouv.qc.ca/relations-canadiennes/positions-historiques/motions/2016-11-29-protection-consommateur.pdf (consultée le 10 novembre 2022).

[362] *Loi nº 2 d'exécution du budget de 2016*, LC 2016, c 12. Voir à ce sujet Radio-Canada, « Protection du consommateur: Ottawa recule devant Québec », 12 décembre 2016, en ligne: https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1005396/ottawa-retrait-article-projet-loi-c29-banques-protection-consommateur-quebec (consultée le 10 novembre 2022).

Deux ans plus tard, le gouvernement fédéral revient à la charge en déposant le projet de loi C-86[363], qui crée comme son prédécesseur un régime de protection des consommateurs en ajoutant une Partie XII.2 de la *Loi sur les banques*. Le projet de loi reprend pour l'essentiel les modifications prévues dans le projet de loi C-29, à l'exception toutefois de la disposition de prépondérance. Il modifie également la *Loi sur l'agence de la consommation en matière financière du Canada* pour inclure dans la mission de cette agence la protection des droits et des intérêts des consommateurs de produits et services financiers et du public[364].

À nouveau, le Québec s'est opposé à ces modifications, jugeant que le régime mis en place offrait une protection inférieure à ce que prévoyait la LPC et était susceptible de créer de la confusion chez le consommateur[365]. Cela n'a toutefois pas été suffisant cette fois pour faire reculer le gouvernement fédéral. Le projet de loi C-86 a ainsi été adopté en décembre 2018 et toutes ses dispositions sont entrées en vigueur le 30 juin 2022[366].

En principe, le nouveau régime de la *Loi sur les banques* viendra se superposer aux exigences qu'imposent déjà les lois provinciales d'application générale en matière de protection du consommateur. En effet, nous verrons dans la section 2.2.2. que, jusqu'à maintenant, la Cour suprême a reconnu que les exigences fédérales et provinciales visant

[363] PL C-86, *Loi nº 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 février 2018 et mettant en œuvre d'autres mesures*, 1ère sess, 42e parl, 2018 (sanctionné le 13 décembre 2018).

[364] *Ibid*, art 338.

[365] Voir Assemblée nationale, « Résolution adoptée à l'unanimité dénonçant les dispositions introduites dans le projet de loi C-86 qui offrent une protection inférieure à ce que prévoit la législation québécoise en matière de crédit à la consommation et qui créeront de la confusion quant aux règles applicables en la matière et à la distribution de certains contrats d'assurances », 30 novembre 2018, en ligne: https://www.sqrc.gouv.qc.ca/relations-canadiennes/positions-historiques/motions/2018-11-30-loi-c-86.pdf (consultée le 10 novembre 2022). Les groupes de protection des consommateurs s'y sont également opposés: voir Option consommateurs, « Projet de loi C-86: les clients des banques canadiennes seront insuffisamment protégés », 6 décembre 2018, en ligne: https://option-consommateurs.org/projet-loi-c-86-clientss-banques-canadiennes-seront-insuffisamment-proteges/ (consultée le 10 novembre 2022); Coalition des associations des consommateurs du Québec, « Droits des clients des banques: une mauvaise réforme étudiée trop vite à Ottawa », 4 décembre 2018, en ligne: https://defensedesconsommateurs.org/2018/12/04/droits-des-clients-des-banques-une-mauvaise-reforme-etudiee-trop-vite-a-ottawa/ (consultée le 10 novembre 2022).

[366] *Décret fixant au 30 juin 2022 la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions de cette loi (Loi nº 2 d'exécution du budget de 2018)*, CP 2021-804, TR/2021-42, (2021) Gaz C II, 2682. Le *Règlement sur le régime de protection des consommateurs en matière financière*, DORS/2021-181 est entré en vigueur à la même date. Les articles 331, 332, 337 et 338, 342(2), 344 à 347 et 350 étaient déjà entrés en vigueur depuis le 30 avril 2020.

à protéger les intérêts économiques des consommateurs dans le secteur bancaire pouvaient coexister.

1.2.4. Conclusion: une large marge de manœuvre et une action législative croissante dans l'encadrement des rapports entre les entreprises fédérales et leurs clients

L'intervention du Parlement fédéral afin de protéger le consommateur dans ses rapports avec les entreprises de télécommunications, les transporteurs aériens et les banques semble avoir suivi la même trajectoire et pris une forme similaire dans ces trois secteurs d'activités.

D'abord, le Parlement a agi principalement en déléguant à des organismes administratifs fédéraux le pouvoir d'encadrer et de surveiller les rapports de consommation entre les entreprises fédérales et leurs clients, qu'il s'agisse du CRTC en matière de télécommunications, de l'OTC en ce qui concerne le transport aérien ou encore de l'ACFC dans le domaine bancaire. Ensuite, dans ces trois secteurs, le consommateur bénéficie de processus souples et généralement rapides pour obtenir une réparation lorsque l'entreprise avec qui il fait affaire manque à ses obligations. Il peut ainsi suivre la procédure de règlement des différends devant la CPRST, recevoir les indemnités minimales prévues par le RPPA ou soumettre une plainte à un OETP. Ces recours viennent s'ajouter à ceux que leur offre le droit provincial, sur lesquels nous reviendrons dans la section 2. Enfin, dans ces trois secteurs d'activités, l'intervention accrue du Parlement et de ses organismes administratifs s'est observée dans la même période, soit à partir du début du 21e siècle et plus particulièrement à la fin des années 2010.

Nous pouvons également voir que le législateur fédéral intervient différemment lorsqu'il réglemente des industries particulières plutôt que lorsqu'il encadre le commerce dans son ensemble, comme il le fait par exemple en matière de concurrence. Tel que le notent Cafaggi et Micklitz, il existe une distinction « *between a policy strategy ensuring consumer protection across sectors, and one tailoring the most effective mix of enforcement strategies to a specific sector* »[367]. En effet, lorsqu'il agit sur des industries comme celles des télécommunications, de l'aéronautique ou des banques, le législateur doit tenir compte des

[367] Fabrizio Cafaggi et Hans-W Micklitz, « Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment » (2008) 3 Eur R Priv L 391 à la p 415.

spécificités de ces secteurs et des intérêts de tous les acteurs qui y sont impliqués — ce qui inclut les intérêts des consommateurs, mais aussi ceux des entreprises réglementées. Il doit donc pouvoir disposer d'une certaine latitude pour mettre en place des mécanismes lui permettant à la fois de protéger le consommateur et de répondre aux besoins spécifiques des industries dont il a la responsabilité[368].

Or le partage des compétences lui offre une telle marge de manœuvre. Lorsque le Parlement régit des entreprises fédérales, ses moyens d'intervention ne sont pas limités de la même façon que lorsque son intervention est fondée sur ses compétences relatives au droit criminel ou au commerce en général[369]. En effet, il n'a pas à intervenir par le moyen d'interdictions accompagnées de sanctions, comme il le ferait en matière criminelle, ni à mettre sur pied un organisme de surveillance administrant un régime réglementaire, comme il devrait le faire s'il agissait en vertu du second volet du paragraphe 91(2). Son champ d'action n'est pas non plus limité aux activités interprovinciales ou internationales des entreprises qui relèvent de sa compétence, mais s'étend à l'ensemble de leurs activités. En ce sens, dès que son action touche aux activités d'entreprises de télécommunications, de transporteurs aériens ou d'institutions bancaires, le législateur fédéral dispose d'une grande latitude quant au type de mesures qu'il peut adopter, incluant des règles encadrant la forme et le contenu des contrats de consommation auxquels sont parties de telles entreprises.

Le Parlement peut ainsi intervenir au sein de la relation contractuelle entre le consommateur et les entreprises fédérales. En effet, il peut, comme il l'a fait dans les dernières années, définir les modalités des contrats conclus par ces entreprises, déterminer les informations qu'ils doivent comporter et imposer des règles précises en matière de modification et de résiliation contractuelle. Il s'immisce ce faisant directement dans un domaine qui relève normalement de la compétence des provinces, à qui il appartient en principe de réglementer tout rapport contractuel à l'intérieur de leurs frontières.

---

[368] *Ibid* à la p 416.

[369] Sur la distinction entre les compétences sur un secteur d'activités ou de droit et celles sur un sujet ou un objet de droit (telles que les entreprises), voir Fabien Gélinas, « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation » (1994) 28 RJT 507 aux pp 518–23 [Gélinas, « Éléments de systématisation »]. Voir aussi à ce sujet Jean Leclair, « L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la Loi constitutionnelle de 1867 » (1994) 28:2 RJT 661 [Leclair, « Nature d'une compétence »].

Dès lors, le Parlement et les organismes administratifs à qui il délègue des pouvoirs de réglementation et de surveillance mettent en place des règles qui dupliqueront, compléteront et, parfois, contrediront le droit commun provincial ainsi que les différentes lois provinciales d'application générale en matière de protection du consommateur. Nous aborderons plus en détail la façon dont les tribunaux ont traité cette interaction entre le droit fédéral et provincial dans la section 2.2.

Il convient à ce stade de rappeler que, pour l'instant, la validité de ces diverses mesures fédérales n'a toujours pas été remise en question devant les tribunaux. Peut-être cela s'explique-t-il par le fait que ces mesures sont souvent moins restrictives et exhaustives que celles prévues dans les lois provinciales d'application générale. Dans ce contexte, les entreprises fédérales gagnent à être soumises aux règles fédérales et à s'attaquer plutôt à la constitutionnalité des mesures adoptées par les provinces, lorsque celles-ci prétendent les régir. Quoi qu'il en soit, l'absence de décisions délimitant les contours de la compétence du Parlement permet jusqu'à maintenant à ce dernier d'intervenir de façon de plus en plus importante afin de protéger les intérêts économiques des consommateurs dans leurs rapports avec les entreprises dont il a la responsabilité.

1.3. L'incapacité fédérale d'adopter des normes de qualité du produit pour des fins économiques

Nous avons vu dans la Partie I que le législateur fédéral pouvait, en vertu de sa compétence en matière criminelle, prévoir des normes relatives à la qualité du produit visant à s'assurer de protéger la santé et la sécurité du consommateur. Il ressort de la décision *Labatt*[370] que cet objectif s'avère déterminant pour que le Parlement fédéral puisse adopter des règles s'immisçant dans le commerce intraprovincial[371].

Rappelons que dans l'affaire *Labatt*, le juge Estey, s'exprimant pour la majorité, avait souligné que le Parlement fédéral ne pouvait recourir à sa compétence sur le droit criminel pour établir des règles relatives à la fabrication et à la commercialisation d'un produit à moins que telles règles visent à protéger la santé des consommateurs. Il avait alors conclu

[370] *Labatt*, *supra* note 212.

[371] Voir *supra* Partie I, section 1.1.3.1. (« L'affaire *Labatt*: la protection de la santé du consommateur comme objectif nécessaire à l'intervention du législateur fédéral »).

que le Parlement fédéral ne pouvait imposer une teneur en alcool spécifique pour les produits vendus sous une appellation donnée, en l'occurrence sous le nom « bière légère », dans la mesure où le produit n'était pas en lui-même dangereux pour le consommateur. Jugeant que les règles fédérales en cause portaient sur la production et la vente locale de produits déterminés dans une industrie particulière, le juge Estey avait également conclu que le Parlement ne pouvait évoquer sa compétence générale en matière de commerce.

Ainsi, le législateur est beaucoup plus limité dans sa capacité à établir des exigences relatives à la qualité du produit lorsque celles-ci visent plutôt à protéger les intérêts économiques des consommateurs, c'est-à-dire lorsqu'elles ont pour objectif de s'assurer de la durabilité, de la fiabilité et de la performance des produits offerts sur le marché.

La capacité du législateur fédéral d'établir des normes nationales relatives à qualité des produits n'a été examinée qu'une seule autre fois par la Cour suprême en 1980, dans l'arrêt *Supermarchés Dominion*[372] [1.3.1.], rendu moins d'une semaine avant la décision *Labatt*. Bien que cette décision fournisse un certain éclairage sur la conception du fédéralisme préconisée par la Cour au tournant des années 80, sa décision subséquente dans l'arrêt *General Motors* jette néanmoins un doute sur la valeur de cette décision à titre de précédent [1.3.2.].

1.3.1. *Supermarchés Dominion*: une exception à l'approche souple du fédéralisme et un frein à l'expansion de la compétence fédérale en matière économique

Dans cette affaire, le détaillant Supermarchés Dominion, qui opérait en Ontario, faisait l'objet d'une accusation en vertu du paragraphe 3(2)a) de la *Loi sur les normes des produits agricoles* (« LNPA »)[373] qui interdisait « de vendre, offrir en vente ou avoir en sa possession pour la vente un produit agricole sous un nom de qualité établi [par règlement] […] ou sous un nom de qualité ou une autre désignation ressemblant à un nom de qualité ainsi établi au point d'être vraisemblablement confondu avec ce nom »[374]. Il se voyait

[372] *Supermarchés Dominion Ltd c R*, [1980] 1 RCS 844, 106 DLR (3d) 581 [*Supermarchés Dominion*].

[373] *Loi sur les normes des produits agricoles*, LRC 1970, c A-8.

[374] Le paragraphe 3(1) donnait au gouverneur en conseil le pouvoir d'« édicter des règlements établissant des qualités ainsi que des noms de qualité appropriés pour toute catégorie de produits agricoles », et listait l'ensemble des sujets qui pouvaient faire l'objet d'un règlement à cet effet.

reprocher d'avoir eu en sa possession des pommes arborant le nom de qualité « Canada Extra Fancy » alors que ces pommes, en raison de la présence de meurtrissures, n'étaient pas conformes aux exigences du règlement d'application de la LNPA correspondant à une telle désignation.

En vertu de la Partie I de la LNPA, Supermarchés Dominion était assujetti à un standard « volontaire » de qualité. Il n'était pas tenu d'utiliser une désignation particulière lorsqu'il vendait ses produits à l'intérieur d'une province. Par contre, lorsqu'il utilisait une désignation prévue par le règlement d'application de la LNPA[375], comme la mention « Canada Extra Fancy », il devait respecter les exigences reliées à une telle désignation, sous peine de se voir imposer une sanction[376]. La loi fédérale s'appliquait en sus de la loi ontarienne qui, quant à elle, *exigeait* que les produits vendus sur son territoire portent des désignations de qualité[377]. Autrement dit, un commerçant qui vendait ses produits en Ontario *devait* respecter les désignations provinciales, alors qu'il était libre d'adopter ou non les désignations fédérales similaires. En l'espèce, les désignations provinciales étaient dans les faits identiques aux désignations fédérales que les commerçants pouvaient choisir d'utiliser en vertu de la LNPA[378].

Face aux accusations portées contre lui, le détaillant Supermarchés Dominion conteste la validité de la Partie I de la LNPA au motif que celle-ci visait à réglementer une opération commerciale à l'intérieur d'une seule province, en l'occurrence l'Ontario[379]. Il convient de noter que les exigences de la LNPA en lien avec l'utilisation de désignations prévues à son règlement d'application ne visaient pas à protéger la santé ou la sécurité des consommateurs, mais bien à s'assurer que la qualité des produits vendus sous cette désignation corresponde à celle associée à cette dernière. Autrement dit, Supermarché

[375] *Règlement sur les fruits et les légumes frais*, CP 1965-1599.

[376] À l'inverse, la Partie II de la LNPA rendait obligatoire l'utilisation de désignations de qualité lorsque les produits étaient destinés à l'exportation ou au commerce interprovincial.

[377] *The Farm Products Grades and Sales Act*, RSO 1970, c 161.

[378] *Supermarchés Dominion*, *supra* note 372 à la p 857.

[379] Le procureur général du Canada est intervenu pour soutenir la validité de la loi au motif que celle-ci relevait de l'un ou l'autre des volets du paragraphe 91(2) de la LC de 1867, et pouvait également se justifier en vertu du paragraphe 91(27) et de l'article 95. Le procureur général de l'Ontario est quant à lui intervenu pour soutenir les arguments de Supermarchés Dominion. Il prétendait alors que le paragraphe 3(2) de la LNPA avait pour effet de permettre au Parlement de contrôler les opérations locales relatives aux produits agricoles.

Dominion ne pouvait laisser croire aux consommateurs que les pommes qu'il vendait correspondaient au standard de qualité « Canada Extra Fancy » alors que ces derniers obtenaient des pommes d'une qualité inférieure.

Dans une décision très divisée de cinq contre quatre[380], la majorité de la Cour conclut que la Partie I de la LNPA est « inapplicable » en l'espèce et que les accusations à l'égard de Supermarchés Dominion doivent par conséquent être annulées. Les motifs majoritaires sont rédigés par le juge Estey, qui était également, rappelons-le, l'auteur des motifs de la majorité dans l'affaire *Labatt* rendue une semaine plus tard.

Selon lui, le Parlement ne peut pas, sous le prétexte de réglementer les échanges et le commerce, agir dans des domaines qui, en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la LC de 1867, appartiennent à la compétence exclusive des provinces et ainsi réglementer des opérations entièrement intraprovinciales. Contrairement à la Cour d'appel de l'Ontario, qui avait conclu que la doctrine des pouvoirs accessoires justifiait de préserver la validité de la Partie I de la loi, le juge Estey est d'avis que le Parlement ne peut réglementer le commerce local de façon accessoire à la mise en place d'un régime réglementant le commerce interprovincial et international[381].

Le juge Estey aborde rapidement la compétence fédérale sur le commerce, affirmant que le paragraphe 91(2) se limite à la réglementation du commerce interprovincial et international. Il semble ainsi laisser de côté la jurisprudence du CJCP portant sur le second volet de cette compétence[382]. Il distingue en outre l'*Affaire sur les marques de commerce*, dans laquelle le CJCP avait reconnu que le paragraphe 91(2) permettait au Parlement d'établir des normes nationales en matière de marques de commerce[383]. Cette décision ne

[380] La majorité est composée des juges Martland, Pigeon, Beetz, Estey et Pratte et la dissidence du juge en chef Laskin et des juges Ritchie, Dickson et McIntyre.

[381] *Supermarchés Dominion*, *supra* note 372 à la p 854.

[382] *Ibid* à la p 866. Voir *Parsons*, *supra* note 34; *John Deere*, *supra* note 195; *Affaire sur les marques de commerce*, *supra* note 38.

[383] Voir *supra*, Partie II, section 1.1.3.2. (« L'*Affaire sur les marques de commerce* et le *Renvoi sur l'article 498A du Code criminel*: l'autorisation de l'empiètement fédéral sur la compétence des provinces en matière de droits civils »).

saurait être déterminante selon lui, puisque la loi dont il était alors question ne portait pas, comme en l'espèce, sur la commercialisation locale de produits agricoles[384].

S'appuyant sur les propos du juge Rand dans le *Renvoi sur la validité du para 5a) de la Loi sur l'industrie laitière*[385], la majorité conclut que la Partie I ne saurait non plus trouver sa source dans la compétence fédérale sur le droit criminel. Rappelons qu'en 1949, le juge Rand avait conclu que la disposition contestée visait un objectif de nature économique, lequel ne faisait pas partie de l'un des objectifs reconnus du droit criminel, soit la paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité[386]. Selon le juge Estey, le Parlement ne pouvait pas, pour des fins économiques, interdire la production ou la vente d'un produit en particulier à l'intérieur d'une province puisque cela portait atteinte à la compétence des provinces en matière de commerce intraprovincial[387]. Le juge Estey jette ainsi les bases de ce qu'il confirmera dans l'affaire *Labatt*, soit que la compétence fédérale en matière criminelle ne peut justifier des restrictions au commerce intraprovincial que lorsque celles-ci sont destinées à protéger la santé et la sécurité des consommateurs, et non lorsque l'objectif fédéral est la protection d'intérêts de nature économique.

Cela étant, le juge Estey est d'avis que la Partie I de la loi n'est pas nécessairement *ultra vires*, mais qu'elle est plutôt *inapplicable* au cas en l'espèce. Selon lui, la question centrale du litige était de savoir si Supermarchés Dominion pouvait être accusé en vertu de la loi fédérale, et non si la loi fédérale était en elle-même valide. Cette affirmation est plutôt surprenante considérant qu'il venait de conclure à l'absence de compétence du Parlement fédéral sur le commerce local et que la question formulée par la Cour elle-même portait sur le caractère *ultra vires* de la loi, et non sur son applicabilité[388]. Le juge Estey conclut qu'en

[384] *Supermarchés Dominion*, *supra* note 372 aux pp 860–62.

[385] *Reference re Validity of Section 5 (a) Dairy Industry Act*, [1949] RCS 1, [1949] 1 DLR 433.

[386] *Supermarchés Dominion*, *supra* note 372 aux pp 49–50.

[387] *Ibid* à la p 50.

[388] La question que la Cour avait autorisée était: « La Partie I de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, S.R.C. 1970, chap. A-8, est-elle *ultra vires* en totalité ou en partie ? ». Voir *Supermarchés Dominion*, *supra* note 372 à la p 854. Pour justifier sa conclusion, le juge Estey cite la décision *Reference Re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] RCS 248, 3 DLR 801, dans laquelle il était question de l'applicabilité (et non de la validité) d'une législation provinciale en matière de salaires minimums aux employés de la poste, une entreprise fédérale. Nous reviendrons plus loin sur la confusion qui se dégage des motifs de la majorité relativement aux doctrines d'interprétation constitutionnelle et au dispositif du jugement.

l'espèce la Partie I ne s'applique pas à Supermarchés Dominion et qu'il appartient plutôt aux autorités provinciales de s'assurer que les produits sur le marché respectent les standards de qualité prévus par le droit provincial.

Selon les juges dissidents, dont les motifs sont rédigés par le juge Laskin, le Parlement pouvait, après avoir édicté des normes obligatoires pour des produits destinés à l'exportation et au commerce interprovincial, compléter celles-ci par des normes facultatives auxquelles les marchands peuvent recourir pour des opérations locales[389].

Le juge Laskin précise que l'article 3 de la LNPA n'ordonne pas l'utilisation des noms de qualité établis par la loi, mais inflige plutôt une sanction lorsque le vendeur d'un produit choisit d'utiliser un nom de qualité sans que le produit réponde aux exigences de cette classe[390]. Autrement dit, le Parlement fédéral met à la disposition des commerçants un ensemble de normes nationales sans en ordonner l'usage[391]. Contrairement au juge Estey, le juge Laskin est d'avis que les principes établis dans l'*Affaire des marques de commerce* s'appliquent en l'espèce. Il souligne que le CJCP a reconnu dans cette affaire qu'une telle « réglementation facultative » pouvait s'appuyer sur le pouvoir fédéral relatif à la réglementation des échanges et du commerce[392]. Il aurait par conséquent rejeté l'appel sur la base des mêmes motifs que le juge de première instance, soit que les dispositions en cause sont valides en vertu du second volet du paragraphe 91(2) de la LC de 1867[393].

Encore aujourd'hui, l'arrêt *Supermarchés Dominion* reste le seul dans lequel la Cour suprême s'est prononcée sur le pouvoir du Parlement fédéral d'imposer des standards de qualité du produit. Or l'interprétation du partage des compétences qui s'en dégage ne représente plus, à plusieurs égards, l'état du droit actuel. De plus, le dispositif de la majorité laisse particulièrement perplexe. Néanmoins, cette décision permet de mieux comprendre la position de la Cour au tournant des années 80 quant à la capacité du législateur fédéral de protéger les intérêts économiques des consommateurs.

---

[389] *Supermarchés Dominion*, *supra* note 372 à la p 846.
[390] *Ibid* à la p 849.
[391] *Ibid* à la p 852.
[392] *Ibid*.
[393] Le juge Laskin ne se prononce pas sur la possibilité que les dispositions puissent être valides en vertu de la compétence fédérale en droit criminel.

D'abord, l'arrêt *Supermarchés Dominion* semble représenter une exception au courant dominant que nous avons observé jusqu'à présent, selon lequel la Cour tend à favoriser l'application parallèle des normes provinciales et fédérales qui visent à protéger le consommateur. Au lendemain de la décision, plusieurs ont d'ailleurs souligné que la décision de la majorité allait à l'encontre des intérêts du consommateur. Pour MacPherson, les gagnantes de cette affaire sont avant tout les entreprises qui utilisent des arguments de nature constitutionnelle pour éviter de se soumettre à la législation fédérale protégeant le consommateur[394]. Kerr note de son côté que cet arrêt a eu pour effet de « *revitalizing interference with intraprovincial trade as an obstacle to federal consumer laws* »[395]. Cette position est également partagée par Trebilcock, qui observe par ailleurs que « *federal grade names could not serve their purpose of informing consumers as to the quality of the graded products if intraprovincially traded goods could use the grade names without adhering to the federal standards* »[396]. Le juge Laskin prend d'ailleurs le soin de souligner dans sa dissidence qu'étendre au commerce local les normes applicables au commerce interprovincial et international aurait été bénéfique pour les consommateurs, contrairement à la solution retenue par la majorité[397].

Bien qu'à première vue ces critiques semblent fondées, il faut rappeler que la déclaration d'inapplicabilité rendue par la Cour suprême ne laissait pas les consommateurs sans protection. En effet, la loi provinciale prévoyait des règles identiques et permettait aux autorités locales de sanctionner une entreprise qui ne respectait pas les exigences liées à la désignation de ses produits. Au surplus, la loi provinciale en cause était dans les faits plus contraignante que la loi fédérale puisqu'elle rendait l'utilisation des désignations de qualité obligatoire, et non seulement optionnelle. D'ailleurs, le juge Estey précise à la fin de ses motifs que sa déclaration d'inapplicabilité « ne veut pas dire que le public n'est pas protégé » puisque la loi provinciale a la même portée que la loi fédérale[398]. Les juges

[394] James C MacPherson, « Economic Regulation and the British North America Act: *Labatt Breweries* and Other Constitutional Imbroglios » (1981) 5:2 Can Bus LJ 172 à la p 219 [MacPherson, « Constitutional Imbroglios »].

[395] Robert Kerr, « The Scope of Federal Power in Relation to Consumer Protection » (1980) 12 Ottawa LR 119 à la p 144.

[396] Trebilcock, « Conditions for Effective Competition », *supra* note 254 à la p 566.

[397] *Supermarchés Dominion*, *supra* note 372 à la p 852.

[398] *Ibid* à la p 864.

majoritaires avaient ainsi à l'esprit la nécessité d'en arriver à une solution qui ne laissait pas le public sans protection. Dans ce contexte, même si elle limite la portée de la loi fédérale, la décision *Supermarchés Dominion* ne s'écarte pas complètement de la tendance observée dans les autres décisions dont nous avons traité, soit celle d'interpréter le partage des compétences d'une façon qui favorise la protection des consommateurs et du public en général.

Ensuite, la décision *Supermarchés Dominion* ferme à nouveau la porte à ce que le Parlement fédéral puisse intervenir en matière économique par le biais de la compétence que lui confère le paragraphe 91(27) de la LC de 1867. Le juge Estey refuse de reconnaître que la poursuite d'un objectif de nature économique puisse être considérée comme un objectif valide de droit criminel. Rappelons qu'une loi comme la LNPA impose des standards de qualité non pas pour combattre un mal ou pour protéger le public contre un danger, mais plutôt pour remédier aux déficits informationnels du consommateur quant à la qualité des produits offerts sur le marché[399]. Comme le souligne Ian B Lee en expliquant le raisonnement de la Cour dans les arrêts *Labatt* et *Supermarchés Dominion*, l'objectif qui sous-tend la mise en place de standards de qualité est déterminant dans la qualification constitutionnelle de telles mesures:

> *It therefore becomes relevant that the establishment of standardized product grades or names is a mechanism to reduce the informational costs associated with transactions in those products. Reasonable consumers may well wish to purchase, and businesses wish to sell to them, products having different characteristics, including different levels of quality. Such transactions are facilitated if there are standard names for frequently-desired characteristics, or for products having certain bundles of characteristics.*
>
> *It was possible for a court reasonably to conclude that a law making it an offence for the powerful to injure the weak resembles paradigmatic criminal law, whereas law establishing what are in essence standardized contractual terms for the purpose of reducing the cost of doing business, and penalizing departures*

[399] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.2.2.3. (« L'exécution du contrat: le contrôle de la qualité des biens et des services »).

> *from those terms, is closer to the contract law (and therefore the civil law) paradigm than to the criminal law paradigm*[400].

Ainsi, le législateur fédéral ne pourra s'immiscer dans la production ou la commercialisation d'un produit que si l'objectif qu'il poursuit est la protection du public de façon générale contre un « mal » ou un « danger », comme c'est le cas par exemple lorsqu'il s'assure que les produits vendus sur le marché sont sécuritaires pour le consommateur. Dans la mesure où la mise en place de standards de qualité ne poursuit pas un tel objectif, mais vise plutôt la protection des intérêts économiques des consommateurs, le législateur fédéral ne peut invoquer sa compétence en droit criminel pour agir dans ce domaine.

De surcroît, la décision *Supermarchés Dominion* confirme la réticence de la Cour — à cette époque — à reconnaître une large compétence au Parlement fédéral en matière économique. Comme elle le fera dans l'affaire *Labatt* (rendue la même semaine), la majorité rejette tout argument fondé sur le second volet du paragraphe 91(2) de la LC de 1867, confinant la compétence du Parlement en matière de commerce aux activités interprovinciales ou internationales. Certains vont jusqu'à affirmer que la Cour a voulu écarter le précédent du CJCP dans l'*Affaire des marques de commerce* et remettre en question l'existence même de la compétence fédérale générale sur le commerce reconnue dans l'arrêt *Parsons*[401].

Comme le note Trebilcock, lues ensembles, les affaires *Supermarchés Dominion* et *Labatt* « *showed a continued reluctance to allow the federal government to pursue positive integration of the Canadian Economic Union through nationally legislated standards, including "voluntary" standards perceived by the Court as subterfuge intended to evade the structures of section 91(2)* »[402]. Ces deux arrêts confirment par ailleurs que la Cour est d'avis que la mise en place de standards de qualité et de normes de production visant à

[400] Ian B Lee, « The Assisted Human Reproduction Act Reference and The Federal Criminal law Power » (2011) 90 Can Bar Rev 471 à la p 484.

[401] Voir à ce sujet MacPherson, « Constitutional Imbroglios », *supra* note 394 à la p 191; Peter W Hogg, « Comment on James C. MacPherson's Paper on Economic Regulation and the British North America Act » (1981) 5:2 Can Bus LJ 220 aux pp 222–23 [Hogg, « Economic Regulation »].

[402] Trebilcock, « Conditions for Effective Competition », *supra* note 254 à la p 567.

protéger les intérêts économiques des consommateurs se rattache à la compétence exclusive des provinces.

De façon plus générale, les motifs de la majorité s'inscrivent manifestement dans une vision plus classique du fédéralisme n'autorisant aucun empiètement sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement. La majorité de la Cour marque un retour vers l'approche du CJCP qui visait à éviter une trop grande centralisation du pouvoir entre les mains du législateur fédéral[403]. En effet, elle refuse d'accepter qu'en créant des standards de qualité applicables à travers le Canada dans le cadre du commerce interprovincial et international de certains produits, le Parlement puisse accessoirement empiéter sur la compétence des provinces relativement au commerce intraprovincial. Elle limite ainsi l'étendue de la compétence fédérale, d'une part, en refusant de donner effet à la compétence générale sur le commerce et, d'autre part, en excluant l'application de la doctrine des pouvoirs accessoires. Ce faisant, le Parlement fédéral ne peut justifier son intervention ni par le premier ni par le second volet du paragraphe 91(2) de la LC de 1982.

De plus, les brefs propos de la majorité dans *Supermarchés Dominion*, de même que dans *Labatt* concernant la législation en matière d'étiquetage et d'emballage des produits, sont selon nous révélateurs de la distinction que fait la Cour entre les obligations de divulgation d'information et les standards de qualité des produits.

En effet, tout en écartant la loi fédérale en cause, la majorité de la Cour dans les deux cas prend soin de préserver la validité des règles relatives à l'étiquetage et à l'emballage des produits. Dans *Supermarchés Dominion*, le juge Estey précise que ses motifs ne doivent pas être interprétés comme « un commentaire sur les tentatives de réglementation fédérale du texte des étiquettes apposées sur différentes marchandises[404] ». Il rappellera également dans l'affaire *Labatt* qu'il faut distinguer les normes de production ou de commercialisation des normes relatives à l'étiquetage. Ces dernières n'interfèrent pas avec la façon dont un bien est produit, mais ont « essentiellement pour objet d'empêcher toute

[403] Voir à ce sujet Howard L Kushner, « *Dominion Stores* and *Labatt Breweries*: Signals of a Return to the Theory of Provincial Rights » (1981) 19:1 Osgoode Hall LJ 118 [Kushner, « Return to the Theory of Provincial Rights »]; MacPherson, « Constitutional Imbroglios », *supra* note 394 aux pp 191–92; Hogg, « Economic Regulation », *supra* note 401 aux pp 222–23.

[404] *Supermarchés Dominion*, *supra* note 372 à la p 855.

supercherie ou tout abus de la part du vendeur à l'égard du consommateur »[405]. En ce sens, si le législateur fédéral ne peut intervenir au stade de la fabrication et de la commercialisation du produit, rien ne l'empêche, selon le juge Estey, d'intervenir afin d'imposer des obligations en matière de divulgation d'information aux consommateurs. La majorité adopte ainsi une position qui évite de remettre en question la validité de lois fédérales telles que la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*[406] et la *Loi sur l'étiquetage des textiles*[407]. La validité de ces deux lois ne sera d'ailleurs jamais contestée devant la Cour suprême[408].

Autrement dit, la majorité de la Cour reconnaît que les mesures relatives à la divulgation d'information sur l'emballage et l'étiquetage d'un produit peuvent relever de la compétence du Parlement, alors que l'imposition de normes relatives à qualité du produit relève de la compétence exclusive des provinces. La Cour accepte ainsi que le législateur fédéral puisse chercher à protéger le consommateur par le biais de la divulgation d'information et favorise dès lors une intervention qui s'inscrit davantage dans l'approche néo-classique[409]. À l'inverse, la Cour refuse que le législateur fédéral puisse aller plus loin en imposant des obligations relativement à la production de certains biens et aux standards de qualité que ceux-ci doivent remplir, dans le contexte où l'intervention vise à protéger les intérêts économiques des consommateurs plutôt que leur santé ou leur sécurité. Pourtant, comme le souligne MacPherson, le fait d'autoriser le Parlement fédéral à intervenir uniquement pour combler un déficit informationnel peut s'avérer insuffisant pour protéger adéquatement le consommateur:

> *Secondly, given the vast array of products marketed today, the complex composition of many of them, and the unfathomable*

[405] *Labatt*, *supra* note 212 à la p 946.

[406] *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, LRC 1985, c C-38.

[407] *Loi sur l'étiquetage des textiles*, LRC 1985, c T-10.

[408] La validité de la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation* ne sera examinée qu'une seule fois par les tribunaux en 1977 dans l'affaire *Regina v Steinberg's Ltd*, [1977] 17 OR (2d) 559, 80 DLR (3d) 741 (ONSC). La Cour supérieure de l'Ontario jugera alors que la loi fédérale est *intra vires* dans la mesure où elle relève de la compétence fédérale en droit criminel. Voir à ce sujet Leclair, « Compétence fédérale en droit criminel », *supra* note 94 à la p 155. Voir aussi Ivan Bernier, « La langue d'étiquetage des produits de consommation: Le pouvoir constitutionnel de légiférer » (1974) 15:3 C de D 533; Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences », *supra* note 36 à la p 47. Ces deux derniers auteurs sont d'avis que cette loi relève plutôt de la compétence fédérale générale sur le commerce.

[409] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.1.1. (« L'approche néo-classique »).

> *technical and chemical names of some of their components, is it really fair to conclude that simple disclosure will be enough to inform the consumer of what he is buying? Estey J. had no difficulty holding that a federal law intended to prevent mislabelling is valid; what he did not realize is that full disclosure of contents coupled with consumer ignorance of the nature of those contents is likely to result in just as much deception as blatant mislabelling*[410].

Cela étant dit, considérant l'évolution de la compétence fédérale générale en matière de commerce depuis 1980, il n'est pas impossible que le Parlement fédéral puisse dorénavant s'appuyer sur cette compétence pour adopter des standards de qualité des produits, malgré l'effet que cela puisse produire sur le commerce local. Rappelons qu'en 1979, seulement deux décisions avaient reconnu qu'une loi fédérale pouvait reposer sur le second volet du paragraphe 91(2)[411] et que toutes les autres tentatives de justifier la validité d'une loi fédérale de nature économique sur la base de cette compétence avaient été rejetées. Ce n'est qu'à partir de 1989, dans l'arrêt *General Motors*, que la Cour consacre formellement l'existence d'une compétence fédérale générale sur le commerce.

1.3.2. La confusion des doctrines interprétatives dans *Supermarchés Dominion* et la porte ouverte laissée par *General Motors*

Il existe un contraste important entre l'approche retenue par la majorité dans *Supermarchés Dominion* et celle adoptée par l'ensemble de la Cour, près de dix ans plus tard, dans l'affaire *General Motors*, que nous avons étudiée dans la section précédente[412]. En effet, dans *Supermarchés Dominion*, le juge Estey refuse que le Parlement fédéral puisse, par le truchement de la théorie des pouvoirs accessoires, s'appuyer sur le premier volet de sa compétence en matière de commerce pour réglementer des opérations commerciales qui ont lieu entièrement à l'intérieur des provinces[413]. Il refuse également d'admettre l'existence même d'un second volet au paragraphe 91(2) qui aurait pu justifier les dispositions contestées de la LNPA. La solution qu'il retient est de déclarer les dispositions

[410] MacPherson, « Constitutional Imbroglios », *supra* note 394 à la p 196.

[411] Voir *John Deere*, *supra* note 195; *Affaire sur les marques de commerce*, *supra* note 38. Voir à ce sujet, *General Motors*, *supra* note 107 à la p 657.

[412] Voir *supra*, Partie II, section 1.1.4.2. (« *General Motors*: la première reconnaissance de la validité d'un droit d'action de nature civile »).

[413] *Supermarchés Dominion*, *supra* note 372 à la p 855.

en cause inapplicables à des opérations purement locales et de limiter la portée de la LNPA aux activités commerciales interprovinciales et internationales.

Dans *General Motors*, le juge Dickson s'éloigne considérablement de cette approche. En effet, non seulement accepte-t-il de redonner vie au second volet du paragraphe 91(2), mais il admet également que le législateur fédéral peut empiéter sur des activités commerciales intraprovinciales lorsqu'il agit en vertu de cette compétence. À cet égard, il rejette l'argument selon lequel la *Loi sur la concurrence* devrait, comme la Partie I de la LNPA déclarée inapplicable par le juge Estey, s'appliquer uniquement aux activités interprovinciales et internationales. Pour le juge Dickson, les effets sur le commerce local que produit l'exercice du second volet du paragraphe 91(2) ne sont pas fatals à la validité de la loi fédérale; ils s'avèrent même, dans le cas de la concurrence, nécessaires à l'efficacité de la loi[414].

En ce sens, l'arrêt *General Motors* semble à bien des égards s'être distancé de la décision de la courte majorité dans *Supermarchés Dominion*, si bien qu'on peut difficilement, selon nous, se fonder sur cette dernière pour préjuger de la validité d'une mesure fédérale qui imposerait des standards nationaux de qualité des produits en vue de protéger les intérêts économiques des consommateurs[415]. À ce stade, la jurisprudence indique une évolution, mais aucune décision n'a véritablement écarté *Supermarchés Dominion* en ce qui a trait à la compétence fédérale d'imposer des normes de qualité pancanadiennes, voire même d'en suggérer sur une base volontaire.

L'étonnante conclusion du juge Estey quant à l'*inapplicabilité* — plutôt qu'à l'*invalidité* — de la Partie I de la LNAP amène également à s'interroger sur la valeur de cette décision à titre de précédent. Dans les faits, les motifs de la majorité semblent confondre trois doctrines d'interprétation constitutionnelle, soit celles du caractère véritable, de l'immunité interjuridictionnelle et de la prépondérance fédérale. Il est donc difficile de comprendre quel remède a véritablement voulu accorder la Cour.

[414] Voir *supra*, section 1.1.4.2. (« *General Motors*: la première reconnaissance de la validité d'un droit d'action de nature civile »).

[415] Voir à ce sujet Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences », *supra* note 36 à la p 47.

En effet, dans un premier temps, le juge Estey effectue une analyse permettant de déterminer si la loi est *ultra vires* en s'attardant à la portée et aux limites de la compétence fédérale sur le commerce et sur le droit criminel, et en rejetant ces deux fondements potentiels. Bien qu'il en arrive à la conclusion que le Parlement fédéral ne peut réglementer le commerce local, le juge Estey refuse de conclure à l'invalidité de la Partie I de la LNPA, mais juge plutôt que celle-ci est « inapplicable » au cas en l'espèce. D'ailleurs, la Cour considérera plus tard que cette décision illustre un rare exemple d'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle à une loi fédérale[416]. Enfin, pour ajouter à la confusion, le juge Estey fonde sa déclaration d'inapplicabilité sur l'existence d'une loi provinciale qui prévoit des obligations équivalentes plus exigeantes que celles de la LNPA, ce qui pourrait laisser croire, comme le suggère d'ailleurs Kushner, qu'il applique sans le dire une règle de prépondérance provinciale, en donnant préséance à la loi ontarienne plutôt qu'à la loi fédérale[417].

Par conséquent, des doutes subsistent quant à la portée du remède véritablement accordé par le juge Estey et, plus généralement, quant à la valeur de cette décision à titre de précédent confirmant — ou infirmant — la capacité du Parlement d'imposer des standards de qualité pour des produits vendus à l'intérieur d'une seule province. D'ailleurs, depuis l'arrêt *Labatt* rendu une semaine plus tard, l'affaire *Supermarchés Dominion* n'a jamais été suivie dans une décision subséquente de la Cour suprême[418].

---

[416] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 35. Voir à ce sujet Robin Elliot, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank and Lafarge Canada Inc.: The Supreme Court Muddies the Doctrinal Waters — Again » (2008) 43 SCLR (2d) 433 à la p 473 [Elliot, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank »]; Bruce Ryder, « Equal Autonomy in Canadian Federalism: The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers » (2011) 54 SCLR (2d) 565 à la p 583 [Ryder, « Equal Autonomy »]. Ces auteurs suggèrent que la Cour aurait fait erreur dans *Banque canadienne de l'Ouest* en citant l'affaire *Supermarchés Dominion* comme un cas d'inapplicabilité. Il s'agirait selon eux d'une question se rattachant plutôt à la validité de la loi.

[417] Voir Kushner, « Return to the Theory of Provincial Rights », *supra* note 403 à la p 134.

[418] Elle n'a par ailleurs été mentionnée qu'à trois reprises par la Cour suprême. Elle a été distinguée par la Cour dans l'arrêt *General Motors*, puis mentionnée dans *Banque canadienne de l'Ouest*, dont le passage est repris dans *Lacombe* à titre d'exemple d'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle à une loi fédérale.

1.3.3. Conclusion: une intervention fédérale limitée (pour l'instant) aux activités interprovinciales ou internationales

Malgré son ambiguïté, la décision *Supermarchés Dominion* aura malgré tout eu pour effet de limiter la portée de la législation fédérale en matière de qualité du produit aux seules activités interprovinciales ou internationales. En effet, le Parlement fédéral y a donné suite quelques années plus tard dans le cadre de la réforme de la LNPA, devenue, en 1985, la *Loi sur les produits agricoles au Canada*[419]. La nouvelle mouture de la loi ne reprend pas le paragraphe 3(2) de la LNPA qui était à la source de l'affaire *Supermarchés Dominion*. Elle prévoit plutôt une interdiction générale d'agir en contravention de la loi ou de son règlement d'application relativement à la « commercialisation — soit interprovinciale, soit liée à l'importation ou l'exportation » d'un produit agricole[420]. Le législateur fédéral a ainsi précisé la portée de cette interdiction de façon à exclure la possibilité que celle-ci s'applique au commerce intraprovincial, et par le fait même, à éviter qu'une situation comme celle vécue par Supermarchés Dominion puisse se reproduire. Les modifications subséquentes à la loi, devenue la *Loi sur la salubrité des aliments au Canada*[421] en 2012, ont, elles aussi, limité en grande partie le champ d'application de la loi à la commercialisation interprovinciale ou internationale[422].

Autrement dit, un arrêt émanant d'une Cour fortement divisée, dont l'interprétation constitutionnelle est pour le moins confuse et dont le dispositif laisse perplexe, a néanmoins guidé le législateur fédéral. Ce dernier a, jusqu'à maintenant, limité son intervention en matière de qualité des produits, notamment afin de protéger les intérêts économiques des consommateurs, au contexte du commerce interprovincial ou international. L'avenir dira si l'interprétation plus généreuse de la Cour, dont les bases ont été jetées dans l'affaire *General Motors*, annoncera un élargissement de cette intervention fédérale.

---

[419] *Loi sur les produits agricoles au Canada*, LRC 1985, c 20 (4e suppl) (entrée en vigueur en 1988).

[420] *Ibid*, art 17.

[421] *Loi sur la salubrité des aliments au Canada*, LC 2012, c 24. Cette loi est complétée par la *Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire*, LC 1995, c 40.

[422] L'article 14 de la *Loi sur la salubrité des aliments au Canada* prévoit dorénavant que nul ne peut utiliser un nom de catégorie sans autorisation réglementaire, celle-ci n'étant donnée que lorsque des produits sont importés, exportés, ou transportés d'une province à l'autre.

1.4. La reconnaissance graduelle de la validité des recours fédéraux de nature civile

Les différentes normes fédérales que nous avons vues jusqu'à présent relativement à la concurrence, aux entreprises fédérales de même qu'aux standards de qualité des produits sont complétées par des mécanismes de mise en œuvre des droits que celles-ci leur confèrent.

Nous avons traité dans le chapitre préliminaire de ces différents mécanismes de mise en application des lois qui visent à protéger les intérêts économiques des consommateurs[423].

Il peut s'agir de recours de nature civile — entre parties privées — devant les tribunaux judiciaires. Ce type de recours peut être entrepris par le consommateur agissant seul ou dans le cadre d'une action collective, par un commerçant concurrent, ou encore par une association de consommateurs. Ce type d'action permet d'obtenir des réparations telles que des dommages-intérêts compensatoires ou punitifs, une injonction de nature mandatoire ou prohibitive, de même que la résiliation, la résolution ou l'annulation du contrat.

Il peut également s'agir de recours de nature administrative qui permettent au consommateur de porter plainte devant un organisme administratif fédéral ou un organisme indépendant, afin d'obtenir une réparation souvent sous forme pécuniaire en cas de non-respect des obligations auxquelles le commerçant est tenu en vertu d'une loi ou d'un règlement. Nous avons vu qu'une telle possibilité existe généralement dans les régimes législatifs et réglementaires encadrant les activités des entreprises relevant de la compétence du Parlement fédéral dont nous avons traité dans la section 1.2.

Ces recours viennent compléter d'autres mécanismes de mise en œuvre des lois fédérales qui ne relèvent pas de l'initiative des particuliers, mais plutôt d'organismes administratifs, tels que le Bureau de la concurrence ou le CRTC, qui supervisent l'application de la loi et qui peuvent entreprendre des démarches pour imposer aux commerçants des sanctions administratives ou pénales. Ils viennent également s'ajouter aux procédures de nature criminelle que peut entreprendre l'État contre un commerçant qui commet une infraction prévue par la loi, comme c'est le cas par exemple si une entreprise fait la promotion d'un

[423] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.2.2.4. (« La mise en œuvre des droits: les recours et sanctions contre le commerçant »).

produit en donnant volontairement aux consommateurs des indications fausses ou trompeuses sur un point important[424].

Dans les sections précédentes, nous avons constaté que la protection des intérêts économiques des consommateurs au niveau fédéral pouvait passer par l'exercice de la compétence du Parlement relative au commerce, au droit criminel ou encore aux entreprises et aux activités dont il a la responsabilité. Nous avons également vu que les recours de nature administrative, pénale et criminelle qui font partie de lois relevant de la compétence fédérale en matière de commerce ou en droit criminel participaient à la détermination de la validité de ces dernières.

En effet, en ce qui a trait aux lois fédérales qui, comme la *Loi sur la concurrence*, se rattachent à la compétence générale sur le commerce, les tribunaux ont reconnu qu'elles peuvent — et, en fait, *doivent*, pour être valides — inclure un mécanisme de surveillance par un organisme administratif. Ce dernier doit assurer la mise en application du régime réglementaire prévu par la loi et imposer pour ce faire des sanctions aux entreprises qui y sont soumises. À titre d'exemple, comme le souligne le juge Dickson dans *General Motors*, l'établissement d'un mécanisme prévoyant un vaste choix de recours de nature administrative et criminelle dans la *Loi sur la concurrence* justifie la validité de cette dernière dans la mesure où il est l'un des éléments centraux d'un système de réglementation visant à décourager certaines pratiques commerciales[425]. L'existence de sanctions, accompagnant des interdictions, conditionne quant à elle l'exercice de la compétence fédérale en matière criminelle sur laquelle reposaient les versions précédentes de la *Loi sur la concurrence* et reposent encore certaines de ses dispositions actuelles.

Enfin, la validité des mécanismes administratifs prévus dans les lois relatives aux télécommunications, à l'aéronautique ou aux banques — tout comme celle du contenu plus général de ces lois — n'a pas (encore) été contestée au motif qu'ils relèveraient de la compétence des provinces ou empiéteraient sur celle-ci. Ces mécanismes ont pour objet et

[424] *Loi sur la concurrence*, *supra* note 1, art 52(1). En vertu de l'art 52(5), un commerçant qui commet une telle infraction encourt, par mise en accusation, l'amende que le tribunal estime indiquée et/ou un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou encore, par procédure sommaire, une amende maximale de 200 000 $ et/ou un emprisonnement maximal d'un an.

[425] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 676.

effet de mettre en œuvre les obligations s'imposant aux entreprises qui relèvent de la compétence exclusive du Parlement fédéral et ne pourraient pas être mis en place par les provinces. Dans ce contexte, leur validité ne semble pas *a priori* contestable.

Au final, le seul recours prévu dans une législation fédérale visant à protéger les intérêts économiques des consommateurs dont la constitutionnalité a été contestée devant les tribunaux est le recours de nature civile. En effet, la capacité du Parlement de créer un droit d'action de nature civile laissant aux particuliers l'initiative de mettre en œuvre une loi fédérale a été examinée à plus d'une reprise par la Cour suprême. Alors qu'en 1976 celle-ci a d'abord refusé de reconnaître la validité d'un tel droit dans l'affaire *Vapor*[426] [1.4.1.], elle a fait preuve de plus de souplesse douze ans plus tard dans les arrêts *General Motors*[427], puis dans *Rocois #1*[428] et *#2*[429] [1.4.2.]. Enfin, en 2005, la Cour a confirmé la capacité du législateur fédéral de prévoir des redressements de nature civile qui dupliquent les recours provinciaux dans l'arrêt *Kirkbi*[430] [1.4.3.].

1.4.1. Le point départ de l'arrêt *Vapor*: l'invalidité du recours civil indépendant d'un contrôle administratif par un organisme fédéral

La première affaire à avoir traité de la compétence du Parlement fédéral d'intégrer un droit d'action de nature civile dans une législation reliée à la protection des intérêts économiques des consommateurs est l'arrêt *Vapor*, rendu par la Cour suprême en 1976. Cet arrêt, comme l'affaire *Kirkbi* que nous verrons plus loin, met en cause l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*[431].

Nous intégrons ici dans notre analyse les décisions portant sur la *Loi sur les marques de commerce* puisque l'une des fonctions de la réglementation des marques de commerce est de s'assurer que les produits vendus aux consommateurs sur le marché satisfassent à un certain niveau de qualité, autrement que par l'imposition de standards par le législateur.

---

[426] *Vapor*, *supra* note 201.

[427] *General Motors*, *supra* note 107.

[428] *Québec Ready Mix Inc c Rocois Construction Inc*, [1989] 1 RCS 695, 60 DLR (4th) 124 [*Rocois #1*].

[429] *Rocois Construction Inc c Québec Ready Mix Inc*, [1990] 2 RCS 440, [1990] SCJ nº 77 [*Rocois #2*].

[430] *Kirkbi*, *supra* note 238.

[431] *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1970, c T-10, dorénavant *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, c T-13. Le nom complet de la loi était « Loi concernant les marques de commerce et la concurrence déloyale ».

Comme l'explique Kushner, une marque de commerce « *is not an indicator of product quality but rather is an indicator of the legal entity which has an economic interest in ensuring that products distributed in association with the trademark will continue to possess satisfactory characteristics* »[432]. En ce sens, la qualité du produit n'est pas assurée par le législateur, mais plutôt par le marché: une réduction de la qualité du produit est susceptible de correspondre à une baisse de la valeur de la marque de commerce sur le marché et donc à réduire la demande pour un tel produit[433]. Dans ce contexte, l'étude de la *Loi sur les marques de commerce* s'avère pertinente aux fins de notre analyse puisque cette loi et les recours qui y sont prévus complètent les règles que nous avons vues jusqu'à présent qui se rattachent à la protection des intérêts économiques des consommateurs. Plus particulièrement, nous nous attarderons à la jurisprudence portant sur l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce* qui interdit les actes de « concurrence déloyale »[434] et s'ajoute ainsi aux règles qui protègent le consommateur dans la phase précontractuelle[435].

Dans l'affaire *Vapor*, la Cour avait à se pencher plus précisément sur l'alinéa 7(e), selon lequel « [n]ul ne doit […] faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada ». Cette disposition permettait de sanctionner un acte de concurrence déloyale, que celui-ci se rattache ou non à l'utilisation d'une marque de commerce. Elle allait ainsi au-delà des actes liés à la propriété intellectuelle et permettait d'entreprendre un recours semblable à l'action en concurrence déloyale sous le régime de l'article 1457 du CcQ[436].

---

[432] Kushner, « Return to the Theory of Provincial Rights », *supra* note 403 à la p 123.

[433] *Ibid*.

[434] Benjamin Lehaire décrit l'action en concurrence déloyale comme étant « une action personnelle en réparation offerte aux entreprises victimes d'actes contraires aux honnêtes usages du commerce ». Voir Benjamin Lehaire, « L'action en concurrence déloyale et les recours indemnitaires canadiens en matière de concurrence » (2016) 46 RDUS 507 à la p 515 [Lehaire, « L'action en concurrence déloyale »].

[435] L'article 7 reprend en partie ce que prévoyait l'article 11 de la *Loi sur la concurrence déloyale*, *supra* note 60 qui, comme la *Loi sur les marques de commerce*, visait la réglementation de l'usage des marques de commerce et instaurait un régime en assurant l'enregistrement et la protection. Voir à ce sujet *Vapor*, *supra* note 201 à la p 142; *S & S Industries Inc v Rowell*, [1966] RCS 419 à la p 425, 56 DLR (2d) 501.

[436] L'action en concurrence déloyale est entreprise en vertu des mécanismes du droit commun provincial, par exemple, en droit québécois, par le biais des principes de la responsabilité extracontractuelle de l'article 1457 du CcQ. Au Québec, l'action en concurrence déloyale inclut, selon Lehaire, quatre types de fautes, soit (1) la confusion ou la commercialisation trompeuse, (2) le dénigrement, (3) la désorganisation de l'entreprise rivale ou du marché et (4) la concurrence parasitaire. En ce sens, l'article 1457 du CcQ permet ce que Lehaire qualifie d'« action complète en concurrence déloyale ». Dans les autres provinces, cette action

Vapor Canada, un commerçant de matériel de chauffage, avait entrepris une poursuite fondée sur l'alinéa 7(e) contre Railquip Enterprises Ltd et son actionnaire majoritaire, M. MacDonald. Ce dernier se serait servi de connaissances qu'il avait acquises alors qu'il était au service de Vapor et aurait utilisé des renseignements confidentiels afin de présenter une soumission pour la fourniture d'installation de chauffage. Vapor s'était alors adressée à la Cour fédérale pour obtenir des dommages-intérêts ainsi qu'une injonction interlocutoire interdisant à son concurrent d'utiliser ou de communiquer des renseignements confidentiels ou des documents acquis pendant qu'il était à son service[437].

Ce recours était possible en vertu de l'article 53 qui permettait à un particulier de s'adresser à un tribunal compétent en cas de violation de la *Loi sur les marques de commerce* pour obtenir une injonction ou des dommages-intérêts[438]. Le recours fut intenté en Cour fédérale, ainsi que l'autorisait l'article 55 de la loi. En défense, Railquip et M. Macdonald soutenaient que l'alinéa 7(e) et l'article 53 de la *Loi sur les marques de commerce* étaient *ultra vires* du Parlement fédéral, ce qui entraînait également l'invalidité de l'article 55[439].

La Cour conclut que l'alinéa 7(e) est *ultra vires*, dans un jugement de cinq contre trois dont les motifs majoritaires sont écrits par le juge Laskin et les motifs concordants par le juge de Grandpré[440].

Le juge Laskin rejette d'abord succinctement les arguments tentant de justifier la validité de l'article 7 par la compétence fédérale en droit criminel. Ceux-ci reposaient sur le fait

est plus limitée dans la mesure où le seul délit (*tort*) de *common law* en matière de concurrence déloyale est celui de commercialisation trompeuse (*tort of passing off*). Lehaire explique que l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce* — qui prévoit l'équivalent d'une action complète en concurrence déloyale — permettait ainsi de placer les provinces de *common law* sur un pied d'égalité avec Québec.Voir à ce sujet Lehaire, « L'action en concurrence déloyale », *supra* note 434 aux pp 517–18.

[437] *Vapor*, *supra* note 201 à la p 139.

[438] L'article 53 se lit ainsi: « Lorsqu'il est démontré à une cour compétente, qu'un acte a été accompli contrairement à la présente loi, la cour peut rendre l'ordonnance que les circonstances exigent, y compris une stipulation portant un redressement par voie d'injonction et le recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, et peut donner des instructions quant à la disposition des marchandises, colis, étiquettes et matériel publicitaire contrevenant à la présente loi et de toutes matrices employées à leur égard. »

[439] *Vapor*, *supra* note 201 à la p 140. Cette position était également soutenue par les procureurs généraux du Québec et de l'Ontario qui agissaient à titre d'intervenants dans le dossier. Le procureur général du Canada est quant à lui intervenu pour soutenir la validité des dispositions en cause qui relevaient selon lui de la compétence du Parlement sur le commerce et sur le droit criminel, ainsi que sur son pouvoir de faire des lois pour la « paix, l'ordre et le bon gouvernement ».

[440] Les juges Spence, Pigeon et Beetz appuient le juge en chef Laskin, et les juges Martland et Judson appuient les motifs concordants du juge de Grandpré. Le juge Ritchie est absent.

qu'un manquement à l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce* était susceptible d'une sanction générale prévue à l'article 115 du *Code criminel* pour désobéissance à une loi fédérale[441]. Selon le juge Laskin, il était impossible de faire droit à de tels arguments puisque cela aurait ouvert la porte à la création de nombreux autres recours civils fédéraux. Or, selon lui, considérant la vaste compétence du Parlement en matière de droit criminel, cela aurait eu pour effet d'affaiblir l'autorité législative des provinces et la juridiction des tribunaux provinciaux « de façon à transformer nos arrangements constitutionnels sur le partage des compétences au point de les rendre méconnaissables »[442].

Le juge Laskin poursuit son analyse en reconnaissant que les actes visés par l'article 7 relèvent du Code civil au Québec et de la *common law* dans les autres provinces[443]. Passant en revue les différentes décisions qui ont mis en cause l'article 7, le juge en chef conclut que cette disposition a soit embrassé, soit élargi des droits d'action reconnus en matière civile relevant de la juridiction des tribunaux provinciaux et touchant des questions de compétence législative provinciale[444].

Le juge en chef reconnaît que l'article 7 demeure valide lorsqu'il s'applique à des marques de commerce, des noms commerciaux ou encore des brevets, puisque ces sujets se rattachent à des compétences reconnues au Parlement fédéral[445]. Toutefois, dans la mesure où la portée de l'alinéa 7(e) est beaucoup plus large, permettant en l'espèce d'intenter une poursuite pour abus de confiance par un employé et pour utilisation de renseignements confidentiels, elle ne saurait se rattacher à ces autres sujets[446].

Le juge Laskin examine ensuite les arguments fondés sur le second volet du paragraphe 91(2) de la LC de 1867. Appliquant une forme de doctrine des pouvoirs

---

441 *Vapor*, *supra* note 201 à la p 145.

442 *Ibid* aux pp 145–46.

443 *Ibid* à la p 147.

444 *Ibid* à la p 156.

445 *Ibid* à la p 157. Rappelons que, contrairement aux brevets, les marques de commerce ne sont pas explicitement prévues à l'article 91 de la LC de 1867. Les marques de commerce relèveraient plutôt de la compétence fédérale générale sur le commerce, tel que l'a indiqué le CJCP dans l'*Affaire sur les marques de commerce*, *supra* note 69. Voir à ce sujet *supra*, Partie II, section 1.1.3.2. (« L'*Affaire sur les marques de commerce* et le *Renvoi sur l'article 498A du Code criminel*: l'autorisation de l'empiètement fédéral sur la compétence des provinces en matière de droits civils »).

446 *Vapor*, *supra* note 201 à la p 149.

accessoires sans la nommer ainsi, il souligne que si l'article 7 n'est pas valide en soi, sa constitutionnalité peut venir du fait qu'il sert à renforcer d'autres dispositions quant à elles valides ou qu'il fait partie d'un système de contrôle que le Parlement peut établir[447].

Après avoir résumé la jurisprudence portant sur le second volet du paragraphe 91(2), le juge Laskin note que l'alinéa 7(e) ne constitue pas un système de réglementation et ne vise pas le commerce dans son ensemble[448]. Selon lui, le paragraphe 91(2) ne peut autoriser l'adoption d'une loi fédérale qui crée uniquement un délit statutaire sanctionné par le biais d'une poursuite civile privée applicable à l'ensemble des relations commerciales dans tout domaine d'activités, incluant ceux qui ne relèvent pas de la compétence exclusive du Parlement fédéral[449].

Le juge Laskin ajoute qu'en l'espèce le Parlement a adopté une loi qui prescrit les mêmes redressements civils qui pouvaient être réclamés en vertu du droit civil québécois ou de la *common law*. À son avis, le Parlement ne peut ainsi « élargir son autorité législative en ajoutant à la responsabilité civile existante, qui est du ressort des tribunaux provinciaux en tant que matière de compétence provinciale »[450].

Il insiste sur l'absence d'un système de régulation en soulignant que l'application de l'article 7 est laissée à l'initiative des particuliers et ne relève pas d'un organisme administratif qui en surveille l'application. Il ajoute que cette disposition ne fait pas partie d'un régime général régissant les relations commerciales au niveau national et qu'elle ne vise pas uniquement des concurrents qui opèrent au niveau interprovincial[451]. Ainsi, l'article 7 ne peut se justifier en vertu ni du premier ni du second volet de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce[452].

Enfin, le juge en chef exclut la possibilité que l'article 7 relève du pouvoir résiduaire fédéral sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement qui donnerait compétence au Parlement pour mettre en œuvre des obligations découlant d'un traité ou d'une convention. Sans se

[447] *Ibid* à la p 159.
[448] *Ibid* à la p 164.
[449] *Ibid*.
[450] *Ibid* à la p 165.
[451] *Ibid*.
[452] *Ibid* à la p 167.

prononcer sur l'existence même d'une telle compétence, il tranche la question en jugeant que cette compétence ne pourrait de toute façon servir de fondement en l'espèce en l'absence d'une déclaration expresse dans la *Loi sur les marques de commerce* que l'article 7 a été adopté pour exécuter les obligations d'une convention internationale[453].

Il termine en précisant que les autres alinéas de l'article 7 demeurent valides dans la mesure où ils sont restreints dans leur application et se rattachent à des systèmes de réglementation relevant de la compétence exclusive du Parlement en matière de brevets, de droits d'auteur, de marques de commerce et de noms commerciaux[454]. En ce sens, le juge Laskin reconnaît implicitement que l'article 53, qui créait le droit d'action de nature civile en l'espèce, demeure valide pour l'application des autres alinéas de l'article 7.

Dans des motifs concordants, le juge de Grandpré appuie les conclusions du juge Laskin quant au caractère *ultra vires* de l'alinéa 7(e)[455]. Il est d'avis que cette disposition, prise isolément, ne saurait se justifier en vertu de la compétence fédérale sur le droit criminel[456]. Il ajoute que puisque le contrat entre les parties en l'espèce est de nature privée et « concerne essentiellement des droits privés », la compétence fédérale en matière de commerce ne peut être invoquée[457]. Le juge de Grandpré termine son analyse en excluant lui aussi la possibilité que l'alinéa 7(e) se rattache à la compétence du Parlement de signer des traités dans la mesure où la convention internationale sur laquelle repose cet argument ne concerne, selon lui, que les cas de concurrence déloyale résultant d'une violation de la propriété intellectuelle. Or l'alinéa 7(e) a une portée plus large puisqu'il permet, comme en l'espèce, d'entreprendre un recours en l'absence d'une telle violation[458].

---

[453] *Ibid* à la p 170–72. Il s'agissait en l'espèce de la *Convention internationale pour la Protection de la Propriété industrielle* (La Convention d'Union de Paris), intervenue initialement en 1883, puis ratifiée par le Canada, à la suite de modifications, en juin 1951. L'article 10*bis* de la Convention exigeait des pays signataires qu'il assurent une « protection effective contre la concurrence déloyale » et indiquait que constituait un acte de concurrence déloyale « tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale ». Comme le note le juge en chef, même si la *Loi sur les marques de commerce*, adoptée à peine deux ans plus tard, n'indique pas avoir été adoptée pour mettre en œuvre la Convention, les obligations prévues à l'al 7(e) ont néanmoins une « certaine ressemblance » avec les obligations prévues à cette Convention.

[454] *Vapor*, *supra* note 201 aux pp 172–73.

[455] *Ibid* aux pp 173–77.

[456] *Ibid* à la p 175.

[457] *Ibid*.

[458] *Ibid* à la p 176. Voir aussi *supra* note 453.

En somme, l'affaire *Vapor* tracera pour la première fois les contours de la compétence du Parlement d'intégrer un droit d'action de nature civile dans une législation fédérale. Cet arrêt anticipe la reconnaissance d'une portée plus importante au second volet de la compétence fédérale en matière de commerce. Il s'inscrit en ce sens dans le mouvement entamé dans *P.A.T.A.*[459] visant à se distancer de l'arrêt *Board of Commerce*[460]. En effet, les juges majoritaires confirment l'existence d'une compétence générale sur le commerce et en définissent les premiers critères d'application, bien qu'ils refusent de justifier l'alinéa 7(e) de la *Loi sur les marques de commerce* en vertu de cette compétence.

Même s'il juge que la disposition fondant l'action de Vapor est *ultra vires*, le juge en chef ne nie pas la capacité du Parlement de prévoir un droit d'action de nature civile. Au contraire, il précise qu'un tel droit peut être valide pourvu qu'il soit rattaché à une compétence fédérale exclusive ou qu'il fasse partie d'un système de réglementation dont la surveillance est confiée à un organisme administratif. Il confirme en outre implicitement la validité des autres alinéas de l'article 7, qui permettent, par le jeu de l'article 53, d'entreprendre des recours de nature civile semblables à ceux du Code civil du Québec ou de la *common law* lorsque ceux-ci portent sur les brevets, les droits d'auteurs ou les marques de commerce. D'ailleurs, en 2014, lorsque le Parlement a réformé la *Loi sur les marques de commerce*, il a conservé tous les alinéas de l'article 7, sauf l'alinéa (e) qui a été abrogé au motif que ce dernier avait été déclaré invalide près de 40 ans auparavant[461].

Il n'en reste pas moins que, tout comme les affaires *Labatt* et *Supermarché Dominion*, rendues à peine 3 ans plus tard, l'arrêt *Vapor* s'inscrit dans une conception plus classique du fédéralisme. En effet, la Cour n'accepte pas que le Parlement puisse empiéter sur la compétence des provinces en créant un droit d'action de nature civile d'une très large

[459] Voir *supra*, Partie II, section 1.1.3.1. (« *P.A.T.A.*: L'élargissement de la compétence fédérale sur le droit criminel »).

[460] Voir *supra*, Partie II, section 1.1.2. (« *Re Board of Commerce*: Une interprétation restrictive des compétences fédérales par le CJCP »). Voir à ce sujet Finkelstein, « General Motors », *supra* note 48 aux pp 807–08.

[461] Maxime-Olivier Thibodeau, *Résumé législatif du projet de loi C-8: Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, la Loi sur les marques de commerce et d'autres lois en conséquence*, *Résumé législatif du projet de loi C-8: Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, la Loi sur les marques de commerce et d'autres lois en conséquence*, publication nº 41-2-C8-F, 11 février 2014 à la p 11, en ligne: https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/Researchpublications/LegislativeSummaries/PDF/41-2/c8-f.pdf (consultée le 10 novembre 2022).

portée qui dédouble ce que prévoit déjà le droit civil et la *common law*. En outre, en rejetant l'idée que la compétence fédérale générale sur le commerce autorise le Parlement à régir les activités des commerçants qui opèrent à l'intérieur d'une seule province — sauf dans des cas très précis — ces trois décisions viennent considérablement restreindre le pouvoir du Parlement en matière économique.

Ainsi, à la fin des années 70, le législateur fédéral dispose d'une très mince marge de manœuvre pour protéger les intérêts économiques des consommateurs au niveau national, tant sur le plan des obligations qu'il peut imposer aux commerçants qu'à celui des recours qu'il peut créer pour s'assurer de la mise en application de celles-ci. Ce n'est que plus d'une décennie plus tard que la Cour acceptera de conférer au Parlement une plus grande latitude à cet égard dans la décision *General Motors.*

1.4.2. Le pouvoir accessoire d'inclure un droit d'action de nature civile dans une loi fédérale reconnu dans *General Motors* et *Rocois #1* et *#2*

Tel que nous l'avons vu[462], la constitutionnalité d'un droit d'action de nature civile dans la *Loi sur la concurrence* a rapidement suscité des doutes. L'arrêt *Vapor* constituait à cet égard un précédent militant fortement contre la validité d'une telle mesure. C'est dans ce contexte que la Cour a eu à se pencher sur ce nouveau droit d'action dans l'arrêt *General Motors* [1.4.2.1.] et les arrêts *Rocois #1* et *Rocois #2* [1.4.2.2.].

1.4.2.1. **General Motors*: la première reconnaissance de la validité d'un droit d'action de nature civile***

Rappelons que dans l'affaire *General Motors*, dont nous avons discuté précédemment[463], City National Leasing avait entrepris, devant la Cour supérieure de l'Ontario, une action de nature privée en dommages et intérêts contre General Motors fondée sur le nouvel article 31.1 de la *Loi sur les coalitions 1970*, au motif que cette dernière aurait commis une pratique de discrimination fondée sur les prix interdite par l'alinéa 34(1)(a) de cette même loi. L'article 31.1 permettait à un particulier de réclamer à un commerçant une somme égale au montant de la perte ou du préjudice subi en raison d'un comportement allant à

[462] Voir *supra*, Partie II, section 1.1.4. (« Les réformes importantes des années 1970-1980: les limites du droit criminel et l'expansion des compétences fédérales relatives au commerce »).

[463] Voir *supra*, Partie II, section 1.1.5.2. (« *General Motors*: la consécration de la compétence générale en matière de commerce comme fondement du pouvoir fédéral sur la concurrence »).

l'encontre de la Partie V de la Loi (« Infractions relatives aux échanges ») ou d'une ordonnance rendue en vertu de la Loi[464].

Nous avons déjà discuté des motifs ayant confirmé la validité de la *Loi sur les coalitions 1970* dans son ensemble. Nous nous concentrerons donc ici davantage sur la partie de la décision traitant plus précisément de la validité de l'article 31.1 et de l'application de la doctrine des pouvoirs accessoires.

Le juge Dickson établit que si une disposition est a priori *ultra vires*, la Cour doit vérifier si la loi dont elle fait partie est valide et, le cas échéant, elle doit examiner le rapport entre la loi et la disposition contestée. Il précise alors le cadre d'analyse proposé par le juge Laskin dans l'arrêt *Vapor*. Le juge Dickson indique ainsi que lorsqu'une disposition est *a priori* invalide, le tribunal doit se demander dans quelle mesure celle-ci est intégrée à l'ensemble de la loi et à quel point elle est importante au point de vue de son efficacité[465]. Le niveau d'intégration requis pour déterminer si la disposition est valide dépendra du degré d'empiètement de celle-ci sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Si cet empiètement est négligeable, un rapport « fonctionnel » peut suffire pour justifier la validité de la disposition. Si à l'inverse l'empiètement est important, un critère plus strict — celui de la « nécessité » — doit être appliqué[466]. Pour évaluer le lien ou la « concordance » de la disposition par rapport à la loi, le juge Dickson mentionne qu'il faut regarder à « quel point elle est importante pour son efficacité »[467].

Le juge Dickson rappelle que dans un régime fédéral, il est normal que l'intervention législative de chacun des ordres de gouvernement ait des répercussions sur le domaine de

[464] Le droit d'action était prévu au paragraphe 31.1(1), qui se lisait ainsi:

31.1 (1) Toute personne qui a subi une perte ou un préjudice par suite:

a) d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la Partie V, ou

b) du défaut d'une personne de se conformer à une ordonnance rendue par la Commission ou une cour en vertu de la présente loi,

peut, devant toute cour compétente, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou a omis de se conformer à l'ordonnance, une somme égale au montant de la perte ou du préjudice qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que la cour peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

[465] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 668.

[466] *Ibid* à la p 669.

[467] *Ibid* à la p 668.

compétence de l'autre ordre et qu'il y ait des chevauchements législatifs. Il rappelle son analyse dans *SEFPO*[468] où il soulignait que des notions comme celles des compartiments étanches, qui limitent les empiètements, ne représentent pas un « courant dominant » en matière constitutionnelle[469]. Il pose ainsi les jalons qui serviront presque 20 ans plus tard de fondement à la décision *Banque canadienne de l'Ouest*[470], sur laquelle nous reviendrons dans la section 2.2.2.

Le juge en chef mentionne également que tant le Parlement fédéral que les provinces ont la capacité de légiférer d'une façon qui peut « accessoirement toucher » au domaine de l'autre ordre de gouvernement et que la doctrine du caractère véritable permet de préserver dans un tel cas la validité de la mesure adoptée[471]. Selon lui, l'équilibre entre les deux ordres de gouvernement est ainsi préservé, car chacun bénéficie de cette capacité d'empiéter « accessoirement » sur la compétence de l'autre.

Le juge Dickson examine par la suite l'article 31.1. Il reconnaît d'emblée que la création d'un droit de nature civile relève généralement de la compétence des provinces en vertu du paragraphe 92(13) de la LC de 1867 et que, par conséquent, l'article 31.1 empiète à première vue sur cette compétence[472]. Il souligne qu'il s'agit d'une compétence « importante » sur laquelle il ne faut pas empiéter à la légère.

Cela étant dit, le juge Dickson conclut en l'espèce que l'empiètement n'atteint pas un niveau de gravité élevé, et ce, pour trois motifs. D'abord, l'article 31.1 est une disposition « réparatrice » (« *remedial* ») dont l'objet est de faciliter l'exécution de loi sans en constituer une partie fondamentale. Selon le juge Dickson, en raison de leur nature, les dispositions réparatrices sont moins « envahissantes » (« *intrusive* ») sur les pouvoirs des provinces. Ensuite, l'article 31.1 a une portée limitée et ne crée pas un droit d'action général puisque son application est restreinte par les dispositions de la Loi. Enfin, il souligne que la Cour a reconnu que la Constitution n'empêche pas le Parlement fédéral de créer des droits d'action de nature civile lorsqu'il est démontré que ces mesures sont

[468] *Le procureur général de l'Ontario c SEFPO*, [1987] 2 RCS 2, 41 DLR (4th) 1 [*SEFPO*].
[469] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 667.
[470] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269.
[471] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 670.
[472] *Ibid* à la p 673.

« justifiées »[473]. Bref, selon le juge Dickson, bien que l'article 31.1 empiète sur un pouvoir provincial important, l'empiètement lui-même n'est pas d'une importance considérable.

Il mentionne en outre que le fait qu'il existe déjà en vertu du droit civil québécois et de la *common law* certains recours en matière de concurrence déloyale ne peut justifier l'invalidité d'une loi fédérale[474]. Il souligne à cet égard que la validité de la loi fédérale doit être déterminée sans tenir compte du droit provincial[475].

Ayant procédé à l'analyse de la validité de la *Loi sur les coalitions 1970* dans son ensemble et conclu à son caractère *intra vires*[476], le juge Dickson revient à l'article 31.1 et à son rapport à la loi de manière générale. Il rappelle que cette disposition n'empiète que de façon restreinte sur la compétence des provinces et que, par conséquent, un critère strict pour mesurer le degré d'intégration de cette disposition à la loi n'est pas requis. Il suffit en l'espèce de déterminer si la disposition a un rapport « fonctionnel » avec l'objectif général de la loi et avec la structure et le contenu du système de réglementation qui y est prévu[477]. Selon le juge Dickson, un tel lien existe entre la loi et l'article 31.1 dans la mesure où ce

[473] *Ibid*. Le juge Dickson cite les arrêts suivants: *Nykorak c Attorney General of Canada*, [1962] RCS 331, 33 DLR (2d) 373 (poursuite en dommages-intérêts par le procureur général du Canada contre la personne responsable d'un accident ayant blessé un soldat), *Jackson c Jackson*, [1973] RCS 205, 29 DLR (3d) 641, *Zacks c Zacks*, [1973] RCS 891, 35 DLR (3d) 420 (validité des mesures accessoires de la *Loi sur le divorce* en matière de pension alimentaire, d'entretien et de garde), et *Multiple Access Ltd c McCutcheon*, [1982] 2 RCS 161, 138 DLR (3d) 1 [*Multiple Access*] (validité d'un redressement de nature civile contre les opérations d'administrateurs et de cadres de sociétés fédérales).

[474] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 681. Bien que le juge Dickson semble amalgamer les deux recours, l'action en concurrence déloyale en droit québécois ne correspond pas parfaitement à l'action fondée sur l'article 31.1 (dorénavant l'article 36). Benjamin Lehaire explique ainsi les différences entre les deux types d'actions: « Le premier constat est que ce recours [de l'article 36] se révèle spécial en droit de la concurrence fédéral. Il vise des infractions précises ayant causé un préjudice. En cela, ce n'est pas une action en concurrence déloyale. Finalement, la faute résulte de la définition légale apportée par le législateur aux infractions criminelles prévues dans la L.c. et non aux fautes civiles classiques de concurrence déloyale, comme nous l'avons vu au sujet de l'article 1457 C.c.Q., définition reprise en partie dans l'article 7 L.m.c. A priori, l'expression "action en concurrence déloyale" ne peut être retenue à propos de cette action indemnitaire en droit de la concurrence. Celle–ci est plutôt un recours statutaire et se rapproche davantage de l'article 7 L.m.c., en raison de son origine fédérale, que de l'article 1457 C.c.Q. ». Lehaire, « L'action en concurrence déloyale », *supra* note 434 à la p 519.

[475] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 682.

[476] Voir l'analyse de cette portion du jugement *supra*, Partie II, section 1.1.5.2. (« *General Motors*: la consécration de la compétence générale en matière de commerce comme fondement du pouvoir fédéral sur la concurrence »).

[477] *General Motors*, *supra* note 107 aux pp 683–84.

dernier est un « élément bien conçu qui fait partie intégrante de la stratégie de réglementation économique prévue dans la [Loi] »[478].

Il note que cette disposition permet de renforcer les autres sanctions, administratives et criminelles, prévues par la loi visant à décourager les pratiques monopolistiques. Il rappelle qu'il s'agit d'une disposition dont le contenu est limité et qui ne crée un recours privé que pour des violations particulières à la Loi[479]. Il souligne que l'article 31.1 permet à une société d'entreprendre une action privée à l'encontre d'un concurrent qui a un comportement contraire à la Loi, ce qui favorise l'esprit de concurrence sous-jacent à cette dernière[480].

Le juge Dickson poursuit en se questionnant sur le rôle du recours civil dans l'atteinte des objectifs de la loi. Selon lui, les actions de nature civile, comme les actions de nature administrative et criminelle prévues par la loi, ont un effet de dissuasion contre la violation des politiques en matière de concurrence[481]. L'action de nature civile peut ainsi avoir une fonction dissuasive et préventive, en plus d'avoir une fonction réparatrice[482]. En ce sens, l'article 31.1 fait partie du système de réglementation prévu par la loi et permet d'établir un « mécanisme de sanction beaucoup plus complet et efficace qui permette de conjuguer les initiatives publiques et privées en vue d'inciter au respect de la Loi, et le cas échéant, de l'assurer »[483]. Au surplus, le droit d'action prévu à l'article 31.1. offre un recours aux personnes ayant subi un préjudice résultant d'une violation de la Loi lorsque les mécanismes d'application de nature publique (sanctions administratives et criminelles) ne permettent pas de réagir rapidement. Le juge Dickson en conclut que l'article 31.1 sert à la fois des intérêts de nature privée et l'intérêt public, et suggère que la Loi ne peut s'appliquer

[478] *Ibid* à la p 684.
[479] *Ibid*.
[480] *Ibid*.
[481] *Ibid* à la p 686.
[482] *Ibid*, citant Philip Anisman et Peter W Hogg, « Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation », dans Philip Anisman et al, *Proposals for a Securities Market Law for Canada*, vol 3, Ottawa, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1979, 135 à la p 190.
[483] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 686. Le juge Dickson reprend ici une citation de la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Procureur général du Canada c Quebec Ready Mix Inc*, [1985] 2 CF 40, 25 DLR (4th) 373 (CAF) [*Roicos #1 CAF*], soit la décision d'appel précédant l'affaire *Rocois* dont nous parlerons dans la prochaine section.

adéquatement sans l'inclusion d'un droit d'action de nature privée[484]. Il mentionne à cet effet que l'article 31.1 est « une disposition essentielle du caractère véritable de la Loi »[485]. Autrement dit, même s'il applique le critère du lien « fonctionnel », le juge Dickson semble d'avis que le critère plus strict de la « nécessité » aurait pu être satisfait.

Le juge Dickson revient par ailleurs sur les décisions précédentes dans lesquelles la Cour avait refusé de confirmer la validité de certaines dispositions fédérales sur la base du second volet du paragraphe 91(2) et souligne que l'article 31.1 ne présente pas les mêmes caractéristiques[486].

À cet égard, le juge en chef tente de distinguer l'article 31.1 de l'alinéa 7(e) de la *Loi sur les marques de commerce* qui avait été invalidée dans *Vapor.* Il souligne deux éléments qui distinguent les deux dispositions[487]. D'une part, l'alinéa 7(e) n'avait aucun lien avec les pratiques commerciales ou les marques de commerce, mais visait plutôt la « conduite éthique » des personnes s'adonnant au commerce[488]. En ce sens, il ne se limitait pas à encadrer des pratiques précises, mais s'appliquait plutôt à l'ensemble des relations commerciales dans tout secteur d'activité, que celui-ci relève ou non de la compétence du Parlement fédéral. Contrairement à l'article 31.1. qui est intégré au système de réglementation prévu par la Loi et participe à l'atteinte de l'objectif de cette dernière, l'alinéa 7(e) n'avait aucun lien avec le système général prévu par la *Loi sur les marques de commerce*[489]. D'autre part, cet article prévoyait un droit d'action plutôt large et indéfini, alors que l'article 31.1 est restreint à des dispositions précises de la Loi[490]. Au surplus, le juge Dickson note que, contrairement à l'article 31.1, l'alinéa 7(e) ne faisait pas partie d'un système valide de réglementation nationale. Cette disposition ne prévoyait aucun contrôle par un organisme de surveillance chargé de l'application de la loi et ne pouvait être considérée comme ayant une portée nationale[491].

[484] *General Motors*, *supra* note 107 aux pp 685–86.
[485] *Ibid* à la p 685.
[486] *Ibid* à la p 689.
[487] *Ibid* aux pp 690–92.
[488] *Ibid* à la p 690.
[489] *Ibid* aux pp 690–91.
[490] *Ibid* à la p 691.
[491] *Ibid* à la p 692.

Il ajoute que dans *Vapor*, la Cour n'a pas interdit la création d'un droit d'action de nature privée dans des lois fédérales en vertu d'autres chefs de compétence[492]. Il remarque que l'article 53 de la *Loi sur les marques de commerce*, qui établissait le droit d'action de nature civile dans *Vapor*, permet toujours à un particulier d'entreprendre un recours de nature privée fondé sur une violation des autres dispositions de la *Loi sur les marques de commerce*.

Pour l'ensemble de ces raisons, le juge Dickson conclut que l'arrêt *Vapor* se distingue des faits de l'espèce et confirme la validité de l'article 31.1.

1.4.2.2. **Rocois #1** ***et #2****: Les liens entre le droit d'action statutaire fédéral et le recours provincial en responsabilité civile*

Les propos du juge Dickson doivent être lus de concert avec ceux qu'il tient dans l'affaire *Rocois #1*[493], rendue parallèlement à l'arrêt *General Motors*. Dans cette affaire, Rocois Construction avait entrepris une action en Cour fédérale contre Québec Ready Mix fondée à la fois sur l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada[494] (« CcBC ») et sur l'article 31.1 de la *Loi sur les coalitions 1970*. Rocois cherchait à obtenir des dommages-intérêts au motif que Québec Ready Mix aurait comploté afin de la priver de l'approvisionnement en béton mélangé nécessaire au fonctionnement de son entreprise. Cette conduite constituait à la fois un acte de concurrence déloyale en vertu du droit québécois et une violation de l'alinéa 32(1)(c) de *Loi sur les coalitions 1970*[495].

Québec Ready Mix avait alors contesté à la fois la constitutionnalité de l'article 31.1 et celle de la compétence de la Cour fédérale pour entendre un recours fondé sur cette disposition et sur l'article 1053 du CcBC.

Pour les mêmes motifs que ceux rendus dans *General Motors*, le juge Dickson conclut que l'article 31.1. est *intra vires* du Parlement fédéral. Il confirme également que la Cour fédérale est compétente pour entendre un recours fondé sur l'article 31.1 dans la mesure

[492] *Ibid* à la p 693.

[493] *Rocois #1*, *supra* note 428.

[494] L'article 1053 du CcBC correspond aujourd'hui à l'article 1457 du CcQ.

[495] La décision *Rocois #1* est plutôt laconique quant aux faits de l'affaire. Pour mieux comprendre ceux-ci, il faut se référer à la décision de la Cour fédérale (*Roicos #1 CAF*, *supra* note 483) et à la décision *Rocois #2*, *supra* note 429.

où il s'agit d'une procédure découlant de l'application d'une loi fédérale[496]. Toutefois, le juge Dickson se dit d'accord avec le juge de première instance qui avait conclu que la Cour fédérale ne pouvait entendre une action fondée sur la responsabilité extracontractuelle en vertu de l'article 1053 puisqu'une telle action relevait de l'application du CcBC, une loi provinciale[497].

L'intérêt principal de cette affaire se situe dans les suites données au dossier. En effet, après la décision de la Cour suprême, Rocois intente une action fondée sur l'article 1053 du CcBC devant la Cour supérieure du Québec, tout en poursuivant devant la Cour fédérale son action en vertu de l'article 31.1. Or, un an plus tard, dans ce que nous appelons l'affaire *Rocois #2*, la Cour suprême a eu à se prononcer sur un moyen d'irrecevabilité qui avait été présenté devant la Cour supérieure et qui soulevait la litispendance entre les deux actions entreprises par Rocois. La litispendance, prévue au paragraphe 165(1) du *Code de procédure civile* du Québec, permet le rejet d'une action lorsque celle-ci a les mêmes parties, le même objet et la même cause qu'une action déjà existante[498]. Dans le cadre de ce litige, la Cour devait ainsi évaluer les similitudes et les différences entre l'action civile fédérale et le droit commun provincial pour sanctionner la même conduite.

Sous la plume cette fois du juge Gonthier, la Cour établit d'abord que le recours de l'alinéa 31.1(1)(a) est un recours particulier limité aux seuls comportements prohibés par la Loi et ne crée pas un droit général d'action[499]. À l'inverse, le recours fondé sur l'art 1053 du CcBC est un recours d'ordre général, plus large que celui prévu par l'article 31.1[500].

Le juge Gonthier note que bien qu'ils aient des différences entre les règles de preuve et les délais de prescription applicables aux deux régimes, ceux-ci reposent sur des principes juridiques identiques[501]. Il s'agit dans les deux cas d'un régime compensatoire de

[496] *Rocois #1*, *supra* note 428 à la p 701.
[497] *Ibid*.
[498] *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25, art165(1). Ce motif d'irrecevabilité est dorénavant prévu à l'art 168(1) du nouveau *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01 [CPC]. Sur les conditions requises pour qu'il y ait litispendance, voir *Rocois #2*, *supra* note 429 à la p 448.
[499] *Rocois #2*, *supra* note 429 à la p 449.
[500] *Ibid*.
[501] *Ibid* aux pp 462–63.

responsabilité civile fondé sur un comportement fautif[502]. Soulignant que le concept de faute civile est plus large que celui de concurrence déloyale, le juge Gonthier est d'avis que les deux régimes se chevauchent et que tout comportement sanctionné par l'article 31.1 de la Loi constituerait également une faute entraînant la responsabilité civile sous 1053 du CcBC[503]. Il conclut donc qu'il y a en l'espèce identité de parties, d'objet et de cause et que, par conséquent, il y a litispendance entre les deux actions[504].

Ce faisant, le recours en concurrence déloyale entrepris devant la Cour supérieure sur la base de 1053 du CcBC est déclaré irrecevable, et Rocois devra donc se limiter à poursuivre son recours devant la Cour fédérale en vertu de l'article 31.1 de la *Loi sur les coalitions 1970*. Notons que Rocois aurait pu se prévaloir de ces deux recours dans le cadre d'une même instance si elle avait initié ses procédures devant la Cour supérieure du Québec plutôt que devant la Cour fédérale. En effet, si la Cour fédérale n'était pas compétente pour entendre le recours fondé sur l'article 1053 du CcBC, la Cour supérieure du Québec avait quant à elle la compétence pour entendre les deux recours[505].

1.4.2.3. Conclusion: vers une approche plus souple du fédéralisme autorisant la coexistence des recours civils fédéraux et provinciaux

En somme, l'arrêt *General Motors* et les deux affaires *Rocois* complètent le cadre d'analyse que le juge Laskin avait esquissé dans l'arrêt *Vapor*. Ces décisions précisent les contours du pouvoir du Parlement d'intégrer dans sa législation en général, et dans ses lois ayant un impact sur les intérêts économiques des consommateurs en particulier, un droit d'action de nature civile semblable aux recours déjà prévus par le droit commun provincial.

On peut retenir de l'affaire *General Motors* qu'un droit d'action de nature civile sera en général considéré comme représentant un empiètement minime sur la compétence des provinces lorsque ce droit aura (1) une fonction réparatrice — c'est-à-dire qu'il permettra le recouvrement de dommages subis à la suite d'une violation de la loi — et (2) une portée

[502] *Ibid* à la p 463.

[503] *Ibid*.

[504] *Ibid* à la p 465.

[505] L'article 31.1(1) prévoit que le recours qui y est prévu peut être entrepris devant « toute cour compétente ». Au Québec, il s'agit de la Cour supérieure. Voir à ce sujet Eric C Lefebvre et Charles-Antoine M Péladeau, « Fascicule 31: Recours et procédure en matière de concurrence » au nº 61, dans Pierre-Claude Lafond, dir, JCQ *Droit des affaires - Droit de la consommation et de la concurrence*, à jour le 2 mai 2022 (QL).

limitée à l'application des dispositions de la loi dans laquelle il est intégré. En vertu de la doctrine des « pouvoirs accessoires », sa validité pourra être préservée dans la mesure où ce droit aura (minimalement) un lien fonctionnel avec le régime législatif dont il fait partie[506]. En ce sens, le législateur fédéral dispose d'une assez grande latitude pour intégrer à ses lois des redressements de nature civile permettant aux particuliers ou aux concurrents d'une entreprise de s'adresser à un tribunal pour obtenir une injonction ou encore des dommages-intérêts.

Du même coup, le juge Dickson accepte ce que le juge Laskin avait semblé refuser dans *Vapor*, soit que le Parlement puisse « ajouter » à la responsabilité civile existante[507]. Il autorise ainsi le législateur fédéral à dédoubler ce que prévoit déjà le droit provincial et à encadrer des activités qui relèvent du commerce local par le biais du second volet du paragraphe 91(2). Il accepte et facilite ce faisant les dédoublements entre les recours provinciaux et fédéraux — et plus largement les empiètements du législateur fédéral sur la compétence des provinces en matière de commerce intraprovincial. On dénote ainsi entre les deux jugements un passage clair d'une vision classique et cloisonnée du partage des compétences à une vision plus flexible qui autorise les chevauchements entre les compétences fédérales et provinciales.

Au-delà de ce que nous apprend la Cour sur la compétence fédérale de créer un droit d'action de nature civile, la décision *General Motors* s'avère également révélatrice de la position de la Cour quant au rôle et à l'importance de ce type d'action comme moyen de mise en œuvre d'une loi. En effet, l'exercice que le juge Dickson entreprend afin de décider s'il existe un lien fonctionnel entre l'article 31.1 et le reste de la Loi revient à déterminer quel outil d'intervention est le plus efficace pour atteindre un objectif donné. Il postule ainsi que l'action de nature civile constitue un moyen efficace — voire « essentiel » — pour combattre les pratiques anticoncurrentielles[508]. Il se base sur cette prémisse pour

[506] Depuis l'arrêt *Lacombe*, la Cour mentionne que le critère est celui du « lien fonctionnel *et rationnel* » qui avait été mentionné dans la jurisprudence précédant *General Motors*. La Cour précise dans cet arrêt que ce critère exige que la disposition contestée soit « rationnellement et fonctionnellement liée à l'objet du régime législatif qu'elle chercherait à atteindre ». Selon la Cour, cela implique qu'il « ne suffit pas que la mesure supplée au régime législatif; elle doit permettre activement la réalisation de ses objectifs ». Voir *Lacombe*, *supra* note 316 au para 45.

[507] Voir *Vapor*, *supra* note 201 à la p 165.

[508] Voir *supra* note 485 et texte correspondant.

conclure qu'un tel mécanisme, bien qu'il relève en principe de la compétence des provinces, doit néanmoins voir sa validité préservée au sein du régime fédéral.

En ce sens, la notion d'efficacité joue un double rôle dans les motifs du juge Dickson. D'un côté, il considère qu'un régime uniforme à travers le Canada est plus efficace que la seule action des provinces, ce qui permet de justifier la réglementation de la concurrence à un niveau national. D'un autre côté, il juge qu'un droit d'action de nature civile a un lien fonctionnel avec la loi parce qu'il atteint efficacement les objectifs de cette dernière, ce qui permet cette fois de justifier l'inclusion d'un tel droit au sein du régime réglementaire fédéral. Autrement dit, des considérations d'efficacité justifient tant la validité de la loi que celle d'une de ses dispositions a priori *ultra vires*, et ce, malgré les chevauchements législatifs qui peuvent en résulter avec le droit provincial. Dans un tel contexte, pour reprendre les propos de Jean Leclair, « l'efficience de la loi l'emporte sur le caractère exclusif du partage des compétences »[509].

En outre, tant l'arrêt *General Motors* que les affaires *Rocois* confirment qu'un droit d'action fédéral ne prive pas les consommateurs de leurs recours en droit civil ou en *common law*[510]. La Cour a d'ailleurs récemment réaffirmé ce principe dans *Pioneer Corp c Godfrey*, en soulignant que l'ajout d'un droit d'action de nature civile dans la *Loi sur la concurrence* n'exclut pas la possibilité d'entreprendre une action fondée sur le droit commun provincial[511].

Autrement dit, la reconnaissance de la validité d'une disposition en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires crée un domaine de compétence partagée entre les deux ordres de gouvernement. Cette doctrine ne permet donc pas à un législateur de s'approprier un sujet

[509] Leclair, « Nature d'une compétence », *supra* note 369 à la p 716.

[510] Notons que l'article 39 de la *Loi sur les coalitions 1970* prévoyait déjà expressément ce principe en énonçant que rien dans sa partie V (« Infractions relatives aux échanges ») ne privait une personne de son droit d'action au civil. L'article 39 est devenu l'article 62 de la *Loi sur la concurrence*, qui reprend le même principe. Il en va de même de l'article 74.08 de la LC qui s'applique à la partie VII.1 relativement aux pratiques commerciales trompeuses.

[511] *Pioneer*, *supra* note 123 au para 88 (motifs majoritaires du juge Brown). La juge Côté ajoute dans sa dissidence que l'article 62 de la Loi « donne à penser que le Parlement ne voulait pas que les dispositions de la *Loi sur la concurrence* portent atteinte à la compétence des provinces sur les droits et libertés civils » (au para 199).

en conservant par la suite l'exclusivité sur celui-ci[512]. La doctrine des pouvoirs accessoires crée dès lors une asymétrie entre le législateur fédéral et les provinces. En effet, les conflits législatifs qui pourront résulter de l'action parallèle des deux ordres de gouvernement se solderont nécessairement en faveur du législateur fédéral en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale. Ainsi, la création de domaines de compétence partagée grâce à la doctrine des pouvoirs accessoires met le Parlement fédéral dans une position privilégiée: non seulement peut-il adopter des mesures qui relevaient traditionnellement de la compétence de provinces, comme la création d'un droit d'action de nature civile, mais ces mesures seront prépondérantes en cas de conflit[513]. Cette asymétrie est exacerbée par le fait que la Cour a toujours refusé d'appliquer la doctrine des pouvoirs accessoires pour préserver la validité d'une disposition provinciale[514].

Quoi qu'il en soit, jusqu'à maintenant, il n'y a pas eu de conflits entre l'article 31.1 (devenu l'article 36), et le droit provincial. Les consommateurs, comme les concurrents, peuvent

[512] Voir Luc Huppé qui distingue deux façons de comprendre les effets de la doctrine des pouvoirs accessoires, soit la concurrence ou l'exclusivité: « On peut d'abord considérer que le législateur qui voit son domaine envahi le conserve parce qu'il le possède en vertu du texte constitutionnel et peut continuer de l'exercer aussi pleinement qu'auparavant. […] Le domaine devient [*de facto*] concurrent, et chacun peut y exercer ses prérogatives selon la source qui lui donne ce pouvoir, comme s'il en était le seul titulaire. […] La seconde façon de régler la question est de conserver l'exclusivité qui caractérisait l'attribution des compétences. L'autorité législative sur un sujet ne peut alors appartenir qu'à un seul législateur et, corrélativement, celui qui s'en voit investi y exerce seul son action normative. Ce qui signifie que l'appropriation d'un sujet par un législateur au moyen de la mise en œuvre du pouvoir accessoire retranche ce sujet des attributions de l'autre ». Luc Huppé, « Le pouvoir accessoire en droit constitutionnel canadien » (1985) 63:4 R du B can 744 aux pp 758–59 [Huppé, « Le pouvoir accessoire »]. En reconnaissant que les recours provinciaux et le recours civil prévu dans la LC peuvent coexister, les affaires *General Motors* et *Rocois* démontrent que la Cour adopte la première conception décrite par Huppé.

[513] Voir à ce sujet Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 272, nº VI-2.52. Notons que dans *Rocois #2* la Cour « donne préséance » au recours fédéral non pas en raison de l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale, mais plutôt en raison de l'application des règles de litispendance et du fait que l'action avait d'abord été intentée devant la Cour fédérale, qui n'était compétente que pour entendre la portion du recours fondée sur l'article 31.1 de la *Loi sur les coalitions 1970*.

[514] Pour un exemple de rejet par la Cour d'une tentative d'utiliser cette doctrine pour préserver la validité d'une disposition provinciale, voir *Lacombe*, *supra* note 316 aux para 31–58. Voir aussi Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 272, nº VI-2.52, où les auteurs soulignent que cette doctrine « ne fut appliquée jusqu'à présent qu'au bénéfice du fédéral; la possibilité même de conclure à la validité d'une disposition provinciale en application du droit d'empiéter, qui n'était que théorique jusqu'à tout récemment (voir *Global Securities Corp. c Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 517), fut confirmée dans *Lacombe*, *supra*, décision dans laquelle la Cour conclut par ailleurs à l'invalidité de la disposition provinciale en raison de l'absence de lien fonctionnel entre elle et la loi provinciale ». Voir aussi l'arrêt *Kitkatla* dans lequel la Cour énonce le test de la doctrine des pouvoirs accessoires et la possibilité qu'elle s'applique en faveur des provinces, mais n'a pas à l'appliquer puisqu'elle conclut que les dispositions provinciales en cause sont valides et n'empiètent pas sur la compétence fédérale. *Bande Kitkatla c Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31 aux para 58, 71 [*Kitkatla*].

ainsi entreprendre soit un recours fondé sur l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* ou une action en concurrence déloyale fondée sur l'article 1457 du CcQ contre un commerçant qui adopte des pratiques interdites ou anticoncurrentielles[515]. Ils peuvent même soulever ces deux causes d'action simultanément, pourvu qu'ils le fassent devant la Cour supérieure (qui est la seule compétente pour les entendre toutes les deux) et dans la même instance, afin d'éviter les risques de litispendance. Les consommateurs peuvent en outre se prévaloir du recours prévu dans la *Loi sur la concurrence* dans le cadre d'une action individuelle, mais aussi par la voie d'une action collective[516]. Dans ce contexte, l'article 36 constitue un élément dissuasif pour les commerçants, mais également un mécanisme d'indemnisation des consommateurs lorsque les dispositions de la *Loi sur la concurrence* n'ont pas été respectées[517].

1.4.3. La confirmation du pouvoir fédéral de dupliquer les actions civiles provinciales dans l'arrêt *Kirkbi*

La dernière affaire ayant traité de la validité d'un droit d'action fédéral est l'arrêt *Kirkbi*, rendu en 2005 et portant cette fois sur l'alinéa (b) de l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*. Cette disposition prévoit que « [n]ul ne peut […] b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre ». L'alinéa (b) interdit ainsi la commercialisation trompeuse, soit une forme de concurrence déloyale consistant pour une entreprise à tromper le consommateur en faisant passer ses produits ou services pour ceux d'un autre[518].

Cette affaire met en cause Kirkbi, un fabricant de jouets titulaire des brevets de jeux de construction LEGO. À l'expiration de ces brevets au Canada, l'entreprise Ritvik, un autre fabricant de jouets, a commencé à vendre des briques de la même configuration que celles

[515] Voir *supra* note 511 et texte correspondant.

[516] Voir notamment *Pro-Sys Consultants Ltd c Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57; *Infineon Technologies AG c Option consommateurs*, 2013 CSC 59 [*Infineon*]; *Sun-Rype Products Ltd c Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58.

[517] Nous reviendrons sur cette particularité dans la section 2.3.3. (« Le dédoublement entre les recours provinciaux et fédéraux: un plus grand choix pour le consommateur »).

[518] Voir à ce sujet Lehaire, « L'action en concurrence déloyale », *supra* note 434 à la p 514.

de LEGO[519]. Kirkbi a alors cherché à empêcher Ritvik de commercialiser ses produits sans les accompagner d'un avertissement indiquant que ses briques n'étaient pas des briques LEGO et n'étaient pas fournies par Kirkbi. Selon cette dernière, l'absence d'une telle mise en garde destinée aux consommateurs engendrait de la confusion et permettait une action fondée tant sur l'alinéa 7(b) de la *Loi sur les marques de commerce* que sur la doctrine de *common law* de commercialisation trompeuse[520]. Kirkbi recherchait une déclaration de la Cour fédérale selon laquelle Ritvik aurait violé ses droits liés à une marque de commerce non déposée[521], soit la « marque figurative LEGO », en plus de réclamer des dommages-intérêts et de demander une injonction interdisant à Ritvik de commercialiser ses produits. En défense, Ritvik plaidait que l'alinéa 7(b) de la *Loi sur les marques de commerce* était *ultra vires* du Parlement fédéral[522].

Dans un jugement unanime, dont les motifs sont rédigés par le juge LeBel, la Cour conclut que l'alinéa 7(b) est valide en raison de la doctrine des pouvoirs accessoires, tout en rejetant l'action de Kirkbi sur le fond.

Le juge LeBel se penche dans un premier temps sur la validité de la *Loi sur les marques de commerce*, rappelant que la constitutionnalité de cette loi n'a jamais été contestée directement[523]. Il note néanmoins que, dans l'*Affaire des marques de commerce* dont nous

[519] *Kirkbi*, *supra* note 238 aux para 4–5.

[520] *Ibid* au para 7.

[521] Tant qu'elle n'est pas approuvée et inscrite au Registre des marques de commerce, une marque est considérée comme « non déposée ». Après qu'une marque ait fait l'objet d'un enregistrement à ce Registre, il s'agit d'une marque « déposée » ou « enregistrée ». L'enregistrement d'une marque est une preuve directe du droit de propriété sur cette marque. À l'inverse, l'utilisation d'une marque de commerce « non déposée » peut entraîner un litige visant à déterminer qui a le droit d'utiliser une telle marque. Voir *Loi sur les marques de commerce*, art 2 (« marque déposée »); Office de la propriété intellectuelle au Canada, *Le Guide des marques de commerce*, Industrie Canada, 2008, à la p 5, en ligne: https://ogq.qc.ca/wp-content/uploads/2022/07/2010marquesdecommerce.pdf (consultée le 10 novembre 2022).

[522] *Kirkbi*, *supra* note 238 aux para 7–8. Ritvik n'a soulevé cette objection d'inconstitutionnalité qu'après que la Cour suprême eut autorisé l'appel. Le PGC est intervenu pour soutenir la validité de l'alinéa 7(e). Il argumentait que la *Loi sur les marques de commerce* relevait du second volet du paragraphe 91(2) et que l'alinéa 7(e) se justifiait par l'application de la doctrine des pouvoirs accessoires. Le PGQ est également intervenu. Il ne remettait pas en question le fait que la loi dans son ensemble relevait de la compétence fédérale générale sur le commerce, mais soutenait plutôt que, dans la mesure où l'alinéa 7(b) ne s'appliquait pas uniquement au domaine des marques de commerce, il n'était pas suffisamment intégré au régime de la *Loi sur les marques de commerce*. Il était d'avis que cette disposition était dès lors *ultra vires*, à moins que la Cour lui donne une interprétation atténuée de façon à la rendre applicable seulement aux situations où la confusion résulterait de l'utilisation d'une marque de commerce.

[523] *Kirkbi*, *supra* note 238 au para 18.

avons parlé précédemment[524], le CJCP avait confirmé la validité de mesures relatives aux marques de commerce sur la base du second volet de la compétence fédérale sur le commerce[525]. Il mentionne également que la Cour a déjà reconnu implicitement la validité de cette loi, notamment dans les affaires *Vapor* et *General Motors*[526].

Le juge LeBel rappelle que la création de droits d'action de nature civile relève généralement de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils. De plus, il précise que le fait qu'une disposition, prise isolément, empiète sur la compétence des provinces n'est pas déterminant quant à sa constitutionnalité[527]. Se fondant sur le cadre analytique de la doctrine des pouvoirs accessoires établi dans l'affaire *General Motors* puis reformulé dans l'arrêt *Kitkatla*[528], le juge Lebel énonce le test en trois étapes qui permet de préserver la validité d'une disposition fédérale qui relève *a priori* de la compétence des provinces: (1) La disposition contestée empiète-t-elle sur une compétence provinciale et dans quelle mesure ? (2) Si la disposition contestée empiète sur une compétence provinciale, fait-elle néanmoins partie d'un régime législatif fédéral valide ? (3) Si la disposition contestée fait partie d'un tel régime, y est-elle suffisamment intégrée ?[529]

Le juge LeBel applique alors ce test à la disposition contestée en l'espèce. Il indique d'abord que l'alinéa 7(b) crée un droit d'action de nature civile et codifie, pour l'essentiel, le délit de commercialisation trompeuse en *common law*. Il en conclut que, prise isolément, cette disposition paraît empiéter sur la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils[530].

Appliquant ensuite les mêmes critères que ceux développés dans *General Motors*, le juge LeBel conclut que l'empiètement sur la compétence des provinces est minime[531]. D'abord,

[524] Voir *supra*, Partie II, section 1.1.3.2. (« L'*Affaire sur les marques de commerce* et le *Renvoi sur l'article 498A du Code criminel*: l'autorisation de l'empiètement fédéral sur la compétence des provinces en matière de droits civils »).
[525] *Kirkbi*, *supra* note 238 au para 18.
[526] *Ibid* au para 19.
[527] *Ibid* au para 20.
[528] *Kitkatla*, *supra* note 514 au para 58.
[529] *Kirkbi*, *supra* note 238 au para 21.
[530] *Ibid* au para 23.
[531] *Ibid* aux para 24–25.

l'alinéa 7(b) est une disposition de nature réparatrice qui vise à mettre en application la *Loi sur les marques de commerce*. Ensuite, contrairement à l'alinéa 7(e) qui avait été invalidé dans l'affaire *Vapor*, la portée de l'alinéa 7(b) est limitée puisque l'action pour commercialisation trompeuse protège uniquement les marques de commerce non déposées et l'achalandage qui s'y rattache[532]. Enfin, le juge LeBel note que la Cour a déjà reconnu la constitutionnalité des droits d'action de nature civile créés par une loi fédérale et que de tels droits peuvent relever de la compétence du Parlement lorsqu'ils sont suffisamment intégrés à une mesure législative fédérale valide[533].

Passant à l'application du deuxième critère, soit celui de la validité de la loi, le juge LeBel conclut rapidement que la *Loi sur les marques de commerce* est *intra vires* puisqu'elle remplit les cinq conditions établies dans l'affaire *General Motors* pour qu'une loi relève du second volet de la compétence générale sur le commerce. Il rejette à cet effet les arguments de Ritvik qui prétendait que le paragraphe 91(2) ne justifiait l'intervention fédérale qu'à l'égard du régime réglementaire encadrant les marques *déposées*, soit celles qui sont inscrites au Registre (fédéral) des marques de commerce, et non celui des marques *non déposées* (non formellement enregistrées) dont il était question en l'espèce[534]. Selon lui, « [l]'absence de recours civil intégré au régime de la Loi et applicable à toutes les marques, déposées ou non déposées » aurait ultimement pour effet de compromettre « l'efficacité de la protection des marques de commerce »[535].

Le juge LeBel applique enfin le dernier critère, celui de l'intégration à la loi, en le divisant en deux étapes. D'abord, reprenant les principes *General Motors*, le juge Lebel indique qu'il faut déterminer ce qu'il appelle le « critère de concordance approprié », en examinant dans quelle mesure la disposition est intégrée à l'ensemble de la loi et à quel point elle est importante pour l'efficacité de cette dernière. Ensuite, il faut appliquer ce critère aux faits de l'espèce[536].

[532] *Ibid* au para 26.
[533] *Ibid* au para 27.
[534] *Ibid* aux para 28–31.
[535] *Ibid* au para 29.
[536] *Ibid* au para 32.

Pour déterminer le degré d'intégration nécessaire, le juge LeBel précise qu'il faut examiner dans quelle mesure la disposition empiète sur les pouvoirs des provinces: si l'empiètement est minime, un rapport *fonctionnel* suffit pour que la disposition soit constitutionnelle; si l'empiètement est considérable, la disposition devra être *vraiment nécessaire* ou faire « partie intégrante » du régime législatif fédéral[537].

Le juge LeBel rappelle sa conclusion selon laquelle l'empiètement sur la compétence des provinces est en l'espèce minime (bien que semble-t-il suffisant pour conclure que la disposition est *ultra vires*). Il poursuit en concluant que l'alinéa 7(b) a un rapport fonctionnel avec la *Loi sur les marques de commerce*. Il est d'avis que cette disposition est directement liée à la protection des marques de commerce et des noms commerciaux au Canada puisque le recours civil qu'elle prévoit protège l'achalandage rattaché aux marques de commerce et a pour objet d'empêcher que l'emploi de marques de commerce sème la confusion chez les consommateurs[538]. Il ajoute que sans l'alinéa 7(b), qui permet une action en commercialisation trompeuse, la protection légale des marques de commerce demeurerait incomplète[539]. Le juge LeBel en conclut que l'alinéa 7(b) est suffisamment intégré au régime de réglementation fédérale et relève donc de la compétence du Parlement[540].

La Cour réitère ainsi la capacité du Parlement fédéral d'intégrer un droit d'action de nature civile à un régime réglementaire relevant de sa compétence générale sur le commerce. Elle précise du même coup le cadre d'analyse de la doctrine des pouvoirs accessoires. Notons que le juge LeBel, comme l'avaient fait auparavant les juges Dickson et Laskin, applique cette doctrine sans la nommer ainsi. En effet, après l'affaire *General Motors*, le juge Lamer reprendra l'analyse du juge Dickson en la qualifiant de « doctrine du "caractère nécessairement accessoire" » (« "*necessarily incidental*" *doctrine* »)[541]. Le juge Iacobucci parlera par la suite du « principe de la compétence accessoire » (« "*ancillary"*

[537] *Ibid*.
[538] *Ibid* au para 35.
[539] *Ibid* au para 36.
[540] *Ibid*.
[541] *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 RCS 445 à la p 469, 94 DLR (4th) 51.

doctrine »)[542], avant qu'en 2010, la juge en chef McLachlin lui attribue le nom qui reste d'actualité aujourd'hui, celui de « doctrine des pouvoirs accessoires » (« *ancillary powers doctrine* »)[543].

Si le juge LeBel reprend certains des principes de l'arrêt *Vapor* rendu près de 30 ans auparavant, ses conclusions s'éloignent toutefois de celles du juge Laskin. Or, il n'est pas évident de comprendre pourquoi les alinéas 7(b) et 7(e) ont reçu un traitement différent, dans la mesure où le premier soulevait plusieurs des mêmes difficultés que le second[544].

D'abord, l'empiètement sur la compétence des provinces était plus substantiel que ne l'a conclu le juge LeBel. En effet, contrairement aux autres dispositions de la *Loi sur les marques de commerce* qui régissent principalement les marques de commerce *déposées*, l'alinéa 7(b) s'applique à des marques *non déposées.* Or l'existence d'une marque de commerce non enregistrée dépend du droit provincial applicable dans chaque province, qu'il s'agisse du droit civil au Québec ou de la *common law* dans les autres provinces[545]. Autrement dit, les marques de commerce *déposées* sont une exception en faveur de l'autorité fédérale, alors que les autres ressortissent du droit commun du commerce, qui relève de la propriété et des droits civils[546]. En effet, tel que le mentionne Bruce Ryder: « *The definition and protection of unregistered trade-mark rights remains a matter of exclusive provincial jurisdiction pursuant to section 92(13)* »[547]. En ce sens, en donnant un droit d'action concernant des marques de commerce qui sont régies par le droit provincial et en dupliquant les recours déjà existants en vertu de ce dernier, l'alinéa 7(e) ne pouvait selon nous être considéré comme empiétant de façon « minime » sur la compétence des provinces.

Non seulement cette particularité fait-elle en sorte que l'empiètement sur la compétence des provinces est plus important que ne l'admet le juge LeBel, mais elle pose également

[542] *Global Securities Corp c Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21 au para 44.
[543] *Lacombe*, *supra* note 316 aux para 32, 35–39, 57.
[544] Voir à ce sujet Ryder, « End of Umpire », *supra* note 545 aux pp 360–61.
[545] Voir Hugues Richard, « De la constitutionnalité de l'alinéa 7(b) de la Loi sur les marques de commerce » (1988-89) 1 CPI 229 à la p 232 [Richard, « De la constitutionnalité de l'alinéa 7(b) »]. Voir aussi Bruce Ryder, « The End of Umpire?: Federalism and Judicial Restraint » (2006) 34 SCLR (2d) 245 à la p 361 (Ryder, « End of Umpire »).
[546] Voir Richard, « De la constitutionnalité de l'alinéa 7(b) », *supra* note 545 à la p 232.
[547] Ryder, « The End of Umpire », *supra* note 545 à la p 361.

un problème quant au degré d'intégration de l'alinéa 7(b) dans le régime réglementaire de la *Loi sur les marques de commerce*. En effet, les marques de commerce non déposées auxquelles s'applique l'alinéa 7(b) ne font pas partie du régime de réglementation prévu par la loi qui encadre principalement les marques *déposées* et échappent au contrôle du Registraire des marques de commerce. En effet, ce dernier n'est chargé de la surveillance que des marques enregistrées au Registre des marques de commerce[548].

En ce sens, l'action en commercialisation trompeuse prévue à l'alinéa 7(b) n'a pas plus de connexion avec un régime national de régulation que n'en avait l'alinéa 7(e)[549]. Les deux dispositions permettent d'entreprendre une action de nature civile pour sanctionner des pratiques qui ne sont pas soumises au contrôle d'un organisme administratif fédéral et dont l'objet relève du droit provincial.

En outre, contrairement au droit d'action créé dans *General Motors* qui, comme l'a souligné le juge Gonthier dans *Rocois #2*, était plus limité que ce que prévoyait déjà le droit provincial, l'alinéa 7(b) a la même portée que l'action de commercialisation trompeuse en *common law*. En effet, cet alinéa est, comme le souligne le juge LeBel[550], une « codification » d'un délit déjà existant et ne fait que dédoubler ce que prévoit déjà le droit provincial. Or cet aspect de l'alinéa 7(e) avait été fatal à la validité de ce dernier.

En somme, face à une situation plutôt similaire à celle à laquelle faisait face le juge Laskin dans *Vapor* en 1976, le juge LeBel adopte une approche différente en estimant que l'alinéa 7(b) représente un empiètement « minime » sur la compétence des provinces et est suffisamment intégré au reste du régime réglementaire de la *Loi sur les marques de commerce*.

Ce changement d'approche entre les arrêts *Vapor* et *Kirkbi*, rendus à presque trente ans d'intervalle, illustre selon nous l'évolution de l'approche de la Cour en matière de partage

[548] Richard, « De la constitutionnalité de l'alinéa 7(b) », *supra* note 545 aux pp 235–36. Richard note à cet effet: « De fait, le Registraire ignore l'existence des marques de commerce non enregistrée. Comment pourrait-il même tenter d'exercer sur elles un contrôle quelconque ? » (à la p 236). Ryder souligne également que: « *Apart from section 7, unregistered trade-marks are not protected by the regulatory scheme; the oversight of the Registrar of Trade-marks does not relate to them* ». Voir Ryder, « The End of Umpire », *supra* note 545 à la p 360.

[549] Voir Ryder, « The End of Umpire », *supra* note 545 à la p 360.

[550] *Kirkbi*, *supra* note 238 au para 23.

des compétences de la fin des années 70 au début des années 2000. En effet, en appliquant la doctrine des pouvoirs accessoires d'une façon qui minimise l'empiètement de la disposition en cause sur la compétence des provinces tout en acceptant un lien plutôt ténu entre cette disposition et le régime réglementaire au sein duquel elle se trouve, le juge LeBel s'inscrit définitivement dans le courant moderne du fédéralisme et se distancie grandement de l'approche plus classique qu'avait adoptée le juge Laskin. Il supprime par le fait même implicitement le critère plus restrictif établi dans *Vapor*, selon lequel un droit d'action de nature civile ne peut être qu'un *complément* au contrôle exercé par un organisme administratif. En 2005, l'alinéa 7(b) est validé même s'il dédouble le recours de droit privé provincial et si son objet (les marques de commerce non enregistrées) découle également du droit provincial. En ce sens, le juge LeBel fait preuve d'une souplesse considérable dans l'application des critères permettant de juger de la validité d'un tel droit d'action.

Enfin, la Cour laisse à notre sens un certain flou quant au cadre d'analyse qui doit guider la détermination de la validité d'un droit fédéral d'action de nature civile, et plus spécifiquement la disposition dont la validité doit être examinée. Rappelons que la *Loi sur les coalitions 1970* (et aujourd'hui la *Loi sur la concurrence*) ainsi que la *Loi sur les marques de commerce* sont structurées de la même façon: elles contiennent, d'une part, des dispositions qui prévoient des obligations ou des interdictions en lien avec les pratiques commerciales des entreprises qui y sont assujetties et, d'autre part, une disposition distincte qui donne ouverture à un recours de nature civile permettant à un particulier de réclamer des dommages-intérêts en cas de violation à ces obligations ou interdictions. Ainsi, un demandeur qui entreprend un recours en vertu de l'une de ces lois doit à la fois invoquer la ou les dispositions que le défendeur n'aurait pas respectée(s) et la disposition qui lui permet d'entreprendre son recours et de réclamer des dommages-intérêts découlant de ce non-respect de la loi.

Or, dans l'affaire *General Motors*, c'est la validité de la disposition distincte qui crée le droit d'action pour demander une réparation qui est contestée (et donc analysée), alors que dans *Vapor* et *Kirkbi*, ce sont les dispositions interdisant certaines pratiques qui font l'objet d'une contestation, et par le fait même de l'analyse de la Cour. En effet, dans *General Motors*, le juge Dickson examine la validité du droit d'action créé par l'article 31.1 de la

Loi sur les coalitions 1970, et non celle de la disposition substantive qui fondait le recours de City National Leasing, soit l'alinéa 34(1)(a) de cette loi qui interdisait les pratiques de discrimination fondée sur les prix. Pourtant, dans les affaires *Vapor* et *Kirkbi*, les juges Laskin et LeBel ont plutôt examiné la validité des alinéas 7(e) et 7(b) de la *Loi sur les marques de commerce* qui interdisaient les pratiques commerciales malhonnêtes et la commercialisation trompeuse, sur lesquelles reposait le recours des demandeurs, et non celle de l'article 53 qui créait le droit d'action en cas de violation de la *Loi sur les marques de commerce*. D'ailleurs, bien qu'il ait conclu au caractère *ultra vires* de l'alinéa 7(e), le juge Laskin ne s'est pas prononcé sur la validité de l'article 53. Quant à lui, le juge LeBel ne fait même pas mention de ce dernier article, devenu à l'époque l'article 53.2[551].

Ces deux approches entraînent selon nous une incertitude quant au cadre d'analyse applicable pour examiner la validité d'un droit d'action de nature civile intégrée à une loi fédérale: doit-on juger de la validité d'un tel droit d'action en examinant les dispositions substantives qui fondent le recours entrepris, soit celles que le défendeur n'aurait pas respectées, ou doit-on plutôt examiner la disposition distincte qui crée le droit d'entreprendre ce recours et de réclamer une réparation en raison du non-respect de la loi ? Ce choix n'est pas sans conséquence puisqu'il influencera nécessairement la façon dont est appliquée la doctrine des pouvoirs accessoires.

Dans le premier cas, le degré d'empiètement à évaluer est celui qui résulte de l'obligation ou l'interdiction prévue par la loi; c'est également cette interdiction ou cette obligation qui doit avoir un lien rationnel et fonctionnel avec le reste de la loi (ou encore, si l'empiètement est grave, qui doit être « nécessairement accessoire » à la loi). Dans le deuxième cas, la gravité de l'empiètement dépendra plutôt de la nature et de la portée du droit d'action créé par la loi; c'est du même coup le degré d'intégration entre ce droit d'action et le reste de la loi qui devra être analysé.

Enfin, selon l'un ou l'autre des cas, les conséquences d'une déclaration d'invalidité de la disposition contestée ne seront pas les mêmes. Par exemple, l'invalidité de l'alinéa 7(b) de la *Loi sur les marques de commerce* dans *Vapor* n'avait pas pour effet d'empêcher un

[551] Plusieurs dispositions de la *Loi sur les marques de commerce*, dont l'article 53, ont été modifiées par la *Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, LC 1993, c 44.

particulier d'entreprendre un recours fondé sur les autres alinéas de l'article 7, puisque ces derniers restaient valides et que le droit d'action de nature civile prévu à l'article 53 demeurait intact. À l'inverse, si la Cour avait conclu à l'invalidité de l'article 31.1 de la *Loi sur les coalitions, 1970* dans *General Motors*, elle aurait du même coup mis fin à la possibilité pour un consommateur ou un concurrent d'entreprendre tout recours civil pour obtenir une réparation à la suite d'une infraction à la loi.

En somme, les approches différentes prises par la Cour pour décider de la validité d'un droit d'action de nature civile au sein d'un régime législatif fédéral créent une certaine confusion quant au cadre d'analyse qui devrait être suivi pour juger de la validité de ce type de droit d'action dans d'autres lois fédérales.

1.4.4. Conclusion: la relation étroite entre la reconnaissance de la validité des droits d'action de nature civile fédéraux et l'évolution de la compétence fédérale en matière de commerce

Les décisions dont nous avons traité, délimitant la capacité du législateur fédéral à créer des droits d'action de nature civile, ont été fondamentales dans l'évolution de la compétence fédérale générale sur le commerce. C'est dans ces décisions que la Cour a confirmé à la fois la validité des réformes apportées à la *Loi sur la concurrence* (*General Motors* et *Rocois*) et la validité de la *Loi sur les marques de commerce* (*Vapor* et *Kirbi*) en vertu du paragraphe 91(2), élargissant de ce fait la portée du deuxième volet de cette compétence fédérale.

L'affaire *Vapor* ouvre la porte pour l'une des premières fois à la reconnaissance par la Cour du second volet du paragraphe 91(2). Elle servira de fondement aux motifs concurrents du juge Dickson dans *Transports nationaux*, puis aux motifs unanimes de la Cour rendus par ce dernier dans *General Motors* et enfin à ceux du juge LeBel dans *Kirkbi*. Ainsi, à travers l'étude de la jurisprudence portant sur la validité d'un droit fédéral d'action de nature civile, on peut observer par le fait même l'évolution de l'approche de la Cour quant à sa conception de la compétence fédérale en matière de commerce.

Cette évolution traduit également celle plus générale de l'approche prise par les tribunaux en matière de partage des compétences. D'une vision plus classique et cloisonnée adoptée par le juge Laskin dans *Vapor* en 1976, la Cour passe à une approche plus moderne en 1989

dans *General Motors*, sous la plume du juge en chef Dickson. Cette approche se voit renforcée dans *Kirkbi* en 2005 où le juge LeBel facilite l'application de la doctrine des pouvoirs accessoires pour confirmer la validité d'un recours fédéral en concurrence déloyale malgré son empiètement — selon nous important — sur le droit provincial.

La jurisprudence accorde ainsi une plus grande marge de manœuvre au législateur fédéral en matière économique. Comme le note Bruce Ryder:

> *[T]he Court's analysis leading to the upholding of section 7(b) pursuant to the general regulation of trade power was remarkably deferential to Parliament and suggests that the Court may be open to further expansion of federal jurisdiction over economic regulation in the future*[552].

Malgré cette approche plus souple du partage des compétences, la Cour a néanmoins assujetti la création de droits d'action de nature civile au respect de certaines conditions. En ce sens, même en autorisant certains chevauchements législatifs, la Cour n'a pas conféré au Parlement une compétence illimitée lorsqu'il s'agit de laisser aux particuliers l'initiative de mettre en application des dispositions d'une loi fédérale. Le Parlement ne peut agir que dans deux situations.

D'une part, il peut justifier la création d'un droit d'action de nature civile par l'exercice de sa compétence générale en matière de commerce, pourvu qu'un tel droit fasse partie intégrante d'un régime de réglementation surveillé par un organisme administratif. En effet, que ce soit dans *Vapor*, *General Motors* ou *Kirkbi*, la Cour reconnaît qu'une action de nature civile peut relever de la compétence fédérale sur le commerce lorsque la mise en œuvre de la loi ne passe pas uniquement par un acteur privé, mais est également soumise au contrôle d'un organisme de régulation. Ainsi, lorsque la protection des intérêts économiques des consommateurs passe par la compétence fédérale sur le commerce, on doit conclure de la jurisprudence étudiée que les mécanismes de mise en application de lois visant la protection de ces intérêts doivent avant tout être de nature administrative, bien qu'ils puissent être complétés par un droit d'action de nature civile. Ce dernier critère semble toutefois avoir été assoupli par le juge LeBel dans *Kirkbi*, dans la mesure où il reconnaît la validité de l'alinéa 7(b) de la *Loi sur les marques de commerce*, bien que le

[552] Ryder, « End of Umpire », *supra* note 545 aux pp 361–62.

droit d'action que ce dernier prévoit puisse s'appliquer à des actes qui ne sont pas soumis au reste du régime réglementaire prévu par la loi.

D'autre part, une autre possibilité qui n'a été envisagée qu'indirectement dans les affaires précédentes est celle où le Parlement peut rattacher un droit d'action de nature civile à l'un de ses domaines de compétence exclusive, autre que sa compétence générale sur le commerce. C'est le cas, par exemple des autres alinéas de l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*, ou encore des droits d'action de nature civile prévus dans d'autres lois fédérales, notamment, comme le note le juge Dickson dans *General Motors*[553], la *Loi sur les brevets*[554] ou la *Loi sur le droit d'auteur*[555]. Comme nous l'avons vu[556], un tel droit d'action est également prévu dans la *Loi sur les télécommunications*[557] qui permet au consommateur d'entreprendre un recours civil en cas de violation à la loi ou à un règlement ou une décision rendue en vertu de celle-ci[558]. Dans de tels cas, la seule question qui se pose est celle de savoir si le caractère véritable de la disposition en cause se rattache à l'une des compétences exclusives du Parlement fédéral, et non celle de son rattachement avec un régime réglementaire dont la supervision est assurée par un organisme administratif[559].

---

[553] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 693.

[554] *Loi sur les brevets*, LRC 1985, c P-4, arts 54–59. Cette loi relève de la compétence fédérale sur les « brevets d'invention et de découverte » en vertu du paragraphe 91(22) de la LC de 1867.

[555] *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c C-42, arts 34–40. Cette loi relève de la compétence fédérale sur les « droits d'auteurs » en vertu du paragraphe 91(23) de la LC de 1867.

[556] Voir *supra*, Partie II, section 1.2.1. (« 1.2.1. Les "codes" fédéraux de protection des consommateurs de services de télécommunications »).

[557] *Loi sur les télécommunications*, *supra* note 280, art 72(1).

[558] Voir aussi la *Convention de Montréal*, *supra* note 329, qui encadre les recours en responsabilité que peut entreprendre un consommateur contre un transporteur aérien.

[559] Certaines autres décisions de la Cour suprême ont traité de dispositions fédérales prévoyant des redressements de nature civile dans un tel contexte. Voir par exemple en 1982 *Multiple Access*, *supra* note 473, où la Cour confirme la validité des articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, LRC 1970, c C-32, qui prévoient la responsabilité civile des dirigeants d'une corporation pour leurs opérations en lien avec des valeurs mobilières. La Cour y confirme que l'imposition d'une responsabilité civile « a un lien fonctionnel et rationnel » (« *rational functional connection* ») avec le droit corporatif et « n'empiète pas sur le droit provincial au point de devenir *ultra vires* », tout en affirmant que les dispositions en cause avaient à la fois un aspect provincial (les valeurs mobilières) et un aspect fédéral (les compagnies incorporées en vertu de la législation fédérale). Autrement dit, la disposition en cause était valide à la fois en application de la doctrine des pouvoirs accessoires et de celle du double aspect. Voir aussi *Clark*, *supra* note 273 dans laquelle la Cour confirme en *obiter* la validité du droit d'action prévu à l'article 336 de la *Loi sur les chemins de fer*, LRC 1970, c R-2, qui permettait à toute personne de réclamer des dommages-intérêts en cas de violation de la loi.

Les décisions examinées démontrent que les consommateurs disposent de mécanismes leur permettant de revendiquer les droits que leur confère à la fois le droit provincial et le droit fédéral par le biais d'une action de nature civile. Les recours prévus par les lois fédérales et le droit provincial ne sont pas exclusifs, mais cumulatifs[560]. Comme nous l'avons vu, la Cour suprême facilite l'application parallèle des mesures provinciales et fédérales qui combinent plusieurs moyens de mettre en application la loi — mesures civiles, administratives et criminelles —, jugeant que c'est l'effet combiné de ces mesures qui permet d'atteindre efficacement les objectifs de la loi. En ce sens, en adoptant une approche souple du fédéralisme, la Cour favorise ce que Colin Scott appelle la mise en œuvre « optimale » de la loi:

> *[A]gency and private enforcement may be complementary to one another in providing variety in the form through which consumer policy objectivcs may be achieved. Somewhat more ambitously, the balancing of strengths and weaknesses of different forms of enforcement may lead us towards optimal enforcement of law*[561].

En outre, la reconnaissance du caractère *intra vires* des droits d'action de nature civile dans la *Loi sur la concurrence* et la *Loi sur les marques de commerce* implique implicitement celle des remèdes que ces lois permettent de rechercher. Alors que la *Loi sur la concurrence* permet la réparation de la perte ou du préjudice subi par le demandeur, la *Loi sur les marques de commerce* prévoit un plus grand éventail de réparations dans la mesure où elle permet d'obtenir, en plus des dommages-intérêts compensatoires, des conclusions de nature injonctive et des dommages-intérêts punitifs[562]. Ces remèdes restent toutefois plus limités que ce que peut obtenir le consommateur en vertu du droit provincial. En effet, comme nous le verrons dans la section suivante, les lois provinciales d'application générale en matière de protection du consommateur permettent non seulement d'exiger l'application de la loi et de réclamer des dommages-intérêts compensatoires ou punitifs en cas de non-

[560] À condition évidemment que ces deux actions ne soient pas entreprises simultanément dans deux instances distinctes, ce qui pourrait mener à une situation de litispendance, comme ce fut le cas dans *Rocois #2*.

[561] Colin Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws », dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 466 à la p 468 [Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws »].

[562] *Loi sur les marques de commerce*, *supra* note 431, art 53.2 (1). Voir à ce sujet Lehaire, « L'action en concurrence déloyale », *supra* note 434 aux pp 520–21.

respect de celle-ci, mais aussi de demander d'autres types de réparation, comme la réduction de l'obligation ou encore la résiliation, la résolution ou la nullité du contrat[563].

Au surplus, la reconnaissance de la validité de droits d'action de nature civile en cas de non-respect du droit fédéral bénéficie non seulement aux commerçants, mais également aux consommateurs qui peuvent se prévaloir d'un tel recours, en plus de pouvoir invoquer le droit provincial. Certes, dans les affaires que nous avons vues, les recours avaient été entrepris par des commerçants concurrents plutôt que par des consommateurs. Cela n'est toutefois pas sans conséquences pour ces derniers dans la mesure où, bien qu'ils ne soient pas directement compensés, ils bénéficient néanmoins de l'effet dissuasif de ces démarches pour les commerçants récalcitrants et des injonctions qui permettent de faire cesser les violations à la loi.

S'il décide d'entreprendre un recours, seul ou par la voie d'une action collective, le consommateur pourra choisir le régime qui présente le plus d'avantages au regard de sa situation particulière. L'interprétation souple du partage des compétences qui prévoient l'existence de ces recours de façon parallèle offre dès lors au consommateur une plus vaste gamme de recours et de remèdes contre le commerçant et donc un meilleur choix dans la façon dont il peut revendiquer ses droits.

1.5. Conclusion: une expansion de la portée de la compétence fédérale en matière économique et une protection accrue des consommateurs par le Parlement et ses organismes

À l'instar de la protection de la santé et la sécurité des consommateurs, la protection des intérêts économiques de ces derniers a d'abord été justifiée par l'exercice de la compétence fédérale en droit criminel. Bien que ce soit en vertu de cette compétence que le Parlement fédéral a adopté les premières lois encadrant la concurrence au Canada, celle-ci ne constitue plus la principale source de son pouvoir d'intervenir en matière économique. S'il peut encore agir par le biais de sa compétence en matière criminelle, le législateur fédéral intervient maintenant principalement par l'exercice de sa compétence sur le commerce et de celle sur des entreprises et des secteurs d'activités spécifiques.

[563] Voir par exemple les réparations prévues à l'article 272 de la *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1 [LPC].

Par conséquent, lorsqu'il agit en vue de protéger les intérêts économiques des consommateurs plutôt que de protéger leur santé et leur sécurité, le Parlement fédéral n'est pas limité à agir par la voie du droit criminel et, par le fait même, par le biais d'interdictions accompagnées de sanctions. Il dispose d'instruments plus variés qui lui permettent à la fois de réglementer et de surveiller la concurrence sur le marché, et d'encadrer les rapports contractuels des entreprises sous sa responsabilité.

Cela dit, la portée de l'intervention du Parlement fédéral et les mesures qu'il mettra en place différeront selon la compétence sur laquelle repose cette intervention. En effet, cette dernière pourra être ancrée dans trois champs de compétence distincts, soit la compétence sur le commerce interprovincial et international (le premier volet de 91(2)), la compétence générale sur le commerce (le second volet de 91(2)) et enfin, la compétence sur certaines entreprises sur lesquelles le Parlement a juridiction, telles que les entreprises de télécommunications (92(10)a) et 91(29)), les transporteurs aériens (paragraphe liminaire de 91) ou les banques (91(19)).

Lorsqu'il emprunte le premier ou le second volet de sa compétence en matière de commerce, le législateur fédéral n'est pas limité à une industrie en particulier et il peut adopter des normes d'application générale qui s'adresseront à l'ensemble des entreprises qui transigent sur le marché, qu'elles relèvent de la compétence fédérale ou provinciale. Toutefois, son action demeure restreinte à une certaine forme d'intervention.

En effet, s'il souhaite mettre en place des normes qui s'appliqueront à des activités commerciales tant intraprovinciales qu'interprovinciales ou internationales, il devra nécessairement recourir au second volet du paragraphe 91(2), soit à sa compétence générale sur le commerce. Rappelons que lorsqu'il agit en vertu de cette compétence, le législateur fédéral doit élaborer un régime qui répond à des critères bien précis. Il doit intervenir par le biais d'un système général de réglementation supervisé par un organisme administratif.

En outre, le législateur fédéral ne peut agir que lorsque les provinces sont dans l'incapacité de mettre en place un tel régime et que l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces dans le régime en compromettrait l'application dans d'autres parties du pays. Au surplus, jusqu'à présent, la compétence fédérale générale en matière de commerce n'a

permis au Parlement que d'intervenir au stade précontractuel de la relation entre les commerçants et les consommateurs — par le biais du droit de la concurrence et de l'interdiction de certaines pratiques de commerce —, ainsi qu'au stade de la revendication des droits par ces derniers en cas de violation des règles prévues dans une loi fédérale.

À l'inverse, lorsque le Parlement légifère relativement à une industrie particulière qui relève de sa compétence, le champ d'application de son intervention est limité à un seul secteur d'activités. Par contre, les moyens choisis pour intervenir dans ce secteur peuvent être beaucoup plus vastes que lorsqu'il agit en vertu de sa compétence générale sur le commerce. Le Parlement peut notamment compléter — voire même parfois dupliquer — ce que prévoient les législations provinciales en créant des « codes » de protection du consommateur dans chacune des industries qui relèvent de sa compétence. Il peut, d'une part, choisir d'intégrer directement dans une loi un régime spécifique pour les consommateurs d'un service offert par une entreprise fédérale, tel que la nouvelle Partie XII.2 de la *Loi sur les banques*. Il peut, d'autre part, déléguer à un organisme administratif le pouvoir d'adopter des règlements qui encadrent la relation contractuelle entre l'entreprise fédérale et ses clients, comme c'est le cas du *Code sur les services sans fil* ou encore du RPPA. Ce faisant, il peut agir à toutes les phases de la relation contractuelle entre le consommateur et l'entreprise fédérale.

Fait notable, qu'il agisse en vertu de sa compétence en matière de commerce, ou de celle relative à des entreprises spécifiques, le législateur fédéral peut prévoir des mesures afin de protéger les intérêts économiques des consommateurs malgré les empiètements qu'une telle intervention implique sur la compétence des provinces.

En effet, bien qu'à la fin des années 70 la Cour suprême ait adopté une approche plus classique du fédéralisme et été réticente à reconnaître aux autorités centrales un large pouvoir en matière économique, elle a accepté, à partir de la fin des années 80, que l'intervention de ces dernières puisse produire des effets sur le commerce local sans pour autant être considérée *ultra vires.* Ainsi, dorénavant le Parlement fédéral peut non seulement légiférer pour encadrer des activités économiques à travers le Canada, mais la Cour a reconnu qu'une telle intervention peut — et parfois *doit*, pour être efficace —

empiéter sur des activités commerciales intraprovinciales et imiter ce que prévoit déjà le droit provincial.

L'intervention du législateur fédéral dans des secteurs d'activités dont il a la responsabilité entraîne elle aussi inévitablement des chevauchements avec le droit provincial puisqu'elle s'immisce au cœur de la relation contractuelle entre le consommateur et l'entreprise fédérale. Or la validité des mesures adoptées par le Parlement fédéral pour protéger les intérêts économiques des consommateurs dans le domaine des télécommunications, des banques et de l'aéronautique n'a pas été contestée. Au contraire, comme nous le verrons dans la section suivante du présent chapitre, les tribunaux semblent tenir pour acquis leur caractère *intra vires* lorsque ces mesures sont invoquées afin de limiter l'application ou de rendre inopérant le droit provincial.

Enfin, la jurisprudence dont nous avons traité a non seulement eu pour effet de reconnaître une compétence étendue au Parlement fédéral en matière économique, mais elle a également permis d'en tracer les limites et de définir *a contrario* ce qui fait partie de la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils. En effet, comme le remarque le juge Dickson dans l'arrêt *General Motors*, la compétence du Parlement fédéral sur le commerce ne s'étend pas: a) à la réglementation des contrats d'un commerce en particulier (*Parsons*); b) à la réglementation d'une seule industrie à l'échelle nationale (*Labatt*); c) au contrôle de la production dans un secteur local (*Transports nationaux*); d) à la réglementation de la conduite éthique de commerçants, n'ayant pas de lien avec un système général régissant les relations commerciales (*Vapor*); e) à la mise en place de standards de qualité du produit lorsque ceux-ci ne visent pas la protection de la santé et de la sécurité du consommateur (*Labatt* et *Supermarchés Dominion*). Ainsi, une telle réglementation échappe toujours à la compétence du Parlement et relève plutôt de la compétence provinciale en vertu du paragraphe 92(13) de la LC de 1867.

C'est cette dernière, comme nous le verrons à l'instant, qui justifie principalement l'intervention des provinces pour protéger les intérêts économiques du consommateur à tous les stades de sa relation contractuelle avec un commerçant.

2. L'intervention du législateur provincial: un rôle à toutes les phases de la relation contractuelle

Nous avons vu dans la Partie I que les provinces ont une compétence partagée avec le Parlement fédéral pour protéger la santé et de la sécurité du consommateur. Elles exercent cette compétence principalement par le biais de règles de responsabilité contractuelle et extracontractuelle permettant aux consommateurs d'être indemnisés en cas de préjudice. Elles peuvent aussi adopter des normes de nature préventive afin d'éviter les risques posés à la santé et à la sécurité des consommateurs et du public en général. Nous verrons dans la présente section que lorsqu'elles cherchent plutôt à protéger les intérêts économiques du consommateur, les provinces agissent en encadrant les différentes phases de la relation contractuelle entre ce dernier et le commerçant.

Les législateurs provinciaux ont commencé à intervenir à cette fin dans la foulée des mouvements consuméristes des années 60 et 70[564]. Tel que l'expliquent les juges LeBel et Cromwell dans l'arrêt *Time*, à cette époque « l'avènement de la société de consommation a rendu évidentes les limites du droit commun au Québec comme dans les autres provinces canadiennes »[565]. Ni le modèle civiliste québécois, reposant sur la liberté contractuelle, ni la *common law*, privilégiant le principe du *caveat emptor* (« que l'acheteur prenne garde »)[566], n'étaient adaptés pour protéger la vulnérabilité du consommateur par rapport au commerçant et assurer une égalité réelle entre ceux-ci[567].

Afin de combler ces lacunes, les provinces ont non seulement adopté des lois d'application générale encadrant les pratiques de commerce et le contrat de consommation[568], mais elles

---

[564] Sur l'historique de l'adoption des différentes lois provinciales de protection du consommateur, voir Edward P Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984 » dans Yvan Bernier et Andrée Lajoie, dir, *La protection des consommateurs*, *le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 1 [Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation »].

[565] *Richard c Time Inc*, 2012 CSC 8 au para 39 [*Time*].

[566] *Prebushewski c Dodge City Auto (1984) Ltd*, 2005 CSC 28 au para 33.

[567] *Time*, *supra* note 565 au para 39.

[568] En Colombie-Britannique, *Trade Practices Act*, SBC 1974, c 96 et le *Consumer Protection Act*, SBC 1967, c 14 [*CPA 1967*]; en Ontario, *An Act to Prohibit Unfair Practices in Sales to Consumers,* SO 1974, c 131; en Alberta, *Unfair Trade Practices Act*, SA 1975, c 33; au Nouveau-Brunswick, *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation*, LN-B 1978, c C-18.1; en Saskatchewan, *The Consumer Products Warranties Act*, RSS 1978, c C-30.

ont également commencé, dès la fin des années 60, à prévoir des mesures protégeant le consommateur dans des secteurs précis en régissant notamment le crédit et le prêt[569], la vente itinérante[570], le commerce de véhicules automobiles[571], ou encore les agences de voyages[572]. Ces lois venaient s'ajouter à la législation relative à la vente de biens dans chaque province[573].

C'est dans ce contexte que le Québec adopte, en 1971, la première mouture de la *Loi de la protection du consommateur* qui met en place des mesures portant sur le surendettement résultant de contrats de crédit, sur les vendeurs itinérants ainsi que sur les garanties de conformité[574]. Cette loi sera par la suite modifiée en 1978 afin d'étendre son champ d'application[575]. Le Québec, comme les autres provinces, est ainsi venu mettre sur pied un régime spécifique applicable au contrat de consommation ayant pour effet de compléter, et même de déroger, au droit commun des contrats. À ces mesures se sont également ajoutés des véhicules procéduraux visant à faciliter l'exercice des nouveaux droits conférés aux consommateurs, plus particulièrement la procédure d'action collective[576].

Parce qu'elle passe essentiellement par l'encadrement de la relation contractuelle entre le commerçant et le consommateur, l'intervention des provinces pour protéger les intérêts économiques de ce dernier repose en grande partie sur leur compétence en matière de propriété et de droits civils. Les provinces peuvent ainsi adopter des normes qui

---

[569] Voir par exemple au Québec, *Loi de la protection du consommateur*, LQ 1971, c 74 [LPC de 1971], section III « Contrats assortis d'un crédit », et en Ontario, *An Act to provide for the Protection of Buyers of Consumer Goods and for the Fair Disclosure of the Cost of Credit*, SO 1970, c 23.

[570] Voir par exemple au Québec, LPC de 1971, *supra* note 569, section V « Vendeurs itinérants », et en Ontario *The Consumer Protection Amended Act, 1968-1969*, SO 1968, c 14, art 2 (Partie I « Registration of Itinerant Sellers »).

[571] Voir par exemple au Québec, LPC, *supra* note 563, section IV « Contrats relatifs aux automobiles et aux motocyclettes », et en Ontario, *The Used Car Dealers Act*, SO 1964, c 121.

[572] Voir par exemple au Québec, la *Loi sur les agents de voyage*, LQ 1974, c 53; en Ontario, *The Travel Industry Act, 1974*, SO 1974, c 115.

[573] Voir *supra* Partie I, note 266.

[574] LPC de 1971, *supra* note 569; Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit de la consommation*, 6e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2011, nº 8 [L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*].

[575] L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 574, nº 8.

[576] Voir par exemple la *Loi sur le recours collectif*, LQ 1978, c 8. Les autres provinces sont intervenues plusieurs années plus tard afin de prévoir des mécanismes semblables: *Class Proceedings Act*, RSPEI 1988, c C-9.01 (I-P-E); *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, LO 1992, c 6 (Ont); *Class Proceedings Act*, SBC 1995, c 21 (C-B); *Class Actions Act*, SS 2001, c 12.01 (Sask); *Loi sur les recours collectifs*, LM 2002, c 14 (Man); *Class Proceedings Act*, SA 2003, c C-16.5 (Alb); *Loi sur les recours collectifs*, LN-B 2006, c C.5-15 (N-B); *Class Proceedings Act*, SNS 2007, c 28 (N-E).

s'appliqueront à toutes les phases du contrat de consommation et disposent à cet égard d'une marge de manœuvre plus importante que le Parlement fédéral. En effet, nous verrons que lorsqu'elles cherchent à protéger les intérêts économiques des consommateurs, les provinces ont soit une compétence exclusive, soit une compétence partagée avec le législateur fédéral. Au surplus, dans ce domaine, les tribunaux ont eu tendance à adopter une approche souple du fédéralisme en favorisant la validité, l'applicabilité et l'opérabilité des mesures provinciales, et ce, malgré le rôle accru joué par les autorités fédérales.

Notons à cet égard que, contrairement aux règles en matière de santé et de sécurité, la compétence des provinces pour adopter des normes visant à protéger les intérêts économiques des consommateurs a été à maintes reprises remise en question. Les tribunaux ont analysé non seulement la validité de ces normes, mais également leur application aux entreprises relevant de la responsabilité du Parlement ainsi que leur interaction avec le droit fédéral. Cette analyse a, dans la plupart des cas, été réalisée dans un contexte où des entreprises fédérales soulevaient des arguments constitutionnels afin d'esquiver des exigences provinciales.

Avant d'entreprendre l'analyse de ces décisions, rappelons que nous avons déjà défini en partie la portée de la compétence des provinces afin de protéger les intérêts économiques du consommateur en étudiant celle de la compétence du Parlement fédéral.

D'une part, nous avons vu dans la section 1.1. que les deux ordres de gouvernement disposent d'une compétence partagée en matière de concurrence[577]. En effet, il convient de rappeler que dans l'affaire *General Motors*, le juge Dickson affirme que les provinces sont habilitées à « traiter de concurrence dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs dans des domaines comme la protection du consommateur, les relations de travail, la commercialisation et ainsi de suite »[578]. Les arrêts *Vapor* et *Kirkbi*, portant sur la validité des recours prévus à l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*, ont également

[577] Sur la compétence des provinces en matière de concurrence, voir l'étude approfondie de Jean-Françcois Gaudreault-DesBiens et Jean Leclair dans Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 35.

[578] *General Motors*, *supra* note 107 à la p 682. Voir aussi *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 220 au para 88, où la Cour affirme que « [l]e pouvoir fédéral de réglementer la concurrence au Canada ne prive pas les provinces de celui d'en traiter dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs dans des domaines comme la protection du consommateur, les relations de travail et la commercialisation ».

permis de confirmer indirectement la validité des actions provinciales en concurrence déloyale[579]. Ainsi, tout en reconnaissant que le Parlement est compétent pour adopter des normes nationales relatives à la concurrence, la Cour accepte que les provinces jouent un rôle complémentaire à cet égard en exerçant leurs propres compétences exclusives, plus particulièrement celles sur la propriété et les droits civils ainsi que sur les matières de nature purement locale ou privée[580]. Par le fait même, certaines dispositions du droit provincial se recoupent avec les dispositions de la *Loi sur la concurrence*, notamment en ce qui concerne les pratiques de commerce frauduleuses[581]. Nous verrons dans la section 2.3. la façon dont les recours prévus par le droit provincial et le droit fédéral en matière de concurrence peuvent interagir les uns avec les autres.

D'autre part, comme nous l'avons vu dans la section 1.3., la portée de la compétence provinciale en matière de qualité du produit a été définie par la négative, c'est-à-dire par le biais de contestations de mesures fédérales ayant un tel objet. En effet, dans les affaires *Labatt* et *Supermarché Dominion*, la Cour limite substantiellement la compétence du Parlement pour adopter des normes relatives à la qualité des produits vendus sur le marché lorsqu'une telle intervention vise à protéger les intérêts économiques des consommateurs, plutôt que leur santé et leur sécurité[582]. Du même coup, à travers l'analyse de la validité de

[579] Voir *supra*, Partie II, sections 1.4.1. (« Le point départ de l'arrêt *Vapor*: l'invalidité du recours civil indépendant d'un contrôle administratif par un organisme fédéral ») et 1.4.3. (« La confirmation du pouvoir fédéral de dupliquer les actions civiles provinciales dans l'arrêt *Kirkbi* »).

[580] Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 35 à la p 53. Les auteurs suggèrent également que la compétence des provinces en matière de concurrence, plus particulièrement en matière de lutte contre la corruption, puisse reposer, selon la finalité poursuivie par le législateur provincial et la nature des mesures mises en œuvre, sur la compétence des provinces sur les « institutions municipales » (92(8) de la LC de 1867), sur la « création et la tenue de charges provinciales, et la nomination et le paiement des officiers provinciaux » (92(4)) ou encore sur la compétence des provinces en matière pénale (92(15)). Voir Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 35 aux pp 57–70.

[581] Voir Luc Thibaudeau et Louis Charrette, « Fascicule 3: Champ d'application du droit fédéral » au nº 21, dans Pierre-Claude Lafond, dir, JCQ *Droit des affaires - Droit de la consommation et de la concurrence*, à jour le 1er janvier 2018 (QL). À titre d'exemple, tout comme la *Loi sur la concurrence*, la LPC, à son article 219, interdit au commerçant de faire des représentations fausses ou trompeuses au consommateur. Dans *Richard c Time*, les juges Cromwell et Lebel soulignent à cet égard que le libellé de l'article 218 de la LPC, qui prévoit la méthode pour déterminer si une représentation constitue une pratique interdite, « est fortement inspiré » de celui du para 52(4) de la *Loi sur les coalitions 1970*. *Time*, *supra* note 565 au para 45. Voir à ce sujet Edward P Belobaba, « Unfair Trade Practices Legislation: Symbolism and Substance in Consumer Protection » (1977) 15:2 Osgoode Hall LJ 327.

[582] Voir *supra*, Partie I, section 1.1.3.1. (« L'affaire *Labatt*: la protection de la santé du consommateur comme objectif nécessaire à l'intervention du législateur fédéral ») et Partie II, section 1.3.1. (« *Supermarchés Dominion*: une exception à l'approche souple et un frein à l'expansion de la compétence fédérale en matière économique »).

mesures fédérales, la Cour a reconnu qu'il appartenait aux provinces d'adopter des normes et des standards applicables à la fabrication et la commercialisation des produits afin d'assurer aux consommateurs un certain niveau de qualité. À cette fin, plusieurs provinces ont adopté des lois sur la vente d'objet qui exigent qu'un bien soit raisonnablement adapté à son usage général et soit d'une « qualité marchande »[583]. D'autres sont allées encore plus loin en élaborant un cadre législatif destiné à régir la qualité des produits et les garanties accordées au consommateur, et en facilitant l'exercice des droits de ce dernier en lui permettant d'intenter une action directement contre le fabricant du produit[584]. Les provinces disposent en outre des lois et des règlements qui prévoient des standards de qualité pour les produits vendus sur leur territoire[585].

En somme, nous avons vu que les provinces ont une compétence partagée en matière de concurrence et une compétence exclusive pour encadrer la qualité des produits à des fins de nature économique. La présente section traitera donc de la jurisprudence et des mesures provinciales qui viennent s'ajouter à celles déjà étudiées dans l'étude des limites des compétences fédérales.

Nous verrons d'abord que, dès le début des années 60, la Cour suprême a validé les premières initiatives provinciales visant à protéger les intérêts économiques des consommateurs en matière de vente à crédit [2.1.]. Nous analyserons par la suite des affaires ayant confirmé la validité et l'applicabilité de lois provinciales protégeant le consommateur dans ses rapports avec des entreprises fédérales [2.2.]. Enfin, nous reviendrons sur les différentes décisions dans lesquelles la Cour suprême a reconnu la

[583] Nous avons déjà discuté de ces exigences en matière de qualité du produit qui permettent également de protéger la santé et la sécurité du consommateur. Voir *supra* Partie I, notes 266, 267, 268 et texte correspondant.

[584] Certaines provinces se sont dotées de lois-cadres portant uniquement sur cette question, comme le Nouveau-Brunswick (*Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation*, *supra* note 568) et la Saskatchewan (*The Consumer Products Warranties Act*, *supra* note 568). D'autres comme le Québec ont intégré des dispositions plus spécifiques de leurs lois d'application générale (voir les arts 34–54 de la LPC). Voir à ce sujet Benoit Moore, « Autonomie ou dépendance: réflexion sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation en droit commun » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 1 aux pp 8–9 [Benoit Moore, « Autonomie ou dépendance »]; Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation », *supra* note 564 aux pp 27–28.

[585] Voir à titre d'exemple: *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*, RLRQ c M-35.1, art 92 (Qc); *Loi sur la commercialisation des produits agricoles*, LRO 1990, c F.9, art 8 (Ont); *Loi sur la commercialisation des produits agricoles*, CPLM c F47, art 3 (Man); *Loi sur les produits naturels*, LN-B 1999, c N-1.2, art 77 (N-B).

compétence des provinces de prévoir des recours en cas de violation aux mesures de protection du consommateur qui viennent s'ajouter à ceux prévus par le droit fédéral [2.3.].

2.1. L'encadrement du crédit: un premier pas vers la reconnaissance d'une compétence provinciale en matière de protection du consommateur

L'industrie du crédit à la consommation au Canada s'est développée en réponse au développement et à la croissance de la demande en biens et services à partir de la deuxième moitié du 20e siècle[586]. L'encadrement de cette forme de crédit réfère au « crédit consenti aux individus pour financer, en tant que consommateurs, les dépenses liées en biens de consommation et en services »[587]. Il s'agit de l'une des premières mesures prises par les provinces dans les années 60 afin de protéger les intérêts économiques des consommateurs[588].

Il faut dire d'emblée que l'historique des lois fédérales et provinciales en matière de crédit à la consommation et de la jurisprudence portant sur la compétence respective des deux ordres de gouvernement à ce sujet est riche et complexe[589]. Nous donnons ici un aperçu de cette évolution et des enjeux constitutionnels y étant rattachés, en référant le lecteur qui voudra approfondir cette réflexion à des ouvrages et textes spécialisés dans ce domaine[590].

---

[586] Sur l'histoire du développement du crédit à la consommation, voir Micheline Gleixner, « Reconsidering Legislative Competence over Consumer Credit in Canada », dans Janis P Sarra et Barbara E Romaine, dir, *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Carswell, 2017, 153 aux pp 158–65 [Gleixner, « Reconsidering Legislative Competence over Consumer Credit »]; Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 aux pp 698–99; Canada, Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur le crédit au consommateur et le coût de la vie*, février 1967, aux pp 35–37 [Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur*].

[587] Cette définition se retrouve dans Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur*, *supra* note 586 à la p 36. Elle exclut généralement le crédit consenti à des fins commerciales ou encore le crédit associé à l'achat de biens immobiliers. Voir Micheline Gleixner, dans Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 699; Gleixner, « Reconsidering Legislative Competence over Consumer Credit », *supra* note 586 à la p 159.

[588] Louis J Romero, *Les relations fédérales-provinciales en matière de protection du consommateur*, Ottawa, Conseil de recherche en consommation, 1975, aux pp 1, 10 [Romero, *Relations fédérales-provinciales*].

[589] Ces questions ont fait l'objet récemment d'études très poussées de la professeure Micheline Gleixner qui y consacre sa thèse de doctorat à Dalhousie University. Parmi ses textes sur le sujet, voir Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351; Gleixner, « Reconsidering Legislative Competence over Consumer Credit », *supra* note 586; Micheline Gleixner, « A Canadian Financial Consumer Protection Code: Is Canada Ready for Round Three? » dans Janis P Sarra et Barbara E Romaine, dir, *Annual Review of Insolvency Law 2018*, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 57 [Gleixner, « Canadian Financial Consumer Protection Code »].

[590] En plus des textes de Micheline Gleixner, *ibid*, voir Ronald CC Cuming, « The Credit Consumer in Trouble: Remedies of Canadian Consumer Creditors » (1968) 15:1 McGill LJ 48 [Cuming, « Credit

Nous commencerons par identifier les principales compétences en vertu desquelles les deux ordres de gouvernement peuvent respectivement légiférer sur le crédit à la consommation [2.2.1.] Nous poursuivrons en faisant un bref retour historique sur l'encadrement de ce type de crédit, d'abord par le législateur fédéral, puis de façon plus importante par les provinces [2.2.2.]. Nous terminerons en discutant de l'arrêt *Barfried*[591] et de ses conséquences sur la capacité des provinces de légiférer dans ce domaine en particulier, et sur la protection des intérêts économiques du consommateur en général [2.2.3.].

2.1.1. Le double aspect du crédit à la consommation

Dès les années 60, le Comité spécial chargé d'étudier le crédit à la consommation au Canada concluait que « les problèmes du partage de la compétence législative entre le parlement fédéral et les parlements provinciaux se retrouvent dans le domaine du crédit à la consommation comme dans plusieurs autres domaines de notre économie »[592].

Ces difficultés résultent du fait que, tout comme la protection du consommateur, le crédit à la consommation n'est pas un sujet ayant été exclusivement attribué à un ordre de gouvernement en 1867. Il relève plutôt d'une compétence partagée entre les provinces et le législateur fédéral[593]. À cet égard, une des façons de définir la compétence respective de ces derniers est de distinguer la *nature* du crédit sur lequel ils légifèrent.

Consumer in Trouble »]; Nicole L'Heureux, « Des développements en matière de crédit et de protection du consommateur » (1977) 37:1 R du B 99 [L'Heureux, « Développements en matière de crédit »]; Pitch, « Consumer Credit Reform », *supra* note 351; Iain Ramsay, *Accès au crédit sur le marché parallèle du crédit à la consommation*, texte préparé pour le Bureau de la consommation, Industrie Canada et le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, 1er février 2000, en ligne: https://publications.gc.ca/collections/Collection/C2-543-2000F.pdf (consultée le 10 novembre 2022) [Ramsay, *Accès au crédit*]; Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur*, *supra* note 586; Jacob S Ziegel, « The Legal Regulations of Consumer Credit in Canada » (1966) 31:2 Sask Bar Rev 103 [Ziegel « Legal Regulations of Consumer Credit »]; Jacob S Ziegel, « Consumer Credit Regulation: A Canadian Consumer-Oriented Viewpoint » (1968) 68:3 Colum L Rev 488 [Ziegel, Canadian Consumer-Oriented Viewpoint »]; Jacob S Ziegel, « Recent Legislative and Judicial Trends in Consumer Credit in Canada » (1970) 8:1 Alta L Rev 59 [Ziegel, « Recent Legislative and Judicial Trends »]; Jacob S Ziegel, « Recent Developments in Canadian Consumer Credit Law » (1973) 36:5 Mod L Rev 479 [Ziegeal, « Recent Development »].

[591] *Attorney General (Ontario) c Barfried Enterprises*, [1963] RCS 570, 42 DLR (2d) 137 [*Barfried*].

[592] Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur*, *supra* note 586 à la p 1.

[593] Voir Gleixner, « Reconsidering Legislative Competence over Consumer Credit », *supra* note 586 à la p 263; Ramsay, *Accès au crédit*, *supra* note 590 à la p 31.

D'un côté, le législateur fédéral peut encadrer le « crédit au prêteur », c'est-à-dire le crédit accordé et le taux d'intérêt consenti dans le cadre d'un prêt d'argent[594]. Pour ce faire, le Parlement emprunte principalement sa compétence exclusive sur l'« intérêt de l'argent » prévu au paragraphe 91(19) de la LC de 1867[595]. Il peut également justifier son intervention dans ce domaine en vertu de sa compétence sur les banques (91(15)), les lettres de change et les billets à ordre (91(18))[596], la faillite et l'insolvabilité (91(21)) et le droit criminel (91(27))[597].

De l'autre côté, le contrat de crédit entre les acheteurs et les vendeurs de biens et de services, soit le « crédit du vendeur », relève plutôt de la compétence des provinces sur la propriété et les droits civils[598]. En effet, ce type de crédit, en étant accessoire à la vente, relève de la compétence des provinces en matière de contrats et de commerce intraprovincial en vertu du paragraphe 92(13) de la LC de 1867[599].

Ces deux formes de crédit, bien qu'elles soient de nature différente, sont considérées comme du crédit à la consommation dans la mesure où elles partagent la même fonction, c'est-à-dire de permettre au consommateur d'obtenir du crédit en vue de consommer des biens et des services[600]. Ce faisant, le crédit à la consommation comporte un double aspect,

---

[594] Nicole L'Heureux explique ainsi la différence entre le crédit du *prêteur* et le crédit du *vendeur*: « Dans le premier cas, l'opération se caractérise par la remise du prêteur à l'emprunter d'une somme d'argent ou d'une avance de crédit contre la promesse de ce dernier de rembourser, le coût demandé par le prêteur étant qualifié d'intérêt. Le prêteur a donc comme occupation principale de prêter de l'argent ou de fournir du crédit et rien d'autre. Dans le second cas, le vendeur est principalement engagé dans la vente de biens. La concession d'un délai pour le paiement constitue un accessoire ou un incident de la vente. Tandis que la charge exigée par le prêteur est caractérisée d'intérêt, celle du vendeur n'a pour but que de compenser le retard dans la perception du prix d'achat ». Voir L'Heureux, « Développements en matière de crédit », *supra* note 590 à la p 107. Sur cette distinction, voir aussi Ziegel « Legal Regulations of Consumer Credit », *supra* note 590 à la p 104; Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 708.

[595] Pitch, « Consumer Credit Reform », *supra* note 351 à la p 333.

[596] Sur cette compétence et son interaction avec la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils, voir Jean Leclair, « La Constitution par l'histoire: portée et étendue de la compétence fédérale exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre » (1992) 33:2 C de D 535; Jean Leclair, « L'interaction entre le droit privé fédéral et le droit civil québécois en matière d'effets de commerce: perspective constitutionnelle » (1995) 40 RD McGill 691.

[597] Pour une étude approfondie de la portée de ces compétences fédérales en matière de crédit à la consommation, voir Gleixner, « Reconsidering Legislative Competence over Consumer Credit », *supra* note 586.

[598] Voir L'Heureux, « Développements en matière de crédit », *supra* note 590 à la p 107. Voir aussi Ziegel « Legal Regulations of Consumer Credit », *supra* note 590 à la p 104; Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 708.

[599] Voir Partie I, *supra* notes 279–81, 286–88 et texte correspondant.

[600] Voir *supra* note 587 et texte correspondant.

soit un aspect fédéral (le crédit du prêteur) et un aspect provincial (le crédit du vendeur). Cette ligne de démarcation n'est toutefois pas parfaite. En effet, les provinces peuvent encadrer le prêt d'argent et le crédit consentis par des coopératives de services, comme les Caisses populaires Desjardins au Québec, dans la mesure où celles-ci sont exclues de la compétence fédérale sur les banques[601]. En outre, nous verrons que la Cour suprême a reconnu que les provinces pouvaient encadrer le contrat de prêt, et ce, malgré les effets incidents que la législation provinciale à ce sujet pouvait produire sur la compétence fédérale sur l'intérêt[602].

À l'inverse, le législateur fédéral est davantage limité dans sa capacité d'encadrer le crédit consenti dans le cadre de la vente de biens et de services[603]. À cet égard, Nicole L'Heureux mentionne, en 1977, que l'un « des principaux obstacles à une intervention efficace du législateur fédéral dans le domaine du crédit à la consommation » réside dans la distinction entre le crédit du prêteur et celui du vendeur[604]. Elle souligne en effet que dans la mesure où le Parlement avait une compétence exclusive sur l'intérêt, « les opérations de crédit du prêteur lui étaient soumises tandis que les opérations de crédit du vendeur lui échappaient »[605].

Ce faisant, bien que les deux ordres de gouvernement disposent d'une compétence partagée pour encadrer le crédit à la consommation, le législateur fédéral n'a joué qu'un rôle relativement limité dans ce domaine alors que les provinces ont occupé une place de plus en plus importante.

---

[601] Voir à ce sujet Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit bancaire*, 5e éd, Montréal, Yvon Blais, 2017, nº 11, 41–46. Citant la décision *Pioneer*, *supra* note 123, les auteurs Brun, Tremblay et Brouillet précisent que « ce n'est pas la nature des opérations spécifiques effectuées par une institution qui sert à déterminer s'il s'agit d'une banque, mais bien le fait que cette institution soit reconnue comme banque par la législation fédérale ». À ce titre, les institutions « parabancaires », comme les caisses populaires, font partie de la compétence des provinces, et non de la compétence fédérale sur les banques. Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*, *supra* note 272, nº VI-2.123.

[602] Voir *infra*, Partie II, section 2.1.3. (« L'arrêt *Barfried*: la reconnaissance de la validité des lois provinciales encadrant le contrat de crédit »).

[603] Ziegel « Legal Regulations of Consumer Credit », *supra* note 590 à la p 104.

[604] L'Heureux, « Développements en matière de crédit », *supra* note 590 aux pp 106–07.

[605] *Ibid*.

2.1.2. L'inefficacité de la législation fédérale et le rôle accru joué par les provinces

Pour mieux comprendre l'évolution de la législation provinciale en matière de crédit, il importe dans un premier temps d'expliquer le rôle joué dans ce domaine par le législateur fédéral et, surtout, les limites de son intervention qui ont incité les provinces à légiférer.

L'action législative fédérale en matière de crédit remonte au début de la Confédération alors qu'il intervient par le biais de la *Loi sur l'intérêt 1886*[606] dans le but de protéger les emprunteurs — qu'ils soient ou non des consommateurs — contre ce qui est considéré comme un traitement abusif de la part des prêteurs[607]. Consacrant le principe selon lequel les parties demeurent libres de prévoir le taux d'intérêt de leur choix dans leur contrat, cette loi n'impose aucune obligation quant au coût du crédit pour protéger les emprunteurs les plus vulnérables[608]. La loi permet uniquement à ceux-ci de connaitre le taux d'intérêt applicable à leur prêt. Elle demeure insuffisante pour que les emprunteurs disposent de toute l'information nécessaire afin de prendre une décision éclairée relativement à l'ensemble des conditions financières de leur emprunt[609].

Face à ces limites, le Parlement fédéral cherche à encadrer davantage le crédit par le biais de la *Loi sur les prêteurs sur gages*[610], ainsi que de la *Loi sur les prêteurs d'argent*[611] qui limite l'intérêt à un taux de 12 % par année pour les prêts de moins de 500 $. Cette dernière est toutefois elle aussi considérée comme largement inefficace pour protéger adéquatement les emprunteurs. Cela s'explique par le fait que la loi ne définit pas la notion d'« intérêt »

[606] *Loi sur l'intérêt*, LRC 1886, c 127 [*Loi sur l'intérêt 1886*], aujourd'hui la *Loi sur l'intérêt*, LRC 1985, c I-150 [*Loi sur l'intérêt*]. Voir Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 703.

[607] Voir Mary Anne Waldron, « The Federal Interest Act: It Sure is Broke, But is It Worth Fixin » (1998) 29:2 Can Bus LJ 161 à la p 164 [Waldron, « Federal Interest Act »]; L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 574, nº 223.

[608] Zeigel, « Recent Legislative and Judicial Trends », *supra* note 590 à la p 67.

[609] Voir Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 703.

[610] *Loi sur les prêteurs sur gage*, LRC 1886, c 128, abrogée par la *Loi portant abrogation de certaines lois qui ne sont plus en vigueur ou qui sont devenues inutiles*, LC 1980-83, c 159 et remplacée en partie par les dispositions sur le prêt usuraire prévues à l'article 347 du *Code criminel*, LRC 1985, c C-46.

[611] *Loi sur les prêteurs d'argent*, LC 1906, c 32 abrogée par la *Loi modifiant la Loi sur les petits prêts*, LC 1956, c 46, art 8.

— ce qui permet aux prêteurs d'imposer d'autres types de frais usuraires — et qu'aucun organisme administratif n'est responsable de son application[612].

Le législateur fédéral contrôle par ailleurs les taux d'intérêt imposés par les entreprises relevant de sa juridiction par le biais de la *Loi des compagnies de prêt*[613]. Le rôle de cette dernière reste néanmoins limité dans la mesure où elle encadre uniquement les activités des entreprises incorporées en vertu de celle-ci[614].

Dans ce contexte, en 1939, le Parlement veut élargir le champ d'application de sa législation en matière de crédit en adoptant la *Loi sur les petits prêts* qui limite le taux applicable aux prêts de moins de 500 $ consenti par toute entreprise, qu'elle soit provinciale ou fédérale[615]. Il s'agit à l'époque de « la plus importante loi concernant le crédit au consommateur, et la seule loi qu'un ministère du gouvernement fédéral est chargé d'appliquer »[616]. Malgré sa portée élargie, cette nouvelle loi connait rapidement des limites et s'avère à nouveau peu efficace pour protéger tous les emprunteurs[617]. En effet, son plafond de 500 $ (augmenté à 1500 $ en 1956[618]) est relativement bas par rapport à

[612] Voir Ziegel « Legal Regulations of Consumer Credit », *supra* note 590 à la p 106; Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 704; Mary Anne Waldron, « A Brief History of Interest Caps in Canadian Consumer Lending: Have We Learned Enough from the Past » (2011) 50 Can Bus LJ 300 à la p 303 [Waldron, « Brief History »]; Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur*, *supra* note 586 à la p 42.

[613] *Loi des compagnies*, LRC 1886, c 119, arts 86–103; *Loi des compagnies de prêts*, LC 1914, c 40; *Loi des compagnies de prêts*, LRC 1927, c 28 (aujourd'hui la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, *supra* note 354). Plusieurs prêts étaient par ailleurs consentis par des sociétés créées par des lois spéciales fédérales qui fixaient les conditions auxquelles de telles sociétés pouvaient accorder des prêts. Voir Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur*, *supra* note 586 aux pp 44–45.

[614] Les exigences de la *Loi des compagnies* s'appliquaient uniquement aux entreprises incorporées par lettres patentes émises par le gouverneur général en vertu de l'article 3 de cette loi. Voir Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 704; Waldron, « Brief History », *supra* note 612 à la p 304.

[615] *Loi sur les petits prêts*, LC 1939, c 23, art 2. La loi limite le taux d'intérêt à 2 % par mois pour un prêt d'une durée de quinze mois ou moins, et à 1 % par mois pour les prêts de plus longue durée. Voir à ce sujet Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 704.

[616] Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur*, *supra* note 586 à la p 42.

[617] Voir à ce sujet Pitch, « Consumer Credit Reform », *supra* note 351 à la p 325; Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 705.

[618] *Loi modifiant la Loi sur les petits prêts*, *supra* note 611, arts 1, 6.

l'augmentation du coût de la vie et de la demande des consommateurs pour avoir accès au crédit[619]. En outre, cette loi n'a été que très rarement mise en application[620].

La *Loi sur les petits prêts* est ultimement abrogée en 1980 et remplacée par une disposition dans le *Code criminel* interdisant un taux d'intérêt annuel supérieur à 60 %[621]. Cette modification fait suite à l'échec de la tentative du Parlement en 1976 d'adopter le projet de loi C-16, intitulé *Loi pour la protection des emprunteurs et déposants*, qui visait à uniformiser et bonifier les normes existantes en matière de crédit[622].

En somme, comme le note Micheline Gleixner, pendant plusieurs années, le Parlement fédéral s'est avéré peu efficace pour encadrer le crédit à la consommation:

> *Consequently, with the exception of a short period during which the Small Loans Act was economically relevant, initial federal legislation was a dismal failure from a consumer protection perspective.*
>
> *With the evident loopholes and the lack of enforcement, the absence of a federal licensing requirement for all money lenders as well as the impact of inflation and the absence any substantive reform, consumer credit in Canada was essentially unregulated for nearly 100 years. Although*

[619] Voir Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 705; Pitch, « Consumer Credit Reform », *supra* note 609 à la p 325.

[620] Entre 1940 et 1966, seulement neuf poursuites sont entreprises en vertu de cette loi. Voir Ziegel, « Canadian Consumer-Oriented Viewpoint », *supra* note 590 à la p 518 (note 181); Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 705.

[621] *Code criminel*, *supra* note 610, art 347.

[622] Ce projet de loi comprenait trois principales mesures (1) la divulgation et le calcul de l'intérêt et des frais de crédit, (2) le contrôle du coût des opérations de crédit et (3) la surveillance des prêteurs et fournisseurs de crédit. Voir à ce sujet L'Heureux, « Développements en matière de crédit », *supra* note 590 aux pp 100–08. Déposé à la Chambre des communes le 27 octobre 1976, ce projet de loi n'a jamais été adopté, notamment en raison de l'absence de support des organisations de consommateurs, de la résistance des fournisseurs de crédit et de l'opposition de plusieurs provinces. Pour une analyse des motifs ayant conduit à l'échec de ce projet de loi, voir Susan Kathleen Burns, *The Borrowers and Depositors Protection Act: A Case History in Legislative Failure*, mémoire de maîtrise en administration des affaires, Université de la Colombie-Britannique, 1981 [Burns, *Legislative Failure* »]; Richard H Bowes, « Annual Percentage Rate Disclosure in Canadian Cost of Credit Disclosure Laws » (1998) 29:2 Can Bus LJ 183 aux pp 188–89; Gleixner, « Reconsidering Legislative Competence over Consumer Credit », *supra* note 586 aux pp 254–55. Le Parlement avait déjà tenté de réglementer le crédit à la consommation en 1950 en adoptant la *Loi sur le crédit aux consommateurs (Dispositions temporaires)*, LC 1950-51, c 3. Cette loi n'est toutefois restée en vigueur que pendant deux ans et a été abrogée par la *Loi portant abrogation de certaines lois qui ne sont plus en vigueur ou qui sont devenues inutiles*, *supra* note 610. Un règlement a en outre été adopté en 1950, puis abrogé en 1952, afin de prévoir des mises de fonds minimales, des valeurs maximales de prêts, des périodes de crédits maximales et des montants de versement minimaux. Pendant une courte période durant et peu après la Seconde Guerre mondiale, le Parlement a également confié l'encadrement du crédit à la Commission des prix et du commerce en temps de guerre qui a régulé le crédit par le biais d'ordres et de règlements. Voir à ce sujet Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 aux pp 705–07; Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur*, *supra* note 586 aux pp 51–52.

> *there was an unsuccessful attempt in the 1970s, no other comprehensive financial consumer protection legislation reform has been introduced to date by the federal government to regulate all forms of credit products and services or all types of credit grantors including provincially regulated companies*[623].

Ces lacunes de la législation fédérale ont incité les provinces à encadrer elles-mêmes les contrats de prêt d'argent et de vente à crédit afin d'accroître la protection des consommateurs dans ce domaine[624]. Elles ont ainsi adopté certaines mesures pour encadrer le crédit à la consommation, plus particulièrement pour couvrir les transactions de plus de 1500 $ qui échappaient à la législation fédérale[625]. Cela dit, la constitutionnalité de ces lois provinciales soulevait à l'époque certains doutes. En effet, jusque-là, la Cour suprême avait conclu que les lois provinciales portant spécifiquement sur l'intérêt, le prêt d'argent et le crédit étaient *ultra vires* des provinces, et relevait plutôt de la compétence fédérale sur l'intérêt[626].

C'est dans ce contexte qu'a été rendue en 1963 l'affaire *Barfried* qui viendra définir — et élargir — les contours de la compétence des provinces pour encadrer le crédit à la consommation et, plus généralement, pour protéger les intérêts économiques des consommateurs.

---

[623] Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 707 (citations omises). Parmi les auteurs qui ont critiqué l'inefficacité du législateur fédéral à protéger le consommateur en matière de crédit, voir aussi Pitch, « Consumer Credit Reform », *supra* note 609; L'Heureux, « Développements en matière de crédit », *supra* note 590 aux pp 99–100; Nicolas Roy Sidor, *Consumer Policy in the Canadian Federal State*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1984 à la p 48. Voir aussi Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur*, *supra* note 586, dans lequel le Comité mixte sur le crédit au consommateur et le coût de la vie identifie les lacunes de la législation fédérale dans les années 60.

[624] Voir Pitch, « Consumer Credit Reform », *supra* note 609 à la p 325; Ziegel « Legal Regulations of Consumer Credit », *supra* note 590 à la p 104; L'Heureux, « Développements en matière de crédit », *supra* note 590 à la p 107.

[625] Voir par exemple en Ontario, *The Money Lenders Act*, SO 1912, c 30, arts 5–8 et *The Unconscionable Transactions Relief Act*, RSO 1960, c 410 [*Unconscionable Transactions Relief Act (Ont)*]; à Terre-Neuve-et-Labrador, *The Unconscionable Transactions Relief Act*, SNL 1962, c 38. Certaines provinces, dont le Québec, ont par ailleurs adopté des lois visant expressément la vente à tempérament, voir la *Loi concernant les ventes à tempérament*, LQ 1947, c 73. Voir à ce sujet Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 709.

[626] Voir Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 aux pp 708–09; Mary Anne Waldron, *The Law of Interest in Canada*, Toronto, Carswell, 1992 aux pp 18–19 [Waldron, *Law of Interest*]. Voir notamment *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan*, [1947] RCS 394 à la p 414, 3 DLR 689.

2.1.3. *Barfried*: la reconnaissance de la validité des lois provinciales encadrant le contrat de crédit

L'auteur Louis J Romero qualifiera en 1975 l'arrêt *Barfried* « de la cause de droit constitutionnel la plus importante en matière de protection du consommateur »[627]. Pourtant, cet arrêt est souvent négligé dans l'étude de la jurisprudence constitutionnelle dans ce domaine, peut-être parce qu'il ne concerne pas une loi provinciale semblable à la LPC.

Il porte plutôt sur des dispositions du *Unconscionable Transactions Relief Act* (« *Loi sur la réduction des opérations exorbitantes* »)[628], une loi ontarienne qui permettait à un particulier de s'adresser au tribunal lorsque le « coût d'un prêt » auquel il avait consenti était « excessif » et que la transaction à laquelle il était parti était « exorbitante » (« *unconscionable* »)[629]. En vertu de cette loi provinciale, le « coût du prêt » était défini comme le coût total payé par l'emprunteur, ce qui comprenait les intérêts, mais aussi d'autres frais tels que des escomptes, commissions ou bonis[630]. Lorsque ce coût était qualifié d'excessif, la cour pouvait modifier le contrat de prêt afin de libérer le débiteur de tout paiement dépassant la somme qu'elle jugeait « équitable », ce qui lui permettait notamment de réduire le taux d'intérêt prévu au contrat[631].

S'appuyant sur cette loi, M. Sampson s'était adressé aux tribunaux ontariens afin de faire réviser les modalités d'un contrat hypothécaire conclu avec l'entreprise Barfried[632]. L'hypothèque qu'avait contractée ce dernier portait sur un montant de 2 250 $, avec un taux d'intérêt de 7 % par an, mais la somme effectivement avancée était de 1 432,50 $. La différence entre ces deux montants était constituée d'un boni[633] et d'une commission que

---

[627] Romero, *Relations fédérales-provinciales*, *supra* note 588 à la p 11.

[628] *Unconscionable Transactions Relief Act (Ont)*, *supra* note 625.

[629] *Ibid*, art 2: « *"Cost of the loan" means the whole cost to the debtor of money lent and includes interest, discount, subscription, premium, dues, bonus, commission, brokerage fees and charges, but not actual lawful and necessary disbursements made to a registrar of deeds, a master or local master of titles, a clerk of a county or district court, a sheriff or a treasurer of a municipality* ».

[630] *Unconscionable Transactions Relief Act (Ont)*, *supra* note 625, art 2.

[631] *Ibid*.

[632] Notons que même si l'arrêt *Barfried* a eu des répercussions importantes sur la capacité des provinces de légiférer en matière de crédit à la consommation, il ne portait pas directement sur cette forme de crédit. En effet, le prêt d'argent en cause avait été consenti dans le cadre d'un contrat hypothécaire, qui ne répond pas à la définition généralement donnée au « crédit à la consommation ». Voir *supra* note 587.

[633] Un boni est une somme d'argent déduite du montant principal avant qu'il ne soit avancé au prêteur. Ce dernier paie néanmoins des intérêts sur le montant total, c'est-à-dire le montant avancé plus le montant du

l'emprunteur avait dû verser à Barfried au moment de la signature du contrat[634]. Après que le juge de première instance ait réduit le montant de l'hypothèque à 1500 $, avec un taux d'intérêt à 11 % par an, le prêteur Barfried a soulevé avec succès en appel l'inconstitutionnalité du *Unconscionable Transactions Relief Act*[635]. Le procureur général de l'Ontario a porté en appel cette décision devant la Cour suprême.

Dans un premier temps, la Cour devait déterminer si la loi ontarienne relevait de la compétence provinciale sur les contrats en vertu du paragraphe 92(13) de la LC de 1867 ou se rattachait plutôt à la compétence fédérale sur l'intérêt prévue au paragraphe 91(19). Dans un deuxième temps, la Cour devait vérifier s'il existait un conflit entre la loi ontarienne et l'article 2 de la *Loi sur l'intérêt 1952*[636]. La majorité de la Cour, dont les motifs sont rédigés par le juge Judson, conclut que la loi ontarienne est *intra vires* et n'entre pas en conflit avec le droit fédéral[637].

Le juge Judson se penche d'abord sur la notion d'« intérêt » au sens du paragraphe 91(19). Il est d'avis que l'accumulation d'intérêts au jour le jour en est une caractéristique essentielle[638]. La notion d'intérêt doit ainsi être interprétée de façon restrictive et ne comprend pas la majorité des éléments qui forment le « coût du prêt » selon l'article 2 de la loi ontarienne[639]. En l'espèce, la différence entre le montant avancé à l'emprunteur et le montant de l'hypothèque était composée d'un boni et d'une commission, soit deux types de frais qui ne constituaient pas de l'intérêt au sens de la définition retenue par le juge Judson.

Ce dernier est donc d'avis que la loi ontarienne ne peut être qualifiée comme une loi relative à l'intérêt. Il s'agit plutôt d'une loi relative à l'annulation ou à la révision d'un contrat pour

boni. Voir J B Waterman, « In Defence of the Unconscionable Transactions Relief Act » (1963) 21 UT Fac L Rev 117 à la p 118.

634 *Barfried*, *supra* note 591 à la p 579.

635 Devant la Cour suprême, le procureur général du Québec est intervenu pour soutenir le procureur général de l'Ontario quant à la validité de la loi ontarienne. Le procureur général du Canada appuyait quant à lui la position de Barfried selon laquelle la loi était *ultra vires*.

636 *Loi sur l'intérêt*, LRC 1952, c 156 [*Loi sur l'intérêt 1952*].

637 La majorité est composée du juge en chef Taschereau et des juges, Fauteux, Judson et Hall. Le juge Cartwright rédige des motifs concurrents. Les juges Martland et Ritchie sont dissidents.

638 *Barfried*, *supra* note 591 à la p 575.

639 *Ibid*.

les motifs énoncés dans la loi, à savoir (a) que le coût du prêt est excessif et (b) que la transaction est exorbitante[640]. Le juge Judson ajoute que le libellé de la loi indique que cette dernière ne porte pas sur le taux ou le montant de l'intérêt, mais vise plutôt à déterminer si la transaction dans son ensemble en est une qu'il serait approprié de maintenir. Reprenant l'argument mis de l'avant par le procureur général du Québec, le juge Judson est d'avis que les mesures prévues par la loi ontarienne peuvent être classées, du point de vue du droit civil, comme une extension de la doctrine de la lésion[641]. Le tribunal peut ainsi libérer un débiteur, à tout le moins en partie, des obligations d'un contrat auquel il ne peut être considéré comme ayant donné un consentement libre et valide[642].

Le juge Judson ajoute que le législateur provincial est intervenu pour remédier à des contrats ayant été imposés à l'une des parties par une « extrême nécessité économique »[643]. Dans de telles circonstances, la loi permet à un tribunal d'annuler le contrat, de le réécrire et d'imposer de nouvelles conditions. Or, selon le juge Judson, le fait qu'une telle intervention du tribunal puisse impliquer une interférence avec le montant ou le taux d'intérêt est accessoire (« *incidental* »)[644]. En ce sens, la loi ontarienne ne peut être caractérisée comme une loi portant sur l'intérêt (« *in relation to interest* ») et est donc valide[645].

Dans des motifs concurrents, le juge Cartwright partage cette conclusion, ajoutant que, selon lui, la loi ontarienne relève à la fois de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils (92(13)) et de leur compétence sur l'administration de la justice (92(14))[646]. Jugeant lui aussi que la loi provinciale n'affecte qu'incidemment la compétence fédérale sur l'intérêt, il précise que « *[i]ts primary purpose and effect are to enlarge the equitable jurisdiction to give relief against harsh and unconscionable bargains which the courts have long exercised* »[647]. Enfin, tant le juge Judson que le juge Cartwright

[640] *Ibid* à la p 577.
[641] Celle-ci ne s'appliquait à l'époque qu'aux mineurs et aux majeurs protégés (voir les articles 1001 et 1012 du CcBC).
[642] *Barfried*, *supra* note 591 à la p 577.
[643] *Ibid* à la p 578.
[644] *Ibid*.
[645] *Ibid*.
[646] *Ibid* à la p 579.
[647] *Ibid*.

sont d'avis qu'il n'y a pas de conflit en l'espèce entre la loi ontarienne et la *Loi sur l'intérêt 1952*[648].

C'est sur ce point que les juges Martland et Richie sont dissidents. Selon eux, l'article 2 de la *Loi sur l'intérêt 1952* donne au créancier, qui a convenu avec un débiteur d'un certain taux d'intérêt, le droit d'exiger et d'imposer le paiement de la somme due. Or ils soulignent que la loi ontarienne fait en sorte que le tribunal auquel un créancier doit s'adresser pour obtenir le paiement de l'intérêt qu'il peut exiger en vertu de la *Loi sur l'intérêt 1952* est également habilité à décider si cet intérêt est excessif. En effet, le tribunal peut, s'il juge que le coût du prêt est effectivement excessif et que la transaction est exorbitante, libérer le débiteur d'une partie de son obligation. Il peut du même coup libérer ce dernier d'une obligation que le créancier est en droit d'exiger en vertu de la loi fédérale[649]. En ce sens, les juges dissidents sont d'avis qu'il y a un conflit direct entre les deux lois et que la loi fédérale doit donc avoir préséance[650].

L'affaire *Barfried* représente un véritable point tournant quant à la capacité des provinces de légiférer pour encadrer le crédit à la consommation[651]. Plus largement, elle donnera une plus grande marge de manœuvre à ces dernières afin « d'assurer l'équité dans les contrats »[652] et de protéger de façon générale les intérêts économiques des consommateurs[653]. D'ailleurs, peu après que cette décision ait été rendue, l'auteur

[648] *Ibid* aux pp 578, 580.

[649] *Ibid* à la p 583.

[650] *Ibid*.

[651] Voir Denis Nadeau, « L'intérêt de l'argent en droit constitutionnel canadien » (1985) 16:1 RDUS 1 à la p 64; Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 aux pp 709–10.

[652] Jean-R Garon et Jean-Claude Royer, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois » (1972) 50:3 R du B can 389 à la p 391.

[653] La Cour d'appel du Québec citera d'ailleurs l'arrêt *Barfried* au soutien de l'affirmation selon laquelle la protection du consommateur relève de la compétence des provinces sur la propriété et les droits civils et les matières de nature locale ou privée dans la province. Voir *127097 Canada Ltd c Québec (Procureur général)*, JE 91-1589, [1991] RJQ 2526 (QCCA). Dans cette affaire, la Cour d'appel conclut au caractère *intra vires* et opérant de l'article 251 de la LPC qui interdit d'exiger d'un consommateur des frais pour l'échange ou l'encaissement de chèques émis par le gouvernement ou une corporation municipale. La Cour rejette du même coup l'argument selon lequel cette disposition se rattacherait plutôt à la compétence fédérale sur les lettres de change prévue au paragraphe 91(18) de la LC de 1867. Elle est également d'avis qu'il n'y a pas de conflit en l'espèce entre l'article 251 et la *Loi sur les lettres de change*, LRC 1970, c B-5. La Cour d'appel s'était également appuyée sur l'arrêt *Barfried* dans une décision rendue en 1980 dans laquelle elle avait refusé de déclarer *ultra vires* l'article 21 de la LPC de 1971 qui prévoyait des exigences quant au contenu du contrat par lequel un commerçant consentait un prêt d'argent à un consommateur. Voir *PG du Québec c Greenspoon*, JE 80-997, [1980] CA 587 (QCCA) [*Greenspoon*].

William R Lederman souligne que cette dernière « *has very important implications – it has opened the way for the Provinces to enact comprehensive schemes for the protection of consumers generally, which some of them are now doing* »[654].

En effet, dans les cinq ans ayant suivi l'arrêt *Barfried*, la majorité des provinces se sont dotées d'une loi semblable à la loi ontarienne[655]. À la fin des années 60 et au début des années 70, toutes les provinces se sont par ailleurs pourvues de mesures de protection du consommateur en matière de crédit à la consommation[656]. À cet égard, la législation provinciale s'applique à la fois au prêt d'argent et au crédit se rattachant à la vente de biens et de services[657]. Autrement dit, les provinces encadrent dorénavant tant le crédit du prêteur que celui du vendeur.

Leur intervention à ce sujet peut prendre plusieurs formes. Elles peuvent réglementer les obligations du commerçant à l'égard du consommateur dans le cadre de contrats de prêt d'argent et de crédit, en plus d'imposer des exigences de divulgation d'information[658]. Les provinces peuvent aussi élaborer des systèmes de permis s'imposant aux commerçants offrant du crédit aux consommateurs dans le cadre de leurs activités[659]. La majorité des

---

[654] William R Lederman, « Some Forms and Limitations of Co-operative Federalism » (1967) 45:3 Can Bar R 409, à la p 418 [Lederman, « Forms and Limitations »]. Le Comité mixte sur le crédit à la consommation et le coût de la vie note également en 1967 qu'à partir de l'affaire *Barfried* « la porte semble être grande ouverte aux législatures provinciales dans le domaine des prêts en espèces et probablement celui du crédit à la consommation en général ». Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur*, *supra* note 586 à la p 1. Voir aussi Waldron, *Law of Interest*, *supra* note 607 à la p 28.

[655] *The Unconscionable Transactions Act*, SA 1964, c 99 (Alb); *The Unconscionable Transactions Relief Act*, SM 1964, c 13 (Man); *The Unconscionable Transactions Relief Act*, SNB 1964, c 14 (N-B); *The Unconscionable Transactions Relief Act*, SPEI 1964, c 35 (I-P-E); *Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges*, LQ 1964, c 67 (ajoutant l'article 1040*c* du CcBC) (Qc); *The Unconscionable Transactions Relief Act*, SNS 1964, c 12 (N-E); *The Unconscionable Transactions Relief Act*, SS 1967, c 86 (Sask); *CPA 1967, supra* note 568, arts 17–20 (C-B). Voir Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 721.

[656] Parmi ces lois, voir notamment *The Consumers' Credit Act*, SM 1965, c 15 (Man); *The Credit and Loans Agreement Act, 1967*, SA 1967, c 11 (Alb); *The Cost of Credit Disclosures Act*, SNB 1967, c 6 (N-B); *The Cost of Credit Disclosure Act*, SS 1967, c 85 (Sask). Les autres provinces ont intégré les règles relatives au crédit dans leurs lois générales de protection du consommateur. Voir par exemple au Québec LPC de 1971, *supra* note 569, arts 9–42. Voir à ce sujet Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 710; Romero, *Relations fédérales-provinciales*, *supra* note 588 à la p 1; Burns, *Legislative Failure* », *supra* note 622 aux pp 59–60; Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur*, *supra* note 586 aux pp 51–54; Pitch, « Consumer Credit Reform », *supra* note 609 aux pp 325–26; Ziegel, « Canadian Consumer-Oriented Viewpoint », *supra* note 590 à la p 489 (note 3).

[657] Voir Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 710.

[658] Pour un portrait détaillé de l'ensemble de la législation provinciale en matière de crédit, voir Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 aux pp 713–50.

[659] Voir par exemple au Québec les articles 321 et ss de la LPC.

provinces ont par ailleurs adopté des lois encadrant les activités de prêteurs sur gages et le prêt sur salaire[660]. À ces mesures plus spécifiques s'ajoute la législation provinciale relative aux pratiques de commerce interdites, notamment en matière de représentations fausses ou trompeuses[661]. Ces différentes lois, encore en vigueur aujourd'hui, confèrent l'essentiel de la protection aux consommateurs relative au crédit, à l'exception de la réglementation des institutions financières comme les banques, qui relèvent toujours de la compétence exclusive du législateur fédéral[662]. La validité de ces différentes lois provinciales ne sera pas à nouveau contestée devant la Cour suprême[663].

Bien qu'il porte sur la validité d'une loi provinciale, l'arrêt *Barfried* est également déterminant quant à la portée de la compétence fédérale sur l'intérêt prévue au paragraphe 91(19) de la LC de 1867. La Cour aurait pu retenir, comme elle l'avait d'ailleurs fait dans le passé[664], une définition relativement large de la notion d'intérêt incluant l'ensemble des frais associés au prêt, tels que des bonis, commissions, remises, etc. Dans cette conception élargie de l'intérêt, le paragraphe 91(19) aurait permis au législateur fédéral de réglementer l'entièreté du « coût du prêt »[665].

---

[660] Voir par exemple: *Pawnbrokers Act*, RSBC 1996, c 350 (C-B); *Loi sur le prêt sur gages*, LRO 1990, c P.6 (Ont); *Pawned Property (Recording) Act*, SS 2003, c P-4.2 (Sask); *An Act to End Predatory Lending*, SA 2016, c E-9.5 (Alb); *Loi de 2008 concernant les prêts sur salaire*, LO 2008, c 9 (Ont). Au Québec, ce type de prêt est encadré par les règles relatives aux contrats de prêt prévues aux arts 66 et ss de la Lpc. Voir à ce sujet Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 aux pp 713–18, 735–45.

[661] Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note aux pp 732–35.

[662] *Ibid* à la p 710. Voir notamment le *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)*, DORS/2001-101; *Règlement sur le coût d'emprunt (sociétés d'assurances canadiennes)* DORS/2001-102; *Règlement sur le coût d'emprunt (sociétés de fiducie et de prêt)*, DORS/2001-104. Sur la législation fédérale dans le domaine bancaire voir *supra*, Partie II, section 1.2.3. (« Le régime (non) exhaustif de protection des consommateurs en matière financière de la *Loi sur les banques* »). La *Loi sur l'intérêt*, *supra* note 606, offre également une certaine forme de protection par le biais des obligations de divulgation d'information qu'elle impose aux prêteurs. Voir *VK Mason Construction Ltd c Banque de Nouvelle-Écosse*, [1985] 1 RCS 271 à la p 287, 16 DLR (4th) 598.

[663] Il y a néanmoins eu une tentative au Québec, au début des années 2000, de contester les articles 8 de la LPC et 1437 du CcQ, qui permettent, entre autres, à un consommateur de demander la réduction du taux d'intérêt dans un contrat considéré abusif. S'appuyant sur l'arrêt *Barfried*, la Cour supérieure du Québec conclura que les deux dispositions sont valides malgré leurs effets incidents sur la compétence fédérale sur l'intérêt, et l'appel de cette décision sera rejeté. Voir *Riendeau c Cie de la Baie d'Hudson*, [2004] RJQ 3013, JE 2004-2138 (QCCS), appel rejeté dans 2006 QCCA 1379 [*Riendeau*].

[664] Voir Marc Lacoursière et Frédéric Lévesque, « Le remboursement par anticipation d'un prêt hypothécaire par un consommateur: enjeux et perspectives de réforme » (2016) 57:4 C de D 583 aux pp 590–91; Howard B Shaffer, « The Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Limited » (1965) 11:3 McGill L J 268 aux pp 272–73, 75.

[665] Voir Pitch, « Consumer Credit Reform », *supra* note 351 à la p 334.

La Cour choisit plutôt d'interpréter la notion d'« intérêt », et par le fait même la compétence du Parlement sur ce sujet, de façon restrictive, c'est-à-dire en la limitant au montant qui s'accumule au jour le jour selon un taux donné. Cette interprétation lui permet, d'une part, de déterminer que le caractère véritable de la loi ontarienne n'est pas l'intérêt, puisque le coût d'emprunt auquel elle réfère englobe plusieurs autres frais. Cette définition restrictive l'amène, d'autre part, à conclure qu'il n'y a pas de conflit entre la loi provinciale et la loi fédérale[666].

Or, en utilisant une définition limitée de la notion d'intérêt pour préserver la validité et l'opérabilité de la loi ontarienne, la Cour restreint par le fait même la portée du paragraphe 91(19) de la LC de 1867. Cette interprétation restrictive de la compétence du Parlement sur l'intérêt n'est pas sans conséquence pour le développement de la législation fédérale en matière de crédit à la consommation. En effet, celle-ci sera déterminante dans la perception qu'auront les autorités fédérales de leur pouvoir de réglementer le crédit. Ces dernières considéreront qu'elles ne disposent pas de la compétence pour encadrer l'entièreté du coût d'emprunt, limitant grandement leur capacité à régir efficacement les différentes facettes du crédit à la consommation[667]. Micheline Gleixner note d'ailleurs que

[666] Voir à ce sujet l'analyse de Louis J Romero dans Romero, *Relations fédérales-provinciales*, *supra* note 588 aux pp 12–13. Cette interprétation restrictive de la notion d'intérêt au sens du paragraphe 91(19) sera reprise par le juge Pigeon quinze ans plus tard dans l'affaire *Tomell Investments Ltd c East Marstock Lands Ltd*, [1978] 1 RCS 974, 77 DLR (3d) 145, portant sur la validité de l'article 8 de la *Loi sur l'intérêt*, LRC 1970, c. I-18 [*Loi sur l'intérêt 1970*]. Le juge Pigeon soulignera que la conclusion de la majorité dans l'affaire *Barfried* « est fondée sur le point de vue que l'intérêt, en tant que matière dévolue au Parlement fédéral, ne veut pas dire le coût de tout prêt d'argent, autrement dit l'intérêt au sens le plus large » (à la p 985). L'intérêt doit plutôt être compris « au sens strict de charge courant au jour le jour » (à la p 987). Malgré cette conception restrictive de l'intérêt, le juge Pigeon conclura néanmoins que l'article 8 de la *Loi sur l'intérêt 1970* est *intra vires*, même s'il englobe des frais allant au-delà de l'intérêt au sens strict, au motif que l'encadrement de ces frais relève de la compétence accessoire du Parlement (à la p 975). Voir à ce sujet Gleixner, « Reconsidering Legislative Competence over Consumer Credit », *supra* note 586 aux pp 255–57; Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*, *supra* note 272, nº VI-2.127; J A MacKenzie, « What is Interest? Tomell Investments Limited v. East Marstock Lands Limited » (1980) 25:1 McGill LJ 121.

[667] L'auteur Harvin Pitch explique à ce sujet: « *In his testimony before the Joint Committee of the Senate and House of Commons on Consumer Credit [in 1964], K. R. MacGregor, the former Superintendent of Insurance (responsible for the administration of the Small Loans Act), adopted an interpretation of the case which has since become popularized by provincial ministers in charge of consumer protection bureaus. Basically, he argued that the Court had defined the interest power as something less than the entire cost of the loan; in particular the Court held that the term interest did not include other costs such as bonuses. Therefore, he argued that the federal government exercising jurisdiction under the interest power was limited to regulating that portion of the loan restrictively defined as interest* ». Pitch, « Consumer Credit Reform », *supra* note 351 à la p 334. Voir aussi Gleixner, « Reconsidering Legislative Competence over Consumer Credit », *supra* note 586 à la p 254.

l'importante incertitude créée par l'affaire *Barfried* quant à la portée de la compétence fédérale en matière d'intérêt « *was most likely a leading cause in the demise of what has been called "the most ambitious harmonization initiative"* »[668], référant ici à l'échec de la *Loi pour la protection des emprunteurs et déposants* de 1976[669].

Sur le plan de l'interprétation du partage des compétences, l'arrêt *Barfried* suit manifestement une approche souple du fédéralisme qui tolère les chevauchements du droit provincial sur un domaine de compétence fédérale. La Cour reconnaît en effet la validité d'une loi provinciale malgré ces effets « incidents » sur une compétence exclusivement attribuée au Parlement. Dans la jurisprudence subséquente de la Cour suprême, l'arrêt *Barfried* servira d'ailleurs d'illustration de l'application de la doctrine du double aspect[670]. Il sera également cité dans l'affaire *Kellogg's*, que nous étudierons dans la prochaine section, au soutien du principe selon lequel une loi dont le caractère véritable relève de la compétence exclusive des provinces peut produire des effets « incidents » ou « accessoires » sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement[671]. En ce sens, l'arrêt *Barfried* fait partie des décisions qui marquent le début du mouvement de la Cour suprême vers une approche moins compartimentée du partage des compétences, qui favorisera l'intervention des provinces en vue de protéger les intérêts économiques des consommateurs.

2.1.4. Conclusion: une décentralisation des règles relatives au crédit

En élargissant la portée de la compétence provinciale sur la réglementation des contrats au détriment de celle de la compétence fédérale sur l'intérêt, l'affaire *Barfried* s'inscrit à

[668] Gleixner, « Reconsidering Legislative Competence over Consumer Credit », *supra* note 586 à la p 254.

[669] Voir *supra* note 622.

[670] Par exemple, dans le *Renvoi sur la procréation assistée*, *supra* note 33 au para 185, les juges LeBel et Deschamps citent entre autres l'affaire *Barfried* au soutien de l'affirmation selon laquelle « [d]es activités, actes ou comportements peuvent parfois être appréhendés suivant des perspectives normatives différentes, l'une relevant d'une compétence fédérale, l'autre d'une compétence provinciale, auquel cas, la doctrine du double aspect entre en jeu ». Voir aussi *Mangat*, *supra* note 241 au para 49. Lederman décrit l'arrêt *Barfried* comme démontrant que la loi ontarienne « *has both its federal and its provincial aspects* », et que cette loi pouvait être considérée valide dans la mesure où l'aspect provincial de l'intérêt était d'importance équivalente à son aspect fédéral. Lederman, « Forms and Limitations », *supra* note 654 aux pp 418–19. Voir aussi Beetz, « Attitudes changeantes », *supra* note 319 aux pp 97–99.

[671] *Procureur général (Québec) c Kellogg's Co of Canada et autre*, [1978] 2 RCS 211 à la p 223, 83 DLR (3d) 314 [*Kellogg's*].

contre-courant du mouvement plus centralisateur de la Cour observé par certains pendant cette période[672]. Comme le notera Dale Gibson, la Cour y démontre une certaine volonté « *to place the same confidence in provincial governments that it had earlier shown for the federal government* »[673].

En effet, d'un côté, la vision décloisonnée du partage des compétences adoptée par la Cour aura, comme nous l'avons vu, un effet significatif sur le développement de la législation provinciale sur le crédit à la consommation et de façon plus générale, sur la protection des intérêts économiques des consommateurs. De l'autre, la décision de la Cour aura à long terme pour effet d'entraîner ce que Micheline Gleixner qualifie « d'abdication » par le Parlement fédéral de ses responsabilités en matière de protection du consommateur dans le domaine financier, à tout le moins jusqu'à ses initiatives de 2016 et 2018 afin de réformer la *Loi sur les banques*[674].

Le résultat de cette absence au plan législatif est, d'une part, une protection du consommateur qui a été relativement peu uniforme dans le domaine du crédit dans la mesure où cette protection a été appelée à varier d'une province à l'autre[675]. D'autre part, la place qu'ont pu occuper les provinces dans ce domaine grâce notamment à l'arrêt *Barfried* les a amenées à adopter des lois d'application générale qui visent l'ensemble des commerçants qui offrent du crédit, ce qui inclut des entreprises qui relèvent de la compétence du Parlement.

Ce faisant, l'intervention accrue des provinces a rapidement soulevé des questions quant à la capacité de ces dernières à protéger les intérêts économiques du consommateur dans ses rapports avec les entreprises fédérales.

---

[672] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 1.2. (« Le paradigme moderne: une interprétation favorisant les chevauchements et ouvrant la porte à un fédéralisme "coopératif" »).

[673] Dale Gibson, « And One Step Backward: The Supreme Court and Constitutional Law in the Sixties » (1975) 53 Can B Rev 621 à la p 629.

[674] Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 712. Voir *supra*, Partie II, section 1.2.3. (« Le régime (non) exhaustif de protection des consommateurs en matière financière de la *Loi sur les banques* »).

[675] Gleixner, « Regulatory Patchwork », *supra* note 351 à la p 712. Seules les obligations relativement à la divulgation du coût du crédit sont uniformes grâce à *l'Accord relatif à l'harmonisation des lois sur la divulgation du coût du crédit au Canada* auquel sont parties toutes les provinces ainsi que le gouvernement fédéral. Voir *Accord relatif à l'harmonisation des lois sur la divulgation du coût du crédit au Canada*, 12 septembre 1996, en ligne: https://ised-isde.canada.ca/site/comite-mesures-consommation/fr/accords-formels/accord-relatif-lharmonisation-lois-divulgation-cout-credit-canada (consultée le 10 novembre 2022).

2.2. La validité, l'applicabilité et l'opérabilité du droit provincial protégeant le consommateur dans ses rapports avec les entreprises fédérales

En réponse au développement de la législation provinciale ayant fait suite à l'arrêt *Barfried*, certaines entreprises fédérales ont tenté — et tentent encore — d'échapper aux règles plus exigeantes mises en place par les provinces.

Rappelons que dans les années 60 et 70, le législateur fédéral protège les intérêts économiques des consommateurs principalement par le biais de sa compétence en matière criminelle en encadrant la concurrence sur le marché. Bien que les entreprises relevant de la compétence fédérale étaient soumises aux normes régissant leur secteur d'activités respectif, les pratiques commerciales de ces dernières de même que leurs rapports contractuels avec leurs clients ne faisaient pas l'objet d'un encadrement aussi strict que celui auquel les provinces soumettaient les commerçants opérant sur leur territoire.

Il n'est donc pas surprenant que peu après l'adoption de la LPC, la constitutionnalité de cette dernière ait été contestée au motif qu'elle empiétait sur l'exploitation d'entreprises relevant de la compétence du Parlement. Si initialement ces entreprises invoquaient l'invalidité des mesures provinciales touchant à leurs activités, elles ont par la suite axé leurs contestations sur l'inapplicabilité et l'inopérabilité de ces dernières.

Ce faisant, alors que la constitutionnalité des règles fédérales qui encadrent la relation contractuelle entre le consommateur et une entreprise fédérale n'a pas encore été remise en question devant les tribunaux, les lois provinciales qui régissent les activités de ces entreprises ont quant à elles été maintes fois contestées.

Pour analyser ces décisions, nous les regrouperons, comme nous l'avons fait dans la section précédente, selon le secteur d'activités concerné, en traitant d'abord des télécommunications [2.1.1.], puis du domaine bancaire [2.1.2.] et enfin du secteur de l'aéronautique [2.1.3.]. La jurisprudence relative à la constitutionnalité de mesures provinciales encadrant les rapports entre les entreprises fédérales et leurs clients s'avère probablement la plus déterminante pour comprendre, d'une part, la portée de la compétence des provinces en matière de protection du consommateur et, d'autre part, l'interaction entre le droit provincial et fédéral dans ce domaine. Cette jurisprudence a à la fois grandement

façonné les doctrines d'interprétation constitutionnelle et influencé le développement de la législation provinciale protégeant les intérêts économiques des consommateurs.

2.2.1. Les télécommunications: au cœur de l'évolution de la jurisprudence sur les rapports entre les lois provinciales de protection du consommateur et les entreprises fédérales

Nous avons vu précédemment que le secteur des télécommunications relève en principe de la compétence exclusive du législateur fédéral et que ce dernier a joué, dans les dernières années, un rôle accru pour protéger les consommateurs dans leur relation avec les entreprises œuvrant de ce secteur[676].

Quant aux provinces, elles ne sont plus compétentes, depuis les affaires *AGT*[677] et *Téléphone Guèvremont*[678], pour encadrer les activités des entreprises de télécommunications, même lorsque celles-ci sont de nature exclusivement intraprovinciale[679].

Cela n'empêche toutefois pas les provinces d'adopter des normes d'application générale susceptibles d'interférer avec les activités d'entreprises de télécommunications ainsi qu'avec le rapport que ces dernières entretiennent avec leurs clients. En effet, c'est ce qu'a confirmé la Cour suprême dans les affaires *Kellogg's*[680] et *Irwin Toy*[681] où elle a eu à juger de la validité, de l'applicabilité et de l'opérabilité de mesures provinciales interdisant la publicité destinée aux enfants [2.2.1.1.]. Plus de trente ans après l'arrêt *Irwin Toy*, la capacité des provinces de protéger le consommateur dans le domaine des télécommunications se retrouve à nouveau au cœur d'une trilogie de décisions rendues par les tribunaux québécois et ontariens [2.2.1.2.] qui revisitent les enjeux constitutionnels entourant l'encadrement de la relation entre les entreprises de télécommunications et leurs clients.

---

[676] Voir *supra*, Partie II, section 1.2.1. (« Les "codes" fédéraux de protection des consommateurs de services de télécommunications »).
[677] *AGT*, *supra* note 277.
[678] *Téléphone Guèvremont*, *supra* note 277.
[679] Voir plus récemment *Rogers*, *supra* note 268 au para 42.
[680] *Kellogg's*, *supra* note 671.
[681] *Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927, 58 DLR (4th) 577 [*Irwin Toy*].

2.2.1.1. Les premières tentatives d'échapper aux exigences (provinciales) de la LPC et de ses règlements

À la suite de l'adoption de la LPC, le secteur des télécommunications est celui dans lequel se sont manifestées les premières contestations de la capacité des provinces d'adopter des lois d'application générale visant à protéger le consommateur. En effet, à deux reprises, d'abord dans l'affaire *Kellogg's* [2.2.1.1.1.], puis dix ans plus tard, dans l'arrêt *Irwin Toy* [2.2.1.1.2.], la Cour a eu à se prononcer sur la constitutionnalité de la LPC et de ses règlements dans le cadre de contestations d'entreprises tentant d'échapper aux exigences qui y étaient prévues. À cette occasion, elle a eu non seulement à examiner la validité des mesures provinciales en cause, mais aussi leur applicabilité à des entreprises œuvrant dans un secteur régi par le Parlement. Elle a également été appelée à déterminer si l'intervention — ou l'absence d'intervention — du législateur fédéral dans le domaine des télécommunications pouvait entraîner l'inopérabilité du droit provincial.

2.2.1.1.1. *Kellogg's*: la confrontation des approches interprétatives du partage des compétences

Rendue en 1978, l'affaire *Kellogg's* met en cause la validité d'une disposition réglementaire adoptée en vertu de la LPC de 1971[682]. Elle concerne plus précisément l'alinéa 11.53(n) du *Règlement général*[683] (le « Règlement ») qui interdisait d'« utiliser […] de la publicité destinée aux enfants qui […] emploie un dessin animé ou une bande illustrée (cartoon) »[684]. Quatre plaintes avaient été déposées contre Kellogg's Company of Canada et Kellogg's of Canada Limited (« Kellogg's ») au motif que les annonces publicitaires télévisées des produits de ces dernières avaient violé l'article 11.53 du Règlement. Le procureur général du Québec demandait alors une injonction contre Kellogg's afin d'interdire que d'autres infractions soient commises. En défense, Kellogg's a soulevé que le Règlement en cause était *ultra vires* et inopérant dans la mesure où il s'appliquait à de

[682] LPC de 1971, *supra* note 574. Le paragraphe 102(o) de cette loi autorisait le lieutenant-gouverneur en conseil à adopter des règlements « pour établir des normes concernant la publicité au sujet de tout bien faisant ou non l'objet d'un contrat ou crédit, spécialement toute publicité destinée aux enfants ». En vertu de ce pouvoir, le gouvernement du Québec a pris l'arrêté en conseil A.C. 3268-72, édicté le 31 octobre 1972, pour modifier le *Règlement général*, AC 1408-72, 24 mai 1972, en ajoutant la section XI-A intitulée « Publicité destinée aux enfants ». Voir *Kellogg's*, *supra* note 671 à la p 218.

[683] *Règlement général*, *supra* note 682.

[684] *Ibid*, art 11.53(n).

la publicité télévisée destinée aux enfants qui relevait plutôt de la compétence du Parlement fédéral[685].

Dans un jugement rendu à six contre trois, la majorité de la Cour, dont les motifs sont rédigés par le juge Martland[686], conclut que le Règlement est à la fois *intra vires* des provinces et opérant.

Le juge Martland entame son analyse en rappelant que l'injonction demandée par le procureur général du Québec vise uniquement Kellogg's, soit le fabricant dont les produits faisaient l'objet d'une publicité destinée aux enfants, et non les stations de télévision qui ont diffusé les annonces publicitaires[687]. Il précise également que le débat ne porte pas sur le pouvoir général d'une province de contrôler la publicité destinée aux enfants, ce pouvoir relevant des articles 92(13), 92(16) et 93 de la LC de 1867[688]. La seule question qui se pose en l'espèce est plutôt de savoir si une province qui impose des restrictions aux publicités destinées aux enfants que peuvent faire des fabricants ou des vendeurs de produits peut aussi interdire à ces derniers de faire diffuser une telle publicité à la télévision[689].

Le juge Martland énumère les récentes décisions rendues par la Cour dans lesquelles celle-ci a reconnu que le Parlement fédéral avait compétence relativement à la réglementation et au contrôle des entreprises de radiodiffusion se livrant à la transmission et à la réception de signaux de radio et de télévision[690]. Il souligne toutefois que cette compétence n'est pas en cause en l'espèce. Selon lui, cette affaire porte plutôt sur la compétence provinciale de réglementer et de contrôler la conduite d'une entreprise relativement à ses activités

[685] *Kellogg's*, *supra* note 671 à la p 219. Devant la Cour suprême, le procureur général du Canada est intervenu pour soutenir la position de Kellogg's, alors que les procureurs généraux de l'Ontario, la Nouvelle-Écosse, la Colombie-Britannique, la Saskatchewan et l'Alberta ont plutôt soutenu la position de leur homologue québécois.

[686] Avec l'appui des juges Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré. Le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence sont dissidents.

[687] *Kellogg's*, *supra* note 671 à la p 219.

[688] *Ibid* à la p 220.

[689] *Ibid*.

[690] *Ibid* à la p 222. Il cite notamment à cet effet les arrêts *Capital Cities* et *Dionne*, *supra* note 277 dont nous avons parlé à la section 1.2.1. (« Les "codes" fédéraux de protection des consommateurs de services de télécommunications ») relativement à la compétence fédérale en matière de télécommunications.

commerciales à l'intérieur de la province[691]. Il ajoute que Kellogg's ne fait pas partie des entreprises qui relèvent de la compétence fédérale en vertu du paragraphe 92(10)[692].

Le juge Martland cite par la suite l'affaire *Barfried*, sur laquelle le juge dissident en appel s'était appuyé pour conclure que « l'objet et le but » du règlement en cause étaient de compétence provinciale et que ce dernier restait valide « même si, incidemment, il peut toucher à une matière de compétence fédérale »[693]. Le juge Martland poursuit en indiquant que l'objet de la section XI-A du Règlement, dont fait partie l'alinéa 11.53(n), est clair: il s'agit de la « protection des enfants du Québec contre les effets préjudiciables de certains types d'annonces publicitaires »[694]. Or il souligne que la Cour a déjà confirmé que les provinces ont la compétence de légiférer pour restreindre ou interdire de telles annonces[695].

Il ajoute que, comme son nom l'indique, la LPC de 1971 a pour but la « protection des consommateurs québécois par la réglementation des pratiques commerciales en matière de vente de marchandises au Québec, et notamment le contrôle des annonces publicitaires utilisées pour promouvoir ces ventes »[696].

Selon le juge Martland, une telle réglementation « ne vise ni n'entrave l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion », mais vise plutôt à contrôler l'activité commerciale de Kellogg's[697]. Certes, le fait que cette dernière ne puisse pas « se servir d'annonces publicitaires télévisées peut, incidemment, porter atteinte au revenu d'une ou plusieurs stations de télévision »[698]. Toutefois, de l'avis du juge Martland, cela n'a pas pour effet de modifier la « vraie nature de la réglementation »[699]. Il ajoute que Kellogg's ne peut pas être dispensée de l'application des restrictions imposées aux pratiques publicitaires seulement parce qu'elle choisit un « support » qui relève du contrôle du Parlement fédéral[700].

---

691 *Kellogg's*, *supra* note 671 à la p 222.
692 *Ibid*.
693 *Ibid* aux pp 222–23.
694 *Ibid* à la p 223.
695 *Ibid* aux pp 223–24. Il cite à cet effet l'arrêt *Cowen c The Attorney-General for British Columbia ex rel College of Dental Surgeons for BC*, [1941] RCS 321, 2 DLR 687.
696 *Kellogg's*, *supra* note 671 aux pp 224–25.
697 *Ibid* à la p 225.
698 *Ibid*.
699 *Ibid*.
700 *Ibid*.

Le juge Martland conclut par conséquent que l'alinéa 11.53(n) relève de la compétence des provinces d'édicter des règlements et de les appliquer à toutes personnes utilisant la publicité pour promouvoir la vente de marchandises dans la province de Québec[701]. Il évite néanmoins de se prononcer sur la question de savoir si le Règlement s'applique aux stations de télévision ou si l'injonction qui vise Kellogg's pourra lier ces dernières[702].

Il rejette aussi de façon succincte l'argument de Kellogg's selon lequel le Règlement empiéterait sur la compétence fédérale en matière de commerce interprovincial puisque les annonces publicitaires en cause avaient été réalisées en Ontario. Il ne peut faire droit à cet argument puisque, selon lui, l'alinéa 11.53(n) n'a pas pour objet ni pour effet de réglementer le commerce interprovincial des émissions de télévision[703].

Enfin, le juge Martland écarte le dernier argument de Kellogg's qui prétendait que même si le Règlement était *intra vires* de la province, il devait être déclaré inopérant puisque le Parlement avait déjà légiféré dans le domaine de la publicité radiodiffusée[704]. Il souligne que même si le CRTC dispose du pouvoir de réglementer la publicité diffusée par les détenteurs de licences de radiodiffusion, ce pouvoir n'a pas été exercé en l'espèce[705]. Ce faisant, aucune loi fédérale ne réglemente la nature de la publicité radiodiffusée et il n'est donc pas nécessaire, selon le juge Martland, de déterminer s'il existe ou non un conflit entre le droit provincial et le droit fédéral[706].

Dans sa dissidence, le juge Laskin conclut quant à lui que le Règlement est *ultra vires*. Ce dernier ne porte pas, selon lui, sur l'utilisation de la publicité de façon générale ni sur des activités relevant de la compétence des provinces, telles que le commerce local[707]. Il s'agit plutôt de déterminer si les provinces « ont le droit de recourir à un moyen particulier qui

[701] *Ibid* aux pp 225–26.
[702] *Ibid* à la p 225.
[703] *Ibid* à la p 226.
[704] *Ibid*.
[705] L'article 16 de la *Loi sur la radiodiffusion*, LRC 1970, c B-11 (maintenant LRC 1985, c B-9), qui définit les pouvoirs du CRTC, permet à ce dernier d'« établir des règlements applicables à toutes les personnes qui détiennent des licences de radiodiffusion […] (ii) concernant la nature de la publicité et le temps qui peut y être consacré ».
[706] *Kellogg's*, *supra* note 671 à la p 227.
[707] *Ibid* à la p 215.

relève de la compétence exclusive du fédéral »[708]. Selon le juge Laskin, ce n'est pas parce que la réglementation provinciale est formulée en termes généraux que la province peut « étendre son interdiction en matière de publicité à un moyen qui ne relève pas de sa compétence législative »[709].

Le juge Laskin est d'avis que la thèse du procureur général du Québec revient à « l'assertion par la province d'une sorte de pouvoir accessoire » (« *assertion of some sort of ancillary power in the Province* »)[710]. Ce pouvoir autoriserait la Cour à permettre qu'une loi provinciale — qui serait valide dans la mesure où son l'objet relèverait de la compétence des provinces — puisse s'étendre à des activités qui, elles, ne relèvent pas de cette compétence. Or, selon le juge Laskin, une telle prétention n'a jamais fait partie des « règles constitutionnelles » de la Cour[711]. Il est d'avis que les pouvoirs provinciaux sont limités et souligne que la Cour a toujours adopté un principe d'interprétation visant à restreindre et à circonscrire la législation provinciale à des matières spécifiques lorsque celle-ci est formulée d'une façon générale qui pourrait lui donner une plus grande portée[712]. Le juge Laskin ajoute que si la LC de 1867 reconnaît l'existence d'un pouvoir accessoire ou d'un pouvoir de décréter des dispositions « nécessairement accessoires » aux pouvoirs énumérés dans cette dernière, ce pouvoir n'appartient qu'au Parlement fédéral[713]. S'appuyant sur l'arrêt *Vapor*, que nous avons étudié précédemment[714], le juge Laskin précise que ni l'un ni l'autre des ordres de gouvernement ne peut empiéter sur la compétence de l'autre (ce que permet pourtant de faire l'exercice d'un pouvoir accessoire par le législateur fédéral). Un tel empiètement ne peut être ni direct — en touchant expressément des matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement — ni indirect, comme c'est le cas en l'espèce, « en évitant l'inclusion explicite, mais en procédant ensuite à l'application

[708] *Ibid*.
[709] *Ibid* à la p 216.
[710] *Ibid*.
[711] *Ibid*.
[712] *Ibid*.
[713] *Ibid*.
[714] Voir *supra*, Partie II, section 1.4.1. (« Le point départ de l'arrêt *Vapor*: l'invalidité du recours civil indépendant d'un contrôle administratif par un organisme fédéral »).

générale »[715]. Le juge Laskin conclut par conséquent que le Règlement en cause est *ultra vires* et n'aborde pas les arguments relatifs à la prépondérance du droit fédéral en l'espèce.

En somme, la majorité et la dissidence dans l'affaire *Kellogg's* illustrent la tension entre l'approche moderne du fédéralisme, adoptée par la majorité sous la plume du juge Martland, et l'approche classique, compartimentée et centralisatrice, retenue par le juge Laskin[716].

En effet, la majorité accepte que la réglementation provinciale puisse produire des effets « incidents » ou « accessoires » sur des entreprises qui relèvent de la compétence fédérale sans pour autant être invalide. Elle reprend d'ailleurs à cet effet les propos du juge Judson dans l'affaire *Barfried* qui avait conclu qu'une loi provinciale encadrant les droits découlant d'un contrat demeurait valide bien qu'elle puisse produire des effets « incidents » sur la compétence fédérale en matière d'intérêt[717]. La majorité confirme ainsi la validité des règles provinciales qui encadrent la publicité destinée aux enfants sur son territoire et, de façon générale, des règles qui protègent le consommateur, malgré les effets que celles-ci peuvent avoir sur les entreprises fédérales de radiodiffusion.

En outre, non seulement la majorité tolère-t-elle ainsi certains empiètements provinciaux sur la compétence du Parlement, mais elle adopte une conception restreinte de la doctrine de la prépondérance fédérale. En effet, elle refuse de rendre une mesure provinciale inopérante en l'absence d'une intervention du législateur fédéral. Autrement dit, la majorité de la Cour n'accepte pas la position selon laquelle en refusant de légiférer, le Parlement fédéral exprime une intention d'écarter toute forme de législation ou d'intervention de la part des provinces[718]. Ce faisant, de façon implicite, elle rejette pour l'une des premières fois la théorie du « champ occupé ». Nous verrons que cette partie plutôt brève des motifs du juge Martland a été particulièrement importante dans les affaires qui ont suivi la décision *Kellogg's* puisqu'elle a permis de faire échec aux arguments d'entreprises

[715] *Kellogg's*, *supra* note 671 à la p 217.

[716] Voir à ce sujet Bruce Ryder, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism » (1990-1991) 36 McGill LJ 308 à la p 353 [Ryder, « Demise »].

[717] Voir *supra* note 644 et texte correspondant; *Kellogg's*, *supra* note 671 aux pp 222-23, 225.

[718] Le juge Laskin ne répond pas aux arguments de la majorité sur ce point ni n'aborde la question du conflit entre le droit provincial et fédéral.

fédérales qui invoquaient l'inaction du CRTC pour justifier d'écarter le droit provincial en matière de protection du consommateur.

Du même coup, les motifs de la majorité s'inscrivent directement dans la période marquant ce que certains jugent comme le « retour du balancier » en faveur des provinces, après que la Cour ait plutôt préféré une approche privilégiant une interprétation large des compétences fédérales limitant l'intervention provinciale[719]. La décision *Kellogg's* se situe en effet au cœur de ce que plusieurs considèrent être un changement d'approche de la Cour, ayant jusque-là retenu une approche souple du fédéralisme ne bénéficiant qu'au législateur fédéral[720].

À l'inverse, le juge Laskin retient une conception classique du partage des compétences afin de limiter la portée de la réglementation provinciale, alors qu'il avait pourtant adopté une conception plus souple pour tenter de valider les initiatives du Parlement fédéral en matière économique dans l'affaire *Labatt*[721]. Privilégiant une vision plus étanche du partage des compétences, il exclut tout empiètement direct ou indirect sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Non seulement est-il d'avis que la réglementation en cause est invalide, mais il rejette carrément la possibilité que les provinces puissent invoquer la doctrine des pouvoirs accessoires. Il adopte ainsi une interprétation asymétrique du partage des compétences qui ne reconnaît qu'au Parlement fédéral la capacité d'empiéter sur la compétence des provinces grâce à cette doctrine. Rappelons qu'il avait appliqué celle-ci à peine deux ans auparavant en faveur de l'autorité fédérale dans l'affaire *Vapor* afin de juger de la validité du droit d'action de nature civile intégrée à la *Loi sur les marques de commerce*[722].

Outre la différence d'approche entre la majorité et la dissidence, il importe de souligner l'apparition dans les motifs majoritaires d'un langage propre à l'analyse de la doctrine de

[719] Voir Dale Gibson, « Case Comment: A Representative Ruling: Attorney General of Quebec v. Irwin Toy Limited » (1990) 69:2 Can Bar Rev 339 à la p 354 [Gibson, « Case Comment »].

[720] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 1.2. (« Le paradigme moderne: une interprétation favorisant les chevauchements et ouvrant la porte à un fédéralisme "coopératif" »).

[721] Voir *supra*, Partie I, section 1.1.3.1. (« L'affaire *Labatt*: la protection de la santé du consommateur comme objectif nécessaire à l'intervention du législateur fédéral »).

[722] Voir *supra*, Partie II, section 1.4.1. (« Le point départ de l'arrêt *Vapor*: l'invalidité du recours civil indépendant d'un contrôle administratif par un organisme fédéral »).

l'immunité interjuridictionnelle, bien que cette dernière ne soit pas abordée directement[723]. En effet, la Cour rejette l'argument selon lequel les dispositions en cause seraient *ultra vires* — c'est-à-dire qu'elles ne seraient invalides que dans la mesure où elles s'appliquent à la publicité télévisée. Une telle « interprétation atténuée » repose sur ce qui est désormais considéré comme le caractère *inapplicable* d'une disposition qui ne peut s'appliquer à une entreprise fédérale « immunisée » contre le droit provincial[724]. À cet égard, le juge Martland insiste sur le fait que la réglementation provinciale « ne vise ni n'*entrave* l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion » et que Kellogg's n'est pas « *dispensée de l'application* des restrictions imposées aux pratiques publicitaires »[725].

Il cite par ailleurs l'arrêt *Bell 1966*[726], portant sur l'applicabilité de la *Loi du salaire minimum*[727] du Québec aux employés de Bell Canada, une entreprise fédérale de télécommunications. Il distingue toutefois cette décision au motif que la disposition contestée en l'espèce s'applique à des annonceurs qui ne sont pas — comme l'était Bell Canada, des entreprises fédérales[728]. En ce sens, même si elle porte à première vue sur le caractère *intra vires* d'un règlement provincial, l'affaire *Kellogg's* peut être vue comme une décision mettant en cause la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle et rejetant la prétention selon laquelle les entreprises fédérales seraient « immunisées » contre des lois provinciales autrement valides[729].

Il faut dire toutefois qu'à l'époque cette doctrine n'est pas encore rationalisée comme elle le deviendra, notamment à partir de l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*[730]. Tel que le

[723] Les questions identifiées par la Cour ne portaient que sur le caractère « inconstitutionnel, *ultra vires* ou inopérant » de la disposition en cause. Voir *Kellogg's*, *supra* note 671 à la p 219.

[724] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 1.1. (« Le paradigme classique: une vision cloisonnée du partage des compétences »).

[725] *Kellogg's*, *supra* note 671 à la p 225 (notre emphase). De façon similaire, dans la version anglaise du jugement, juge Martland mentionne que le Règlement « *does not seek to regulate or to interfere with the operation of a broadcast undertaking* » et que Kellogg's « *is not exempted from the application of restriction upon its advertising practices* » (notre emphase).

[726] *Commission du Salaire Minimum c Bell Telephone Company of Canada*, [1966] RCS 767, 59 DLR (2d) 145 [*Bell 1966*].

[727] *Loi sur le salaire minimum*, LRQ 1941, c 164.

[728] *Kellogg's*, *supra* note 671 à la p 222.

[729] Voir par exemple Gélinas, « Éléments de systématisation », *supra* note 369 aux pp 523–24; Ryder, « Demise », *supra* note 716 à la p 353; Elliot, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank », *supra* note 416 à la p 457.

[730] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269.

souligne Fabien Gélinas, pendant cette période, la jurisprudence à ce sujet « semble avoir évolué sans ligne directrice » et ce n'est qu'à partir de la décision *Bell 1988*[731] qu'il est possible de faire ressortir « certains éléments de systématisation » concernant cette doctrine[732]. Nous verrons que dix ans plus tard, dans l'affaire *Irwin Toy*[733], la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle commencera davantage à prendre forme et à s'inscrire au cœur de l'analyse de la constitutionnalité de lois provinciales protégeant le consommateur dans ses rapports avec des entreprises fédérales.

2.2.1.1.2. *Irwin Toy*: l'assouplissement des doctrines d'interprétation constitutionnelle en faveur du consommateur

La capacité des provinces de protéger le consommateur dans ses rapports avec les entreprises fédérales a été à nouveau examinée par la Cour en 1989 dans l'affaire *Irwin Toy*. Dans cet arrêt, la Cour devait cette fois déterminer la validité des articles 248 et 249 de la LPC qui limitaient la publicité destinée à des enfants de moins de 13 ans[734]. Cette interdiction s'avérait plus large que celle dont il était question dans *Kellogg's* puisqu'elle s'appliquait à toute publicité s'adressant aux enfants, et non seulement à celle employant un dessin animé ou une bande illustrée[735].

Cette affaire fait suite à plusieurs avertissements qu'avait formulés l'Office de la protection du consommateur au Québec (« OPC ») à Irwin Toy concernant la diffusion par cette

---

[731] *Bell Canada c Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 RCS 749, 51 DLR (4th) 161 [*Bell 1988*].

[732] Gélinas, « Éléments de systématisation », *supra* note 369 à la p 517.

[733] *Irwin Toy*, *supra* note 681.

[734] Ces deux articles se lisaient ainsi:

248. Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans.

249. Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment:

a) de la nature et de la destination du bien annoncé;

b) de la manière de présenter ce message publicitaire;

c) du moment ou de l'endroit où il apparaît.

Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans.

[735] Voir *supra* note 684 et texte correspondant; *Irwin Toy*, *supra* note 681 aux pp 951–52.

dernière de messages publicitaires contrevenant aux articles 248 et 249 de la LPC[736]. Irwin Toy avait alors entrepris une action devant la Cour supérieure du Québec pour faire déclarer ces dispositions *ultra vires* ou, subsidiairement, inopérantes. Celles-ci étaient à la fois contestées sur la base du partage des compétences et sur celle de la liberté d'expression protégée par la *Charte canadienne*[737] et la *Charte québécoise*[738].

Sur la première portion de la décision, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson, écrivant les motifs unanimes de la Cour sur cette question, concluent que les dispositions en cause sont *intra vires* de la compétence des provinces et opérantes. Quant à la deuxième partie de la décision, la Cour conclut à l'unanimité qu'il y a atteinte à l'alinéa 2(b) de la *Charte canadienne* et à l'article 3 de la *Charte québécoise*. Toutefois, une majorité est d'avis que cette atteinte est justifiée[739]. Pour les fins de notre étude, nous nous attarderons seulement à la première portion du jugement.

La Cour divise son analyse de la constitutionnalité des articles 248 et 249 de la LPC en quatre étapes, soit la qualification des mesures contestées, l'« applicabilité » de ces mesures aux entreprises de radiodiffusion, l'incompatibilité entre le droit fédéral et la LPC, et enfin l'empiètement sur la compétence fédérale en droit criminel.

a. La qualification des mesures contestées

La première étape consiste à déterminer s'il y a une distinction, sur le plan de la qualification des mesures contestées, entre les articles 248 et 249 de la LPC, et l'alinéa 11.53(n) du Règlement (provincial) qui était en cause dans l'arrêt *Kellogg's*. Après avoir résumé les propos du juge Martland dans cet arrêt, la Cour examine l'objet des dispositions de la LPC[740].

Elle rejette d'abord l'argument d'Irwin Toy selon lequel les dispositions contestées visent principalement la télévision comme support de la publicité. Bien qu'elle reconnaisse que

[736] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 942.
[737] *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 [*Charte canadienne*].
[738] *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12 [*Charte québécoise*].
[739] Seuls cinq juges prennent part au jugement, soit les juges Dickson, Wilson, Lamer, Beetz et McIntyre. Les juges Beetz et McIntyre sont dissidents uniquement quant à la justification de l'atteinte aux droits protégés par les Chartes.
[740] *Irwin Toy*, *supra* note 681 aux pp 949–52.

la preuve en l'espèce démontre que la publicité télévisée constitue la forme la plus importante de publicité destinée aux enfants, la Cour souligne que ce n'est pas la seule forme de publicité[741]. Ainsi, même si les répercussions des articles 248 et 249 de la LPC sur la publicité télévisée sont plus importantes que celles observées dans *Kellogg's*, puisque l'interdiction qu'ils prévoient est plus large, ces articles doivent, comme c'était le cas de l'alinéa 11.53(n) du Règlement, être qualifiés de « dispositions législatives d'application générale relatives à la protection du consommateur »[742].

Il ne s'agit donc pas, selon la Cour, d'une tentative déguisée par la province d'adopter des dispositions qui visent la publicité télévisée. L'aspect « dominant » des dispositions contestées n'est pas l'interdiction de cette forme de publicité en particulier, mais plutôt la réglementation de toutes les formes de publicité destinée aux enfants. La Cour souligne à cet effet que l'importance de la publicité télévisée par rapport aux autres formes de publicité destinée aux enfants ne constitue pas un fondement suffisant pour conclure que les dispositions en cause représentent de la législation déguisée[743].

b. L'« applicabilité » des dispositions de la LPC aux entreprises de radiodiffusion

Dans une deuxième étape, la Cour détermine si l'effet des articles 248 et 249 de la LPC sur une entreprise de télédiffusion rend ces derniers *ultra vires* en ce qui concerne la publicité télévisée[744]. À nouveau, comme elle l'avait fait dans *Kellogg's*, la Cour traite des effets des dispositions de la LPC sur une entreprise fédérale comme une question relevant de la *validité* de celles-ci. Toutefois, dans les faits, elle se prononcera plutôt sur l'*applicabilité* de ces dispositions aux entreprises de radiodiffusion en développant un cadre d'analyse s'apparentant à celui qu'elle utilise aujourd'hui pour appliquer la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle.

Sur cet aspect, la Cour considère les arguments présentés par le télédiffuseur Pathonic Communications Inc et le Réseau Pathonic Inc (« Pathonic »), qui avaient été autorisés à intervenir. Ces derniers soutenaient que l'interdiction de la publicité télévisée portait

[741] *Ibid* aux pp 952–53.
[742] *Ibid* à la p 953.
[743] *Ibid* à la p 954.
[744] *Ibid*.

atteinte à une partie « vitale » de l'exploitation d'une entreprise de télédiffusion et constituait une « entrave »[745]. Cet argument reposait sur le récent arrêt de la Cour rendu dans *Bell 1988*[746], dans lequel cette dernière avait revu les principes de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle. Sous la plume du juge Beetz, elle avait affirmé qu'une loi provinciale pouvait être déclarée inapplicable à une entreprise fédérale lorsque celle-ci avait pour effet « d'affecter un élément vital ou essentiel de l'entreprise sans nécessairement aller jusqu'à effectivement entraver ou paralyser cette dernière »[747]. Soulignons ici que le juge Beetz référait bien à l'« inapplicabilité » de la loi provinciale à Bell Canada, et non au caractère *ultra vires* de la loi, comme elle le fait dans *Irwin Toy* et l'avait fait dans *Kellogg's*.

La Cour précise que l'arrêt *Bell 1988* fait une distinction entre deux situations, soit (1) les cas où une loi provinciale s'applique *directement* à une entreprise fédérale, auquel cas le seul fait qu'elle « touche » à un élément vital ou essentiel de cette entreprise la rendra *ultra vires*, et (2) les cas où la loi s'applique *indirectement* à une entreprise fédérale, auquel cas elle ne sera déclarée *ultra vires* que si elle a pour effet d'« entraver » l'exploitation de cette dernière[748].

Appliquant ce cadre d'analyse, la Cour conclut d'abord qu'il est clair que la publicité télévisée constitue un élément essentiel d'une entreprise de télédiffusion. Par conséquent, les services de publicité d'une telle entreprise relèvent de la compétence exclusive du Parlement. La Cour ajoute que cette compétence s'étend également au contenu de ce qui est diffusé, ce qui inclut la publicité[749].

Toutefois, la Cour souligne que, à l'instar de la disposition en cause dans *Kellogg's*, les articles 248 et 249 de la LPC ne sont pas destinés à s'appliquer aux télédiffuseurs, mais plutôt aux annonceurs. Or, selon la Cour, il est possible pour une province de réglementer les annonceurs sans pour autant appliquer une telle réglementation aux entreprises de

[745] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 954.
[746] *Bell 1988*, *supra* note 731.
[747] *Ibid* à la p 860.
[748] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 955. Sur cette distinction, voir Gibson, « Case Comments », *supra* note 719 aux pp 351–53.
[749] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 957.

télédiffusion qui exercent leurs activités dans la province. La Cour conclut par conséquent que les dispositions contestées « ne portent pas atteinte à la compétence exclusive du fédéral en visant à s'appliquer à une entreprise fédérale »[750]. Autrement dit, parce que les dispositions contestées s'appliquent indirectement (plutôt que directement) aux entreprises de télédiffusion, le seul fait de « toucher » à un élément essentiel de ces entreprises ne suffit pas. C'est plutôt le critère de l'entrave qui doit s'appliquer.

Bien que les intervenants aient présenté des éléments de preuve démontrant l'importance des revenus de publicité pour les télédiffuseurs et les effets de l'interdiction de diffuser une telle publicité sur leur capacité de présenter des émissions pour enfants, la Cour juge que ce n'est pas suffisant pour conclure que les dispositions contestées « entravent » l'exploitation des entreprises de radiodiffusion[751]. Elle souligne que, tout comme dans l'affaire *Kellogg's*, les dispositions contestées ne portent atteinte que de façon « incidente » au revenu des stations de télévisions, ce qui ne constitue pas une entrave aux activités et fonctions de ces entreprises. Même si la Cour reconnaît que les dispositions en cause peuvent avoir pour effet d'empêcher la production d'émission destinée aux enfants puisqu'elles suppriment leur financement éventuel, elle est d'avis que cela démontre uniquement que ces dispositions imposent des restrictions aux décisions d'affaires tant à ceux qui conçoivent la publicité qu'à ceux qui la diffusent[752].

Elle note enfin que les entreprises de télédiffusion comme Pathonic doivent, pour détenir une licence du CRTC et exploiter leur entreprise, respecter les exigences du *Code (fédéral) de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*[753] (« *Code de la publicité* ») qui, bien que moins sévères que celles de la LPC, s'appliquent de façon parallèle aux dispositions contestées[754]. Or Pathonic n'a pas prétendu que les restrictions prévues à ce Code avaient ou pouvaient avoir un effet perturbateur sur l'exploitation de son entreprise. La Cour conclut donc que les dispositions similaires de la LPC ne peuvent pas, elles non plus, avoir

[750] *Ibid* à la p 958.
[751] *Ibid*.
[752] *Ibid* aux pp 958–59.
[753] Association canadienne des radiodiffuseurs, *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*, révisé en 1984.
[754] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 959.

cet effet[755]. Nous verrons que cet argument, selon lequel il ne peut y avoir d'entrave lorsque le droit fédéral prévoit des exigences similaires au droit provincial, sera repris par les tribunaux québécois et ontariens[756].

c. L'incompatibilité entre le droit fédéral et la LPC

Dans une troisième étape, la Cour se tourne vers les arguments portant sur l'incompatibilité de la LPC avec le droit fédéral, appliquant ici sans la nommer expressément la doctrine de la prépondérance fédérale. La Cour détermine à cette étape s'il existe une incompatibilité « pratique » et « opérationnelle » entre les dispositions contestées et le régime réglementaire mis en place par le CRTC, ainsi que l'alinéa 3(c) de la *Loi sur la radiodiffusion*[757].

L'alinéa 3(c) déclarait que « que toutes les personnes autorisées à faire exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, mais que le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter les émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté ». S'appuyant sur cette disposition, Irwin Toy soutenait que puisque le seul règlement fédéral restreignant l'accès du public à la programmation télévisée était le *Règlement sur la télédiffusion*[758] et que celui-ci ne prévoyait aucune restriction à la publicité destinée aux enfants, la *Loi sur la radiodiffusion* donnait une « protection législative » aux activités de publicité. Pour cette raison, selon Irwin Toy, les articles 248 et 249 de la LPC devaient être déclarés inopérants dans la mesure où ils s'appliquaient à la publicité télévisée[759].

La Cour rejette cet argument. Non seulement celui-ci est fondé sur une interprétation erronée de la *Loi d'interprétation*[760], mais la déclaration générale contenue à l'alinéa 3(c)

[755] *Ibid*.

[756] Voir *infra*, Partie II, section 2.2.1.2. (« De nouvelles contestations devant les cours d'appel provinciales »).

[757] *Loi sur la radiodiffusion*, *supra* note 705.

[758] *Règlement sur la télédiffusion*, CRC 1978, c 381.

[759] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 960.

[760] *Loi d'interprétation*, LRC 1970, c I-23. Irwin Toy prétendait que, selon les articles 2 et 3 de la *Loi d'interprétation*, le mot « lois » employé à l'alinéa 3(c) de la *Loi sur la radiodiffusion* (« sous la seule réserve des *lois* et règlements généralement applicables ») renvoyait uniquement aux lois fédérales. Selon cette interprétation, seule une loi fédérale — et non provinciale comme en l'espèce — pourrait venir limiter « le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter les émissions ». Or la Cour conclut que le

ne vise pas, selon la Cour, à empêcher que les lois provinciales d'application générale puissent produire des effets accessoires sur les entreprises de télédiffusion[761].

La Cour écarte également l'argument de Pathonic selon lequel le CRTC avait « occupé le champ » de la publicité destinée aux enfants. Cet argument était basé sur les dispositions du *Code de la publicité* initialement adopté par l'Association canadienne des radiodiffuseurs comme mesure d'autorégulation, mais dont le respect est devenu une condition de licence pour les entreprises de télédiffusion[762]. Ainsi, le *Code de la publicité* n'était pas seulement un outil de réglementation interne de l'industrie; le CRTC en avait fait le système de réglementation fédéral qui s'appliquait aux radiodiffuseurs[763]. À cet égard, la Cour précise que le *Code de la publicité* est « expressément conçu dans le but de compléter les lois fédérales et provinciales et ne prétend pas être le seul outil de réglementation applicable à la publicité destinée aux enfants »[764].

Ce code prévoyait également des exigences semblables aux normes québécoises établies par le *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*[765], bien qu'il permettait que des messages publicitaires soient destinés aux enfants dans certaines circonstances. Il créait à cet effet une procédure d'approbation préalable de ces messages par le Comité de la publicité destinée aux enfants du Conseil des normes de la publicité[766].

terme « loi » à l'alinéa 3(c) peut référer à la fois aux lois provinciales et aux lois fédérales. Voir *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 960.

[761] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 960.

[762] *Ibid* aux pp 961–62.

[763] Cette condition a été imposée par le CRTC en application de l'al 17(1)(a) de la *Loi sur la radiodiffusion* *supra* note 705, et prévoyait que la licence accordée aux stations privées de télédiffusion était « conditionnelle à ce que son titulaire s'engage à respecter les dispositions du *Code de la publicité radio-télévisée destinée aux enfants* publié par l'Association canadienne des radiodiffuseurs et tout amendement qui pourra lui être apporté ». Voir *ibid* à la p 961.

[764] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 962. La section A du Code prévoyait qu'il était un « supplément » aux lois et règlements provinciaux et fédéraux: « Le Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants a été conçu pour servir de complément aux principes généraux d'éthique publicitaire énoncés dans le Code canadien des normes de la publicité, qui s'applique à toutes les formes de publicité. Ces deux codes sont des suppléments à toutes les lois et à tous les règlements, tant fédéraux que provinciaux, régissant la publicité, y compris les règlements et les directives émises par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, le ministère de la Consommation et des Corporations ainsi que par Santé et Bien être social Canada ».

[765] *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1, r 1.

[766] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 961.

Selon la Cour, le système fédéral de réglementation mis en place par le biais du *Code de la publicité* est conçu pour s'appliquer tant aux télédiffuseurs qu'aux annonceurs. Cela dit, le CRTC ne peut exercer un contrôle sur les annonceurs, puisque les conditions de licences ne s'appliquent qu'aux télédiffuseurs. Bien que les annonceurs puissent choisir volontairement de s'y confirmer, le *Code de la publicité* n'a pas force de loi à leur égard. En ce sens, les conditions de licences au fédéral et les dispositions contestées de la LPC s'appliquent à des acteurs différents, soit aux télédiffuseurs dans le premier cas, et aux annonceurs dans le second[767]. Il ne peut donc *a priori* y avoir de conflit opérationnel entre le *Code de la publicité* et les dispositions provinciales puisque ces deux régimes ne s'appliquent pas aux mêmes acteurs.

Toutefois, la Cour précise que du point de vue fonctionnel, les critères applicables aux annonceurs auront nécessairement pour effet de restreindre le contenu de ce que les télédiffuseurs pourront présenter à la télévision, et vice versa. Par conséquent, la Cour reconnaît qu'il est possible qu'il y ait une incompatibilité entre les critères (provinciaux) visant les annonceurs et les critères (fédéraux) visant les télédiffuseurs, auquel cas la doctrine de la prépondérance fédérale s'appliquerait. Citant l'affaire *Multiple Access*[768], la Cour rappelle que cette doctrine s'applique seulement en cas d'incompatibilité, lorsqu'il y a un conflit véritable entre deux lois, c'est-à-dire lorsque « l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre »[769].

Or, selon la Cour, la question du conflit n'aurait pu se poser que si le CRTC avait adopté le *Code de la publicité* comme la « seule norme minimale applicable »[770]. Or ce n'est pas ce qu'a fait le CRTC en l'espèce. Il a plutôt prévu que le Code agirait à titre de « supplément […] à toutes les lois et à tous les règlements, tant fédéraux que provinciaux,

[767] *Ibid* à la p 963.

[768] *Multiple Access*, *supra* note 473. Nous reviendrons sur cette affaire dans la section 2.3.3. (« Le dédoublement entre les recours provinciaux et fédéraux: un plus grand choix pour le consommateur »).

[769] *Multiple Access*, *supra* note 473 à la p 191; *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 963. Rappelons qu'à l'époque où est rendue la décision *Irwin Toy*, le deuxième volet de la doctrine de la prépondérance fédérale — soit l'entrave à la réalisation d'un objectif fédéral — n'est pas encore appliqué par la Cour. Ce n'est qu'à partir de l'année suivante, dans l'arrêt *Hall*, *supra* note 348, que la Cour étend la notion de « conflit » et reconnait l'existence de ce qui est dorénavant le second volet de cette doctrine. Voir à ce sujet *Alberta (Procureur général) c Moloney*, 2015 CSC 51 au para 25.

[770] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 964.

régissant la publicité »[771]. La Cour rappelle que les systèmes fédéral et provincial « ont été conçus pour coexister »[772]. Les télédiffuseurs et les annonceurs ne se trouvent pas dans une situation où ils doivent contrevenir à certaines normes pour se conformer à d'autres. Il ne peut y avoir d'« incompatibilité opérationnelle » si ceux-ci respectent les normes qui leur sont respectivement applicables, soit le Code pour les télédiffuseurs, et la LPC pour les annonceurs[773]. La Cour souligne qu'un conflit existerait seulement si les *annonceurs* cherchaient à se conformer uniquement aux normes moins exigeantes que le Code impose aux *télédiffuseurs*. Or, puisque le législateur fédéral n'a pas fait des exigences prévues au Code la seule norme applicable en matière de publicité, la doctrine de la prépondérance ne peut trouver application[774]. Autrement dit, il ne peut y avoir de conflit puisqu'en réglementant les activités des télédiffuseurs, le CRCT cherchait à compléter le droit provincial et non à empêcher les provinces d'encadrer les activités des entreprises qui, comme les annonceurs, relèvent de leur compétence.

d. L'empiètement sur la compétence fédérale en droit criminel

La dernière partie des motifs de la Cour vise à répondre à l'argument d'Irwin Toy selon lequel les dispositions de la LPC empiètent sur la compétence fédérale en droit criminel. Cet argument reposait sur le fait que l'une des sanctions à une violation à l'article 248 de la LPC pouvait être de nature pénale et inclure une amende ou une peine d'emprisonnement[775]. La Cour précise, d'une part, qu'il ne s'agit pas de la seule sanction possible puisque l'OPC peut également faire une demande d'injonction[776]. Elle mentionne, d'autre part, que des dispositions qui poursuivent un objectif provincial valide ne peuvent pas être considérées comme des dispositions relatives au droit criminel pour le motif qu'elles comportent des sanctions en cas de violation[777]. Elle ajoute que le paragraphe 92(15) de la LC de 1867 prévoit expressément que les provinces peuvent imposer des sanctions pour faire exécuter une loi qui relève de leur compétence. Enfin, la

[771] *Ibid* aux pp 963–64
[772] *Ibid* à la p 964.
[773] *Ibid*.
[774] *Ibid*.
[775] LPC, *supra* note 563, art 278.
[776] *Ibid*, art 316. *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 964.
[777] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 965.

Cour affirme qu'elle a, à plusieurs reprises, déclaré valides des lois pénales provinciales et que la même conclusion doit s'appliquer en l'espèce[778].

e. Des principes guidant le courant dominant du fédéralisme « moderne »

En somme, la Cour confirme, cette fois à l'unanimité, l'approche souple et « moderne » du fédéralisme mise de l'avant par le juge Martland dans *Kellogg's* plus de dix ans auparavant. L'affaire *Irwin Toy* s'avère, qui plus est, d'une importance primordiale pour les décisions qui suivront portant sur la constitutionnalité de mesures provinciales dans leur application à d'autres types d'entreprises fédérales[779]. Les principes établis dans cette décision serviront d'ailleurs de fondement à l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* qui consacrera le nouveau « courant dominant » du fédéralisme.

En effet, la Cour reconnaît dans *Irwin Toy* que des mesures provinciales visant la protection du consommateur peuvent produire des effets incidents sur des entreprises relevant de la compétence fédérale tout en demeurant valides, applicables et opérantes.

D'abord, la Cour refuse de déclarer invalides les dispositions de la LPC au seul motif que les limites qu'elles apportent aux activités des *annonceurs* publicitaires puissent avoir des répercussions sur les activités du *télédiffuseur*. Bruce Ryder note à cet effet que la décision *Irwin Toy*, tout comme l'arrêt *Kellogg's*, endosse une application libérale de la doctrine du caractère véritable de façon à permettre d'étendre la compétence des provinces et d'accroître leur autonomie sans compromettre le contrôle fédéral des politiques en matière de radiodiffusion[780]. Ce faisant, la Cour confirme non seulement la compétence des provinces d'adopter des normes relatives à la publicité, qui s'appliqueront à la phase précontractuelle, mais également celle de prévoir des sanctions, incluant des sanctions de

[778] *Ibid*. Elle cite à cet effet les décisions suivantes: *Nova Scotia Board of Censors c McNeil*, [1978] 2 RCS 662, [1988] SCJ nº 29; *Mann c The Queen*, [1966] RCS 238, 56 DLR (2d) 1; *Smith v The Queen*, [1960] RCS 776.

[779] Cette décision sera également invoquée par la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan pour justifier la validité des dispositions du *Consumer Protection Act*, SS 1996, c C-30.1, malgré les effets extraprovinciaux « incidents » de ces dernières. Voir *Wuttunee v Merck Frosst Canada Ltd*, 2007 SKQB 29 aux para 107–12, autorisation de pourvoi à la Cour d'appel de Saskatchewan accueillie, 2009 SKCA 43, autorisation de pourvoi à la CSC rejetée, 32905 (22 octobre 2009). La constitutionnalité du *Consumer Protection Act* ne sera toutefois pas une question soulevée en appel.

[780] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 716 à la p 354.

nature pénale, qui assureront la mise en œuvre de la loi. Nous reviendrons sur ce dernier aspect dans la section 2.3.

Ensuite, bien que la Cour ne la nomme pas ainsi à l'époque, elle applique ce qui constitue aujourd'hui la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle de façon restreinte en refusant que de simples effets sur une partie essentielle d'une entreprise fédérale puissent rendre une loi provinciale inapplicable à cette entreprise. Il faut rappeler que l'arrêt *Irwin Toy* est rendu un an à peine après l'arrêt *Bell 1988* qui semblait pourtant avoir assoupli les critères d'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle. En effet, jusque-là, pour déclarer une loi provinciale inapplicable à une entreprise fédérale, la Cour exigeait que les activités de cette dernière soient « paralysées » (« *paralyzed* ») ou « stérilisées » (« *sterilized* ») par la loi[781]. Or, dans l'affaire *Bell 1988*, la Cour avait abandonné ce critère plus strict en indiquant que le simple fait que la loi « touche » (« *affects* ») les activités de l'entreprise suffisait pour que cette dernière soit immunisée de la législation provinciale[782].

En ce sens, il est étonnant que seulement un an plus tard, la Cour remette en question cette récente tentative d'élargir la portée de (ce qui est dorénavant) la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle[783]. Il faut toutefois tenir compte du fait qu'à l'époque la jurisprudence relative à cette doctrine s'élabore et se construit progressivement, ce qui peut expliquer l'absence d'une parfaite cohérence dans les critères utilisés par la Cour et dans les termes employés par cette dernière[784]. En effet, ce n'est qu'à partir de *Banque canadienne de l'Ouest*, rendue vingt ans plus tard, que la Cour suprême revisitera la doctrine de

[781] Voir *Bell 1988*, *supra* note 731 aux para 310, 316–17, 320–21.

[782] *Ibid* aux para 310–14. Voir à ce sujet Jonathan Penner, « The Curious History of Interjuridictional Immunity and its (Lack of) Application to Federal Legislation » (2011) 90:1 Can Bar R 1 à la p 8 [Penner, « Curious History »]; John Furey, « Interjurisdictional Immunity: The Pendulum Has Swung » (2008) 42 SCLR (2d) 597 aux pp 600–01, 613 [Furey, « Interjurisdictional Immunity »]; Peter W Hogg, « Narrowing Interjurisdictional Immunity » (2008) 42 SCLR (2d) 623 aux pp 628–31 [Hogg, « Narrowing Interjurisdictional Immunity »]. Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, lorsqu'elle décrit le test appliqué dans *Bell 1988*, la Cour utilise les termes « toucher » et « affecter » comme des synonymes traduisant tous deux le terme « a*ffect* » en anglais. Voir *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 48.

[783] Certains ont tenté de fournir des explications concernant ce changement de cap. Voir Elliot, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank », *supra* note 416 à la p 465; Penner, « Curious History », *supra* note 782 à la p 13; Hogg, « Narrowing Interjurisdictional Immunity », *supra* note 782 à la p 632; Gibson, « Case Comments », *supra* note 719 à la p 353.

[784] Voir à ce sujet Gélinas, « Éléments de systématisation », *supra* note 369.

l'immunité interjuridictionnelle afin d'établir le cadre d'analyse qui s'applique encore aujourd'hui.

Il demeure que l'arrêt *Irwin Toy* est un premier pas vers l'abandon définitif du critère peu exigeant consistant à rendre inapplicable toute loi qui aurait simplement pour effet de « toucher » le contenu essentiel de la compétence de l'autre ordre de gouvernement en faveur du critère plus strict de l'entrave[785]. Dans l'affaire *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour soulignera que l'arrêt *Irwin Toy* a « amorcé » la « reconsidération » des critères d'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle[786]. Tout en gardant le critère de l'entrave, la Cour délaissera toutefois la distinction entre les effets directs et indirects de la loi introduite dans *Irwin Toy*[787].

Notons qu'aujourd'hui, une loi provinciale qui toucherait « directement » une entreprise fédérale aurait un caractère véritable qui ne pourrait se rattacher à une compétence provinciale. En effet, une loi provinciale qui n'est pas d'application générale (comme la LPC), mais qui vise plutôt à encadrer les activités d'une entreprise fédérale en particulier serait à première vue *ultra vires*[788]. Ainsi, les effets « directs » dont faisait état la Cour dans *Irwin Toy* sont dorénavant pertinents à l'étape de la détermination de la *validité* de la loi provinciale, alors que les effets « indirects » le sont à l'étape de l'analyse de son *applicabilité* à une entreprise fédérale.

Enfin, la Cour applique également de façon restreinte la doctrine de la prépondérance fédérale. D'abord, elle n'envisage que les conflits de nature opérationnelle, et ne considère pas (encore) les conflits d'objectifs potentiels. Elle rejette en outre, comme elle l'avait fait dans l'affaire *Kellogg's*, la théorie du champ occupé voulant que parce qu'il existe une

[785] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 716 à la p 351.

[786] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 49.

[787] *Ibid*.

[788] Voir à titre d'exemple *Rogers*, *supra* note 268 aux para 44–46, où la majorité de la Cour conclut que la mesure municipale en cause est *ultra vires* puisqu'elle a pour objet et effets d'empêcher l'entreprise Rogers d'installer son système d'antennes de radiocommunication sur un terrain donné. Voir aussi l'arrêt *Lacombe*, *supra* note 316, aux para 20–23, dans lequel la majorité conclut à l'invalidité d'une disposition d'un règlement municipal au motif que son caractère véritable est d'interdire la construction d'aérodromes dans certaines zones de la municipalité. Dans les deux affaires, les mesures provinciales contestées visaient « directement » les activités d'entreprises fédérales, soit dans un cas une entreprise de télécommunications et dans l'autre une entreprise aéronautique.

législation au niveau fédéral, celle-ci doive automatiquement écarter le droit provincial[789]. Au contraire, elle adopte une vision restreinte du conflit et permet l'application parallèle de lois provinciales et fédérales lorsqu'il est possible de respecter les deux à la fois.

Tel que le souligne Bruce Ryder, « *the importance to provincial autonomy of such a limited role for the doctrine of paramountcy cannot be overemphasized* »[790]. En effet, pour que l'approche souple employée par les tribunaux au stade de la détermination de la validité de la loi puisse favoriser l'autonomie des provinces, les tribunaux doivent garder une approche restreinte lorsqu'ils ont recours à la doctrine de la prépondérance fédérale. Sans une telle approche, la législation provinciale produisant certains effets sur des entreprises fédérales risquerait d'être ultimement déclarée inopérante en présence de toute loi fédérale dans le même domaine[791].

2.2.1.1.3. Conclusion: une approche souple du fédéralisme permettant d'éviter que les consommateurs soient laissés sans protection

Au final, les affaires *Kellogg's* et *Irwin Toy* démontrent à notre sens une volonté de la Cour de s'assurer que les consommateurs, et plus particulièrement ici les consommateurs plus vulnérables que sont les enfants, bénéficient à la fois des mesures provinciales et fédérales visant à protéger leurs intérêts. Ce refus de limiter la portée de la protection conférée par le droit provincial peut justifier le pas de recul que prend la Cour dans *Irwin Toy* quant à l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle. En effet, une application large de cette doctrine aurait eu pour effet de créer ce qu'on peut considérer comme un « vide législatif », empêchant les provinces de combler les lacunes du régime fédéral en matière de protection du consommateur. Rappelons à cet égard que l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle fait en sorte que la législation provinciale ne peut plus s'appliquer aux entreprises fédérales, nonobstant l'action — ou l'inaction — du Parlement. En ce sens, en décidant autrement, la Cour aurait créé une situation où le consommateur aurait pu rester sans protection.

[789] Voir Ryder, « Demise », *supra* note 716 à la p 354–56.
[790] *Ibid*.
[791] *Ibid*.

À notre avis, la Cour n'est pas insensible au fait que la législation fédérale de l'époque ne peut protéger le consommateur dans tous les aspects de sa relation avec les entreprises œuvrant dans ce domaine. La Cour précise notamment que le *Code de la publicité* n'a pas d'effet contraignant sur les annonceurs ni sur les manufacturiers de jouets. Seul le droit provincial venait en l'espèce limiter la publicité que Kellogg's et Irwin Toy effectuaient auprès des enfants. En effet, bien que cette question ne soit pas abordée dans les deux jugements, nous comprenons que si ces deux entreprises ont pu s'exposer à des poursuites en vertu de la LPC et de son règlement, c'est que les règles du CRTC n'ont pas été suffisantes pour empêcher la diffusion de ces publicités. Or, en préservant l'applicabilité et l'opérabilité des mesures provinciales, la Cour s'assure que les provinces puissent pallier l'absence ou l'insuffisance de la réglementation fédérale en matière de protection du consommateur.

Malgré tout, la Cour laisse certaines portes ouvertes pour les entreprises qui souhaiteraient échapper à la législation provinciale. D'abord, tant dans *Kellogg's* que dans *Irwin Toy*, elle insiste sur le fait que les mesures provinciales sont dirigées vers les annonceurs, et non vers les télédiffuseurs qui, eux, relèvent de la compétence exclusive du législateur fédéral. Au contraire, elle est d'avis qu'une loi provinciale qui « toucherait » aux activités de ces derniers serait *ultra vires*. Ainsi, ces affaires ne permettent pas de conclure que les provinces peuvent protéger les consommateurs dans leur rapport avec des entreprises (fédérales) de télécommunications.

En outre, la Cour reconnaît que le Parlement pourrait écarter le droit provincial par la simple mention que sa loi est la seule devant s'appliquer. En effet, elle admet que si le CRTC avait adopté le *Code sur la publicité* non pas comme « supplément », mais comme la « seule norme minimale applicable », « la question du conflit et de l'incompatibilité opérationnelle aurait pu véritablement se poser »[792]. Rappelons qu'un tel conflit aurait également pu se produire si la tentative du législateur fédéral de faire de la *Loi sur les*

[792] *Irwin Toy*, *supra* note 681 aux pp 963–64.

banques « un régime complet et exclusif » en matière de protection du consommateur dans le domaine bancaire avait porté fruit[793].

Bref, les affaires *Kellogg's* et *Irwin Toy* restent — encore aujourd'hui — déterminantes dans l'analyse de la constitutionnalité de mesures provinciales visant à protéger les intérêts économiques des consommateurs. Elles ne permettent toutefois pas de répondre à toutes les questions susceptibles de se poser lorsque de telles mesures interfèrent avec les activités d'entreprises de télécommunications, ce qui a laissé la porte ouverte à de nouvelles contestations constitutionnelles.

2.2.1.2. De nouvelles contestations devant les cours d'appel provinciales

Plus de trente ans après l'affaire *Irwin Toy*, l'application de lois provinciales de protection du consommateur à des entreprises de télécommunications fait à nouveau l'objet de contestations. Ces dernières résultent de l'adoption par certaines provinces de mesures visant à encadrer davantage les contrats de services de télécommunications et de façon générale à protéger le consommateur de ce type de services. Ces mesures ont été soit intégrées au sein de lois d'application générale, comme la LPC[794], ou encore dans un régime spécifique s'appliquant uniquement aux contrats de services de télécommunications[795]. Ces différentes initiatives peuvent en partie se justifier par l'approche retenue par la Cour dans les affaires *Kellogg's* et *Irwin Toy* dans la mesure où celle-ci a reconnu une relativement large marge de manœuvre aux provinces pour protéger

[793] Voir *supra*, Partie II, section 1.2.3. (« Le régime (non) exhaustif de protection des consommateurs en matière financière de la *Loi sur les banques* »).

[794] Voir au Québec, section VII du Chapitre 3 du Titre I de la LPC intitulée « Contrat à exécution successive de service fourni à distance » (arts 214.1–214.11). Voir aussi au Manitoba, *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur (contrats de téléphonie cellulaire)*, LM 2011, c 25 (modifications abrogées en 2021 par la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur*, LM 2021, c 31, art 8); à Terre-Neuve-et-Labrador, *Consumer Protection and Business Practices Act*, SNL 2009, c C-31.1 (Part V, Division 3, « Distance Service Contracts », arts 35.1–35.16); en Nouvelle-Écosse, *An Act to Amend Chapter 92 of the Revised Statutes, 1989, the Consumer Protection Act, to Ensure Fairness in Cellular Telephone Contracts*, SN 2012, c 19 (modifications abrogées par *An Act to Amend Chapter 92 of the Revised Statutes, 1989, the Consumer Protection Act, and Chapter 6 of the Acts of 2006, the Safer Communities and Neighbourhoods Act*, SN 2014, c 45, art 1).

[795] Voir en Ontario la *Loi de 2013 sur les conventions de services sans fil*, LO 2013, c 8 [*Code ontarien* ou *Code ontarien sur les services sans fil*]. Cette loi a été abrogée par la *Loi de 2019 visant à rétablir la compétitivité de l'Ontario*, LO 2019, c 4, annexe 7, art 32.

le consommateur, et ce, même lorsque cela interfère avec les activités d'entreprises fédérales.

Les mesures provinciales adoptées à cet égard s'inscrivent en parallèle du rôle accru que jouent le législateur fédéral et le CRTC dans la réglementation des services de télécommunications, créant ainsi certains points de friction entre les régimes provinciaux et fédéraux. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour d'appel du Québec ont rendu respectivement les décisions *Nelson*[796] [2.2.1.3.1.] et *Telus*[797] [2.2.1.3.2.] portant sur la constitutionnalité de mesures provinciales protégeant les consommateurs dans leurs rapports avec leurs fournisseurs de services sans fil (« FSSF »). La Cour d'appel du Québec s'est par ailleurs penchée sur la validité des dispositions intégrées à la LPC afin de contraindre les fournisseurs de services Internet (« FSI ») à bloquer certains sites de jeux de hasard et d'argent dans l'affaire *ACTSF*[798] [2.2.1.3.3.]. Notons que la Cour suprême a rejeté la permission d'en appeler dans les trois dossiers[799].

Cette trilogie de décisions — rendues à moins d'un an d'intervalle — illustre les traces que laissent encore aujourd'hui les arrêts *Kellogg's* et *Irwin Toy*. Elle permet de voir comment les tribunaux intègrent ces deux arrêts au cadre d'analyse plus récent développé par la Cour suprême en matière d'interprétation du partage des compétences[800]. Cette trilogie fait également ressortir certaines brèches laissées ouvertes dans ces deux affaires quant à la

[796] *Nelson*, *supra* note 306.

[797] *Bell Canada c Directeur des poursuites criminelles et pénales (Office de la protection du consommateur); Telus Communications Inc c Directeur des poursuites criminelles et pénales (Office de la protection du consommateur)*, 2022 QCCA 408, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 40192 (dossier de Telus) et 40193 (dossier de Bell) (10 novembre 2022) [*Telus*].

[798] *Procureur général du Québec c Association canadienne des télécommunications sans fil*, 2021 QCCA 730, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 39774 (24 mars 2022) [*ACTSF*].

[799] La permission d'en appeler dans *ACTSF* a été rejetée le 24 mars 2022 et, quelques mois plus tard, soit le 10 novembre 2022, la Cour a rejeté de façon concomitante la permission d'en appeler dans les affaires *Nelson* et *Telus*. Précisions toutefois que le rejet d'une permission d'en appeler « ne saurait être interprété comme un acquiescement au jugement dont on veut faire appel » puisque dans le cadre du processeur d'autorisation, la Cour suprême ne tranche pas l'affaire sur le fond. Voir *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 88.

[800] Les cours d'appel provinciales appliqueront ainsi le critère de l'« entrave » dans leur analyse de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, ainsi que les deux volets de la doctrine de la prépondérance fédérale, suivant ainsi les enseignements plus récents de la Cour suprême dans la décision *Banque canadienne de l'Ouest* sur laquelle nous reviendrons plus en détail dans la section 2.2.2.1. (« *Banque canadienne de l'Ouest*: une décision phare pour le partage des compétences et la protection des consommateurs »).

possibilité que des lois provinciales puissent protéger le consommateur dans ses rapports avec une entreprise fédérale.

2.2.1.2.1. *Nelson*: la constitutionnalité du *Code ontarien sur les services sans fil*

À l'automne 2021, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté un appel d'une décision de la Cour supérieure[801] ayant confirmé la constitutionnalité de la *Loi de 2013 sur les conventions de services sans fil* (« *Code ontarien* »)[802].

Cette décision prend place au stade de la certification d'une action collective entreprise contre Telus au motif que cette dernière aurait, entre autres, contrevenu au *Code ontarien* en refusant de rembourser au prorata ses clients pour les services payés à l'avance à la suite de la résiliation de leur contrat de téléphonie sans fil. Telus soulevait alors que le *Code ontarien*, en plus d'être *ultra vires*, était inapplicable et inopérant en l'espèce[803]. Bien qu'entretemps ce code ait été abrogé[804], il demeurait en vigueur pour la période visée par l'action collective envisagée.

En première instance, le juge Perell de la Cour supérieure de l'Ontario avait rejeté l'ensemble des arguments constitutionnels de Telus, se fondant largement sur l'arrêt *Irwin Toy*. Dans une brève décision, la Cour d'appel s'est limitée à confirmer les conclusions du juge de première instance selon lesquelles le *Code ontarien* relevait de la compétence des provinces et ne pouvait être déclaré inapplicable ou inopérant[805]. Il importe donc dans ce contexte d'expliquer plus en détail le raisonnement du juge Perell avalisé par la Cour d'appel.

Le juge Perell conclut d'abord que le caractère véritable du *Code ontarien* était « *to provide consumer protection for consumers of wireless services* » et qu'il relevait de la compétence des provinces en vertu des paragraphes 92(13) et 92(16) de la LC de 1867[806]. Il est d'avis que le *Code ontarien* réglemente les aspects contractuels de la fourniture des services sans

[801] *Nelson v Telus Communications Inc (Part 1)*, 2021 ONSC 22 [*Nelson CS (Part 1)*]. Voir aussi *supra* note 306.
[802] *Code ontarien*, *supra* note 795.
[803] Notons que ni le procureur général de l'Ontario ni le procureur général du Canada ne sont intervenus dans cette affaire.
[804] Voir *supra* note 795.
[805] *Nelson*, *supra* note 306 au para 3. L'appel est entendu par les juges Strathy, Nordheimer et Wilton-Siegel.
[806] *Nelson CS (Part 1)*, *supra* note 801 au para 42.

fil sans pour autant interférer avec le droit des FSSF d'imposer des tarifs en lien avec ces services[807]. Le juge Perell conclut par conséquent que le Code est *intra vires*[808].

Se penchant par la suite sur la doctrine de la prépondérance fédérale[809], le juge Perell conclut qu'il n'y a aucun conflit entre le *Code ontarien* et le *Code (fédéral) sur les services sans fil*[810]. Il rejette d'abord l'argument de Telus selon lequel il existerait un conflit d'application fondé sur l'exercice par le CRTC de son pouvoir d'abstention, dont nous avons discuté précédemment[811]. En effet, Telus suggérait qu'il y avait un conflit en l'espèce puisque le CRTC s'était abstenu, pendant la période visée par l'action collective, d'exiger que les FSSF remboursent leurs clients au prorata au moment de la résiliation de leur contrat.

Selon Telus, le *Code ontarien*, qui exigeait un tel remboursement, était ainsi incompatible avec la volonté du CRTC de s'abstenir d'imposer une telle exigence[812]. Selon le juge Perell, cet argument doit être écarté. Il souligne que:

> *When the CRTC abstained from expressly requiring refunds in the* Wireless Code*, it left it to the law that governs the private sector marketplace for goods and services and those rules of law include consumer protection statutes like the* Wireless Services Agreement Act, 2013[813].

Cette position fait écho à celle qu'avait adoptée la Cour suprême dans *Kellogg's* en jugeant qu'une loi provinciale ne pouvait entrer en conflit avec le droit fédéral lorsque le Parlement s'abstenait d'intervenir[814].

Le juge Perell rejette également l'argument selon lequel la loi provinciale entraverait la réalisation de l'objectif de la *Loi sur les télécommunications*[815]. En effet, selon lui, on ne

[807] *Ibid* au para 41.
[808] *Ibid* au para 46.
[809] Le juge Perell ne précise pas la raison pour laquelle il traite de la doctrine de la prépondérance fédérale avant de traiter de celle de l'immunité interjuridictionnelle.
[810] Voir *supra* note 290 et texte correspondant.
[811] Voir *supra* note 283 et texte correspondant.
[812] *Nelson CS (Part 1)*, *supra* note 801 au para 51.
[813] *Ibid* au para 54.
[814] Voir *supra*, Partie II, section 2.2.1.1.1. (« *Kellogg's*: la confrontation des approches interprétatives du partage des compétences »).
[815] *Loi sur les télécommunications*, *supra* note 280.

peut conclure que l'intention du Parlement, en confiant la réglementation des télécommunications au CRTC, était de ne laisser aucun rôle aux provinces afin d'encadrer les contrats dans ce domaine[816]. À son avis, bien que le Parlement ait voulu établir des normes nationales en matière de télécommunications, ce dernier *« did not envision leaving it the CRTC to fashion the law of contract »*[817]. Le juge Perell conclut ainsi que le *Code ontarien* est opérant[818].

Enfin, au stade de l'analyse de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, le juge Perell est d'avis que le *Code ontarien* ne vise pas le « cœur » de la compétence fédérale sur les télécommunications. Il ajoute que même si c'était le cas, les effets du *Code* ne sont pas suffisamment importants pour constituer une « entrave ». En effet, d'une part, il juge que le *Code ontarien* n'interfère pas avec l'établissement de frais ou de standards en matière de télécommunications, précisant que le CRTC laisse les provinces régir les questions de nature contractuelle[819]. D'autre part, il souligne que le CRTC exige dorénavant le même remboursement qui était à l'époque requis par le *Code ontarien*. Dans ce contexte, le juge Perell est d'avis que le simple fait que le *Code ontarien* ait exigé ce remboursement avant le CRTC n'est pas suffisant pour conclure à l'entrave[820]. Sur cette base, il considère que le *Code ontarien* est applicable en l'espèce[821].

Le juge Perell conclut ainsi que le *Code ontarien* était valide, applicable et opérant pendant la période visée par l'action collective, ce que confirmera la Cour d'appel. Ce faisant, comme il le notera lui-même, il arrive à la même conclusion que la Cour supérieure du Québec dans la décision *Telus* rendue la même année[822].

---

[816] *Nelson CS (Part 1)*, *supra* note 801 au para 58.
[817] *Ibid*.
[818] *Ibid* au para 59.
[819] *Ibid* aux para 62–63.
[820] *Ibid* au para 65.
[821] *Ibid* au para 66.
[822] *Ibid* aux para 75–80. Voir *Directeur des poursuites criminelles et pénales c Telus Communications inc*, 2020 QCCS 1850 [*Telus CS*].

2.2.1.2.2. *Telus*: la constitutionnalité des dispositions de la LPC et de son règlement d'application encadrant les contrats de services sans fil

De façon parallèle à l'affaire *Nelson*, les tribunaux québécois ont eu à se pencher sur la constitutionnalité de dispositions semblables au *Code ontarien* se trouvant au Québec aux articles 214.1 et suivants de la LPC de même que dans son Règlement d'application[823]. Ces dispositions encadrent plus spécifiquement les « contrats à exécution successive de services fournis à distance » dont font partie les contrats de services sans fil.

Ce litige prend sa source dans des poursuites entreprises par le Directeur des poursuites criminelles et pénales (« DPCP ») contre Bell et Telus, deux fournisseurs de services sans fil. Ceux-ci avaient contrevenu à plusieurs dispositions de la LPC et de son Règlement d'application concernant les indemnités de résiliation chargées à leurs clients et soutenaient en défense que les dispositions à la base des infractions alléguées étaient invalides, inapplicables et inopérantes. Bell et Telus ayant d'abord eu gain de cause devant la Cour du Québec[824], la Cour supérieure a accueilli l'appel et rejeté la majorité de leurs arguments. Cette décision a été en grande partie confirmée par la Cour d'appel du Québec à l'hiver 2022[825].

La juge Baudouin, écrivant les motifs unanimes de la Cour d'appel[826], analyse dans un premier temps le caractère véritable de chacune des dispositions contestées. Elle souligne d'emblée qu'il apparaît clair que les dispositions en litige ont pour « objet premier » d'encadrer une pratique qui « profitait de manière indue aux commerçants au détriment des consommateurs »[827]. Se penchant sur les effets des dispositions en cause, la juge Baudouin note que bien que celles-ci obligent les FSSF à modifier certaines de leurs pratiques contractuelles, elles ne visent pas à régir les tarifs de services de télécommunications[828]. Selon elle, ces dispositions visent plutôt à mettre fin à des pratiques commerciales jugées

[823] *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1, r 3, arts 79.7–79.12 [*Règlement d'application*].

[824] *Directeur des poursuites criminelles et pénales c Telus Communications inc*, 2019 QCCQ 2143; *Directeur des poursuites criminelles et pénales c Bell Canada*, 2019 QCCQ 2144.

[825] Le PGQ est intervenu devant la Cour du Québec pour soutenir la constitutionnalité des dispositions de la LPC. Avec le DPCP, il a porté la décision en appel devant la Cour supérieure puis devant la Cour d'appel. Le PGC s'est quant à lui abstenu d'intervenir.

[826] Les deux autres juges sont Marie-France Bich et Martin Vauclair.

[827] *Telus*, *supra* note 797 au para 57.

[828] *Ibid* au para 69.

abusives afin d'assurer au consommateur un « degré de protection élevé » et de permettre un « meilleur équilibre » dans la relation contractuelle entre consommateurs et commerçants[829].

La juge Baudouin conclut ainsi que le caractère véritable des mesures contestées consiste « à encadrer et à mettre un terme à certaines pratiques des commerçants au détriment des consommateurs » et « à encadrer les rapports juridiques entre un consommateur et un commerçant dans le contexte des nouvelles technologies que sont par exemple les contrats de téléphone mobile et résidentiel […] »[830]. Elle indique que la protection du consommateur est un domaine de compétence provinciale en vertu du paragraphe 92(13) et que, par conséquent, les dispositions contestées sont *intra vires*[831].

Abordant la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, la juge Baudouin commence par souligner que les conditions de commercialisation des services de télécommunications, incluant les normes encadrant les contrats de fourniture de ces services, ne peuvent être considérées comme relevant du « cœur » de la compétence fédérale[832]. Bien qu'il soit essentiel pour les entreprises de télécommunications de conclure des contrats de services, les droits et obligations découlant de ces contrats ne font pas partie du « contenu minimum et irréductible » de la compétence fédérale[833]. Il n'est pas non plus « absolument nécessaire » que le législateur fédéral soit compétent sur tous les aspects du contrat de services de télécommunications pour qu'il puisse poursuivre les fins pour lesquelles la compétence dans ce domaine lui a été attribuée[834]. La juge Baudouin rejette ainsi l'argument de Telus visant à adopter une conception large du cœur de la compétence fédérale en matière de télécommunications, soulignant que cela reviendrait « à restreindre voire à écarter de manière indue, l'ensemble de la législation provinciale qui vise à favoriser l'intérêt public en assurant un équilibre et en protégeant les consommateurs »[835].

[829] *Ibid*.
[830] *Ibid* au para 71.
[831] *Ibid* aux para 73–75.
[832] *Ibid* aux para 78–79.
[833] *Ibid* aux para 79–80.
[834] *Ibid* au para 80.
[835] *Ibid*.

Elle conclut par ailleurs que le critère de l'entrave n'est pas satisfait en l'espèce. Elle considère que bien que les dispositions en cause « touchent » aux activités des entreprises de télécommunications, elles ne contraignent pas le Parlement à légiférer de manière à les écarter[836]. Selon elle, les mesures contestées n'ont pas pour effet d'entraver le législateur fédéral dans la mise en œuvre de ses objectifs et de sa politique de tarification ni dans le maintien d'un réseau de télécommunications fiable et efficace[837]. Le fait que les dispositions contestées limitent le montant que peut réclamer un FSSF ou imposent des obligations de divulgation d'information n'est pas suffisant pour conclure à la présence d'une « entrave » à l'exercice de la compétence fédérale[838].

Enfin, sur la question de la prépondérance fédérale, plus spécifiquement sur le second volet de cette doctrine qui était invoqué par les défenderesses, la juge Baudouin rejette, comme l'avait fait le juge Perell dans *Nelson*, l'argument fondé sur l'abstention du CRTC. Selon la Cour d'appel, le régime fédéral en matière de télécommunications ne peut être considéré comme un « code complet » qui serait « étanche » face au droit provincial[839]. Le fait que le CRTC ait exercé son pouvoir d'abstention implique plutôt, selon la juge Baudouin, que ce dernier ait voulu laisser opérer les forces du marché et les règles de droit qui s'imposent à lui, incluant les règles du droit provincial, dont font partie le CcQ et la LPC[840]. Autrement dit, le « marché » auquel renvoie l'article 34 de la *Loi sur les télécommunications* ne réfère pas à « un marché dépourvu de toute règle », mais plutôt à « un marché façonné par le cadre contractuel qui s'applique généralement aux activités des entreprises qui transigent avec les consommateurs »[841]. La Cour d'appel conclut par conséquent que les dispositions de la LPC ne peuvent être considérées comme incompatibles avec la réalisation de l'objectif fédéral qui sous-tend la *Loi sur les télécommunications*[842].

Cette conclusion ne vaut cependant que pour la période précédant l'adoption du *Code sur les services sans fil* par le CRTC en 2013, période pendant laquelle les infractions

[836] *Ibid* au para 84.
[837] *Ibid* au para 88.
[838] *Ibid* aux para 85–88.
[839] *Ibid* au para 95.
[840] *Ibid* au para 96.
[841] *Ibid* au para 100.
[842] *Ibid* au para 105.

reprochées à Bell et Telus auraient été commises. En effet, la Cour supérieure s'était prononcée sur l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale avant *et* après l'adoption de ce *Code* en 2013[843]. Or elle avait conclu à la présence d'un conflit opérationnel et d'un conflit d'objectifs entre certaines dispositions de la LPC en matière d'indemnités de résiliation et le *Code sur les services sans fil*, une fois celui-ci adopté[844]. La juge Baudouin écarte cette conclusion au motif que celle-ci découlait d'une analyse que la Cour supérieure avait conduite de son propre chef et qui n'était pas nécessaire en l'espèce, car les infractions en cause précédaient l'adoption du *Code*[845]. La juge Baudouin refuse ce faisant de se prononcer sur l'opérabilité des dispositions de la LPC depuis l'adoption du *Code sur les services sans fil*, ce qui laisse, par le fait même, la porte ouverte à de futures contestations portant sur l'un ou l'autre des deux volets de la doctrine de la prépondérance fédérale.

En somme, comme la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Nelson*, la Cour d'appel du Québec confirme la validité, l'applicabilité et l'opérabilité de l'ensemble des dispositions provinciales contestées. Par une étonnante coïncidence, la même journée que cette décision est rendue, la Cour suprême rejette la permission d'en appeler dans l'affaire *ACTSF*[846] et rend ainsi finale la première décision québécoise à avoir invalidé une disposition de la LPC.

2.2.1.2.3. *ACTSF*: une exception à la règle ?

L'affaire *ACTSF* se démarque de toutes celles que nous avons vues jusqu'à présent puisqu'il s'agit, à ce jour, de la seule décision qui a déclaré *ultra vires* une disposition d'une loi provinciale d'application générale visant à protéger le consommateur.

Cette décision fait suite à l'adoption par le législateur québécois de cinq nouvelles dispositions dans la LPC — les articles 260.33 à 260.37 — portant sur le jeu d'argent en ligne[847]. Parmi ces nouvelles mesures, la plus importante figurait à l'article 260.35 qui

[843] *Telus CS*, *supra* note 822 aux para 143–74.

[844] *Ibid* aux para 164, 168. La Cour avait déclaré inopérants, pour certains types de contrat, les articles 214.7 al 1 et 214.8 *in fine* de la LPC. Pour une analyse détaillée de cet aspect de la décision, voir Catherine Mathieu, « Do Consumers Really Benefit from the Federal Paramountcy Doctrine? A Critique of *Director of Criminal and Penal Prosecutions v Telus Communications Inc* » (2020) 29:3 Const Forum Const 11.

[845] *Telus*, *supra* note 797 au para 106.

[846] *ACTSF*, *supra* note 798.

[847] Ces nouvelles dispositions étaient introduites dans la LPC par la *Loi concernant principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 26 mars 2015*, LQ 2016, c 7, art 12.

exigeait des FSI de bloquer l'accès aux sites de jeu d'argent en ligne non autorisés par une loi québécoise et faisant partie d'une liste établie par la Société des loteries du Québec[848]. Une fois ces cinq dispositions de la LPC adoptées, mais avant que celles-ci n'entrent en vigueur, l'Association canadienne des télécommunications sans fil a entrepris une action visant à les faire déclarer invalides, inapplicables et inopérantes[849].

En première instance, le juge Nolet de la Cour supérieure a déterminé que l'article 260.35 était *ultra vires*[850]. Selon lui, cette déclaration d'invalidité rendait non nécessaire l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle et de la prépondérance fédérale[851]. En appel de la décision par le PGQ, la Cour d'appel conclut elle aussi, à l'unanimité, au caractère *ultra vires* de l'article 260.35[852].

Dès le début de son analyse, après avoir résumé les principes applicables pour déterminer la validité de la disposition contestée en l'espèce, la Cour d'appel annonce ses couleurs en soulignant d'emblée que le principe du fédéralisme coopératif « comporte ses limites »[853] et ne saurait « rendre *intra vires* une loi *ultra vires* »[854].

À l'étape de la qualification de l'article 260.35, la Cour est d'avis que le caractère véritable des nouvelles dispositions introduites par le législateur québécois en matière de jeu en ligne

[848] L'article 260.35 prévoyait que: « Le fournisseur de services Internet qui reçoit la liste des sites non autorisés de jeu d'argent en ligne conformément à l'article 260.34 doit, dans les 30 jours suivant sa réception, bloquer l'accès à ces sites ». L'article 260.34 indiquait que cette liste devait être produite par la Société des loteries du Québec, puis transmise à la Régie des alcools, des courses et des jeux afin que cette dernière la notifie aux FSI.

[849] Le PGQ agissait comme partie défenderesse et défendait la constitutionnalité des dispositions de la LPC. Tout comme dans les affaires *Nelson* et *Telus*, le PGC a choisi de ne pas intervenir. Notons qu'en principe, les tribunaux doivent se montrer réticents à déclarer une disposition provinciale invalide lorsque le PGC ne supporte pas cette position. L'absence d'intervention de ce dernier n'est toutefois pas déterminante en soi. Voir à ce sujet *SEFPO*, *supra* note 468 aux pp 19–20.

[850] *Association canadienne des télécommunications sans fil c Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 3159 [*ACTSF CS*].

[851] *Ibid* aux para 163–64.

[852] La décision est rendue par les juges Gagnon, Beaupré et Moore. Le juge Nolet ne s'était pas penché sur la constitutionnalité des quatre autres nouvelles dispositions de la LPC. La Cour d'appel a quant à elle souligné qu'elle n'avait pas à se pencher sur cette question puisque, d'une part, le PGQ demandait seulement d'infirmer le jugement du juge Nolet et il n'y avait pas d'appel incident portant sur les articles 260.33, 260.34, 260.36 et 260.37, et, d'autre part, les parties avaient convenu que, sans l'article 260.35, les autres dispositions perdaient leur raison d'être. Voir *ACTSF*, *supra* note 798 au para 36.

[853] *ACTSF*, *supra* note 798 au para 59.

[854] *Ibid* au para 61, citant la dissidence du juge Rowe dans le *Renvoi sur la taxe carbone*, *supra* note 22.

« ne participe pas de la protection du consommateur »[855]. Elle considère que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que le caractère véritable des modifications apportées à la LPC était de « permettre à Loto-Québec d'obliger les FSI à bloquer l'accès des citoyens québécois aux sites de [jeux de hasard et d'argent] qu'elle estime illégaux, et non la protection du consommateur »[856]. À cet égard, le contexte de l'adoption des nouvelles dispositions de la LPC concernant le jeu en ligne s'est avéré déterminant. La caractérisation de ces dispositions a été grandement influencée par le fait que celles-ci aient été introduites par le biais d'une loi à caractère budgétaire, que leur mise en application n'ait pas été confiée au ministre de la Justice, pourtant responsable de l'application des autres dispositions de la LPC, et que les débats parlementaires ne démontraient pas que la protection du consommateur était au cœur des préoccupations du législateur[857].

À l'étape de la classification, la Cour conduit une analyse visant à déterminer si la réception et la transmission de signaux Internet font partie de la compétence fédérale en matière de télécommunications, question qui, rappelle-t-elle, n'a pas encore été tranchée par la Cour suprême[858]. Dressant l'historique de la jurisprudence de cette dernière concernant l'évolution de la compétence du Parlement découlant de l'alinéa 92(10)(a), la Cour est d'avis que cette compétence « revêt un caractère particulier vu sa dimension nationale et qu'elle ne s'accorde que difficilement en conséquence avec le principe du fédéralisme coopératif »[859]. La Cour conclut que la compétence fédérale sur les autres signaux — radio, images et autres — doit s'étendre aux signaux Internet[860]. Puisque l'article 260.35 vise à contrôler la gestion par les FSI de l'émission, la réception et la transmission de signaux Internet, il relève, selon la Cour, de la compétence exclusive du Parlement fédéral[861].

La Cour ajoute qu'en l'espèce l'application de la théorie du double aspect ne peut pas même être « considérée », « au risque de démembrer une compétence dont la dimension

[855] *ACTSF*, *supra* note 798 au para 68.
[856] *Ibid* au para 81.
[857] *Ibid* aux para 66–95.
[858] *Ibid* au para 98.
[859] *Ibid* au para 117.
[860] *Ibid* au para 121.
[861] *Ibid* au para 122.

nationale est essentielle à l'exercice uniforme et cohérent qui doit la caractériser »[862]. Citant les propos du juge Dickson dans *AGT*, elle souligne qu'une logique du « tout ou rien » s'applique aux entreprises, réseaux, installations ou signaux ayant une « vocation » interprovinciale ou international[863]. Ainsi, même si la réglementation des jeux de loterie a été reconnue comme ayant un double aspect[864], l'encadrement de l'accès à des sites de jeu *en ligne* relèverait quant à lui uniquement de la compétence fédérale sur les télécommunications.

Cette conclusion de la Cour d'appel découle à notre avis de la qualification donnée par celle-ci des mesures en cause et non de l'apparente incompatibilité de la compétence fédérale en matière de télécommunications avec la doctrine du double aspect. Rappelons que cette doctrine vise une *matière* ayant un aspect se rattachant à une compétence provinciale et un autre se rattachant à une compétence fédérale, et non une *compétence* qui aurait à la fois un aspect provincial et un aspect fédéral[865]. Ce n'est donc pas, comme semble l'avancer la Cour, la compétence fédérale sur les télécommunications qui se ne prête pas à l'application de la doctrine double aspect, mais bien la matière identifiée en l'espèce.

En effet, c'est parce qu'elle conclut que les mesures provinciales visent à contrôler la gestion des signaux Internet par les FSI que la Cour d'appel ne peut par la suite accepter que cette matière ait un double aspect. Elle suit à cet égard les pas de la Cour suprême dans l'arrêt *Rogers* qui avait refusé de conclure qu'il y avait un double aspect à une mesure dont le caractère véritable n'était pas la protection de la santé des citoyens, mais bien la détermination de l'emplacement d'une antenne de radiocommunication, ce qui relevait de

[862] *Ibid* au para 120.

[863] *Ibid*. Elle reprend à cet égard les propos du juge Dickson qui avait mentionné dans *AGT* que lorsqu'une entreprise relevait de l'alinéa 92(10)(a), il ne pouvait y avoir de compétence partagée permettant que les aspects intraprovinciaux des opérations de l'entreprise relèvent de la province alors que les aspects interprovinciaux et internationaux relèvent du Parlement. Voir *AGT*, *supra* note 277 aux pp 256–57.

[864] Ce sujet a été considéré comme ayant à la fois un aspect fédéral, relevant du droit criminel, et un aspect provincial relevant, entre autres, de la compétence sur la propriété et les droits civils. Voir *Siemens c Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3 au para 22.

[865] Comme l'explique la Cour suprême dans *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 30: « La théorie du double aspect reconnait que le Parlement et les législatures provinciales peuvent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c'est-à-dire selon les "aspects" variés de la "matière" discutée ».

la compétence exclusive du Parlement[866]. À l'inverse, si la Cour d'appel avait conclu que le caractère véritable des mesures contestées était la protection des consommateurs de jeux en ligne, sa conclusion sur la classification de ces mesures et sur l'application de la doctrine du double aspect aurait pu être différente.

Cela explique à notre avis que la Cour nuance ses propos en soulignant que la compétence fédérale sur les télécommunications ne fait pas nécessairement échec à toute loi provinciale. Elle suggère à cet égard que les provinces demeurent compétentes pour réglementer « certaines opérations ou conduites ayant cours sur Internet » ainsi que pour encadrer « certains aspects de la teneur de contrats conclus en ligne »[867]. La Cour précise que ce n'est toutefois pas l'objet de la disposition contestée en l'espèce puisque cette dernière ne vise ni la conduite des exploitants de sites privés de jeu en ligne ni la teneur des contrats conclus entre les FSI et leurs clients[868]. Autrement dit, la réglementation des contrats des FSI (tout comme celle des contrats des FSSF dont il était question dans *Telus*) pourrait quant à elle se rattacher à la compétence des provinces.

De façon étonnante, à notre avis, la Cour d'appel n'aborde pas la doctrine des pouvoirs accessoires afin de vérifier si la disposition jugée *ultra vires* pourrait néanmoins être valide en raison de son degré d'intégration dans le reste de la LPC. Cette doctrine avait pourtant été considérée — et rejetée — par le juge de première instance, qui avait conclu que l'intégration de la disposition avec la LPC était « superficielle » et n'avait avec cette dernière aucun lien « fonctionnel et rationnel »[869].

La Cour confirme ainsi le caractère *ultra vires* de l'article 260.35 et rejette l'appel. L'ensemble des cinq nouvelles dispositions concernant le jeu en ligne, qui n'étaient pas

[866] Alors que dans sa dissidence le juge Gascon conclut que la doctrine du double aspect pouvait s'appliquer en l'espèce, la majorité de la Cour conclut: « [L]e caractère véritable de l'avis de réserve en l'espèce est de choisir l'emplacement des infrastructures en matière de radiocommunication. Nous ne pouvons y voir là une équivalence entre l'aspect fédéral, soit sa compétence en matière de radiocommunication, et les aspects provinciaux, soit la protection de la santé et du bien-être des résidents à proximité et le développement harmonieux du territoire. Par ailleurs, reconnaitre un double aspect à l'emplacement des infrastructures en matière de radiocommunication impliquerait que le fédéral et les provinces peuvent légiférer à cet égard, ce qui serait contraire au précédent établi par le Conseil privé dans *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, selon lequel la compétence fédérale à l'égard de l'emplacement de telles infrastructures est exclusive. ». *Rogers*, *supra* note 268 aux para 51–52.

[867] *ACTSF*, *supra* note 798 au para 122.

[868] *Ibid* au para 123.

[869] *ACTSF CS*, *supra* note 850 aux para 153–59.

encore en vigueur au moment où la décision de la Cour d'appel a été rendue[870], n'ont par conséquent jamais été intégrées à la LPC.

2.2.1.2.4. Conclusion: les influences toujours présentes des arrêts *Kellogg's* et *Irwin Toy*

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette trilogie de décisions quant à la pertinence qu'ont encore aujourd'hui les affaires *Kellogg's* et *Irwin Toy* ainsi qu'à la capacité des provinces de protéger le consommateur dans ses rapports avec des entreprises de télécommunications et, plus généralement, avec des entreprises fédérales.

Sur le plan de la validité des mesures provinciales, les trois décisions démontrent, d'une part, qu'une province peut adopter des normes qui produiront des effets accessoires ou incidents sur la compétence fédérale sur les télécommunications, *pourvu que l'objectif qu'elle poursuit soit de protéger le consommateur*. Ces trois cas illustrent, d'autre part, l'importance accordée à la compétence des provinces de réglementer les aspects *contractuels* de la relation entre un consommateur et une entreprise de télécommunications.

Ces deux éléments se sont avérés fatals pour l'article 260.35 de la LPC qui n'a pas été considéré comme ayant pour but la protection du consommateur ni comme encadrant le contrat entre les FSI et leurs clients. À l'inverse, ont été jugées valides les dispositions ontariennes et québécoises réglementant des contrats de service sans fil « *to provide consumer protection for consumers of wireless services* »[871] ou encore pour « assurer au consommateur un degré de protection élevé »[872].

Contrairement aux deux premières affaires, l'arrêt *ACTSF* semble *a priori* s'inscrire en faux avec la tendance que nous avons observée des tribunaux à favoriser une approche « moderne » du fédéralisme permettant de préserver la validité des mesures adoptées par les deux ordres de gouvernement en vue de protéger le consommateur. Cela étant dit, il ne faut pas perdre de vue que la principale raison pour laquelle la Cour d'appel conclut au caractère *ultra vires* de l'article 260.35 est que la preuve au dossier démontrait que son objectif ainsi que ses effets n'étaient *pas* de protéger le consommateur, mais plutôt de

[870] *ACTSF*, *supra* note 798 à la note de bas de page 25.
[871] *Nelson CS (Part 1)*, *supra* note 801 au para 42.
[872] *Telus*, *supra* note 797 au para 69.

contrôler la gestion par les FSI de l'émission, la réception et la transmission de signaux Internet.

Il demeure selon nous que cette décision est à contre-courant de l'approche souple privilégiée par la Cour suprême et des enseignements des arrêts *Kellogg's* et *Irwin Toy* — qui ne sont d'ailleurs pas cités par la Cour d'appel. En effet, l'approche de cette dernière, notamment son refus de considérer que la disposition contestée puisse revêtir un double aspect ou être justifiée en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires, revient à juger que la compétence fédérale en matière de télécommunications est plus « étanche » que les autres. Autrement dit, la Cour d'appel suggère que cette compétence est d'une certaine façon incompatible avec une approche souple du fédéralisme, qu'elle nécessite davantage de cloisonnement et qu'elle illustre les limites de ce que la Cour appelle le « fédéralisme coopératif ».

En outre, en soulignant que les mesures en cause auraient pu être valides si elles avaient porté sur le contrat des FSI, la Cour d'appel emprunte une approche plus restrictive que celle adoptée dans *Kellogg's* et *Irwin Toy*. En effet, il était question dans ces deux affaires de règles interdisant la publicité destinée aux enfants, soit des règles intervenant avant la formation du contrat et même en l'absence de toute relation contractuelle. Or nous pourrions en dire de même des dispositions de la LPC relatives au jeu en ligne, dans la mesure où celles-ci, en interdisant l'accès à certains sites de jeu, interviennent en amont de la relation contractuelle entre le consommateur et les exploitants de ces sites, en empêchant celle-ci de se concrétiser. En ce sens, la Cour d'appel semble avoir ajouté un critère supplémentaire à l'exercice valide de la compétence des provinces afin de protéger les intérêts économiques des consommateurs, soit la nécessité de rattacher ces mesures au contrat de consommation, ce qui paraît exclure une intervention axée sur la phase précontractuelle.

Les affaires *Nelson* et *Telus*, qui sont les seules à aborder les doctrines de l'immunité interjuridictionnelle et de la prépondérance fédérale, s'inscrivent quant à elles davantage dans le « courant dominant » en matière d'interprétation du partage des compétences en retenant une position favorisant les chevauchements entre les normes adoptées par les deux

ordres de gouvernement. Cet endossement de l'approche souple du fédéralisme se manifeste à trois égards.

Premièrement, dans les deux cas, les tribunaux refusent de reconnaître que l'encadrement du rapport contractuel entre un consommateur et une entreprise de télécommunications fait partie du « cœur » de la compétence fédérale dans ce domaine. Au contraire, la protection des consommateurs dans leurs rapports avec un commerçant, même lorsque ce dernier relève de la responsabilité du législateur fédéral (comme c'est le cas d'une entreprise de télécommunications), ferait partie du contenu essentiel de la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils. Au surplus, les deux affaires illustrent la difficulté de faire la démonstration que des règles visant à protéger le consommateur peuvent « entraver » les activités d'une entreprise ou encore l'exercice de la compétence fédérale.

À cet égard, les tribunaux québécois et ontariens vont plus loin que ne l'avait fait la Cour suprême dans *Irwin Toy*. En effet, les dispositions contestées dans les affaires *Nelson* et *Telus* affectent « directement », pour reprendre les propos de la Cour suprême, les activités des entreprises de télécommunications dans la mesure où celles-ci sont les premières cibles des mesures provinciales en cause, et non un tiers (comme un annonceur). Or, dans les deux affaires, les tribunaux appliquent néanmoins le critère de l'« entrave » qui était réservé, dans *Irwin Toy*, aux dispositions qui n'affectaient que de façon « indirecte » les entreprises fédérales. En ce sens, les tribunaux ontariens et québécois semblent tolérer un empiètement encore plus important des lois provinciales sur les activités des entreprises fédérales que l'avait fait la Cour suprême. Dorénavant, des dispositions provinciales valides, applicables et opérantes peuvent affecter — même directement — des entreprises fédérales et leurs rapports avec leurs clients.

Deuxièmement, en ce qui a trait à l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale, les deux décisions reposent largement sur les principes qui se dégagent de *Kellogg's.* En effet, tout comme dans cette affaire, les cours d'appel du Québec et de l'Ontario rejettent l'argument selon lequel l'absence d'intervention du CRTC pouvait à elle seule créer un conflit. Autrement dit, un conflit ne peut résulter que de l'existence de deux règles de droit s'appliquant de façon concomitante. Un refus, même volontaire, du législateur fédéral d'intervenir dans un domaine d'activité ne peut ainsi être la source d'un conflit et, par le

fait même, de l'inopérabilité du droit provincial sous l'un ou l'autre des deux volets de la doctrine de la prépondérance fédérale.

Troisièmement, en rejetant l'argument des fournisseurs de services sans fil fondé sur le pouvoir d'abstention du CRTC, les tribunaux québécois et ontariens privilégient l'approche plus interventionniste des provinces en matière de droit de la consommation. En effet, comme nous l'avons vu dans le chapitre préliminaire, l'intervention de l'État s'appuie, selon le modèle néo-classique, sur la nécessité de corriger les « défaillances » du marché. Dans le contexte des télécommunications, l'article 34 de la *Loi sur les télécommunications* illustre cette approche: le CRTC n'interviendra que si le marché n'est pas suffisamment concurrentiel pour protéger les intérêts des utilisateurs. Or ce choix d'approche est contrecarré par l'application du droit provincial qui, quant à lui, n'est pas conditionné par la concurrence qui opère (ou non) sur le marché. Au contraire, comme nous l'avons vu, la LPC, et le droit de la consommation en général, repose sur le principe selon lequel le libre marché — et le droit commun — n'arrivent pas à protéger adéquatement les consommateurs.

Il y a donc potentiellement un conflit entre l'approche fédérale — qui privilégie une absence d'intervention en faveur du libre jeu du marché — et l'approche provinciale, qui présuppose que le marché n'est pas suffisant pour protéger le consommateur. Quoi qu'il en soit, les tribunaux québécois et ontariens refusent de conclure à un tel conflit et de voir dans une abstention volontaire du CRTC une intention d'écarter le droit provincial. Leur application de la doctrine de la prépondérance fédérale et de l'immunité interjuridictionnelle démontre plutôt une volonté de ne pas laisser le consommateur dans une situation où il ne serait protégé ni par le droit fédéral ni par le droit provincial.

Nous verrons maintenant que cette approche à la fois plus souple et plus interventionniste face au marché est non seulement favorisée en matière de télécommunications, mais également dans le domaine bancaire.

2.2.2. Les banques: la consécration du courant « dominant » de la conception moderne du fédéralisme

Nous avons vu dans la section précédente que, jusqu'à la seconde moitié des années 2010, le législateur fédéral avait joué un rôle limité en matière de protection du consommateur

dans le domaine bancaire[873]. Le contrat entre les banques et leurs clients était ainsi largement régi par le droit provincial, notamment par les lois d'application générale comme la LPC encadrant le prêt d'argent et le crédit[874]. Dans ce contexte, certaines institutions bancaires ont tenté d'échapper à ces lois, généralement plus contraignantes que le droit fédéral, en soulevant leur inconstitutionnalité. La première de ces contestations a mené à une décision phare de la Cour suprême quant à son approche interprétative en matière de partage des compétences dans laquelle elle consacre l'approche « moderne » comme « courant dominant » du fédéralisme, soit l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*[875] [2.3.2.1.]. La seconde, l'affaire *Marcotte*[876], rendue en 2014, constitue la plus récente analyse par la Cour suprême de la constitutionnalité des dispositions de la LPC dans laquelle elle réitère que la conception moderne du fédéralisme doit guider l'interprétation et l'application des doctrines constitutionnelles [2.3.2.2.].

2.2.2.1. Banque canadienne de l'Ouest: une décision phare pour le partage des compétences et la protection des consommateurs

La décision *Banque canadienne de l'Ouest* allie à la fois des enjeux relatifs à la protection des intérêts économiques des consommateurs dans le domaine bancaire et à la compétence des provinces en matière d'assurance. Elle prend sa source dans des modifications apportées au *Insurance Act* par l'Alberta au début des années 2000[877]. Ces modifications visaient à assujettir les banques au régime provincial de permis encadrant la promotion et la vente de produits d'assurance afin d'accroître la protection des consommateurs de services bancaires. Tel que nous l'avons vu[878], ce type de système de permis vise à protéger les consommateurs en amont de leur rapport contractuel avec leur institution bancaire en s'assurant que cette dernière respecte les exigences requises par la loi en vue d'obtenir et de conserver l'autorisation d'exercer certaines activités.

---

[873] Voir *supra*, Partie II, section 1.2.3. (« Le régime (non) exhaustif de protection des consommateurs en matière financière de la *Loi sur les banques* »).

[874] Voir par exemple au Québec la section III intitulée « Contrats de crédit » dans le Chapitre III titre I de la LPC, *supra* note 563.

[875] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269.

[876] *Marcotte*, *supra* note 350.

[877] *Insurance Act*, RSA 2000, c I-3, arts 1n), bb), 454, 468(1), 480, 482, 486, 500, 764.

[878] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.2.2.1.1. (« Les régimes de permis »).

La mise en place de ce système fait suite à des changements apportés à la *Loi sur les banques* en 1991 grâce auxquels le législateur fédéral a permis aux banques de faire la promotion de certains types d'assurance liés au crédit[879]. Plusieurs institutions bancaires ont alors contesté les modifications apportées à la loi albertaine. Reconnaissant que les provinces étaient compétentes pour légiférer en matière d'assurance, elles soutenaient plutôt que les dispositions du *Insurance Act* devaient être déclarées inapplicables et inopérantes[880].

Comme le notent les juges Binnie et LeBel, rédigeant pour la majorité[881], la question principale dans ce litige est de « décider si et dans quelle mesure les règles de surveillance des pratiques du marché visant la protection du consommateur contenue dans la loi de l'Alberta […] s'appliquent à la promotion par les banques d'assurance liée au crédit maintenant permise en vertu de la *Loi sur les banques* […] »[882].

Passant en revue les trois principales doctrines d'interprétation constitutionnelle et revenant sur leur application en conformité avec le courant « moderne » du fédéralisme, la majorité rejette l'ensemble des arguments des banques et conclut qu'en l'espèce les dispositions du *Insurance Act* visant à protéger les consommateurs sont valides, applicables et opérantes.

Les juges majoritaires débutent leur analyse en affirmant que « [l]e fait que le Parlement permette aux banques d'avoir accès à un secteur d'activités régi par le droit provincial comme les assurances ne peut, par le jeu d'une loi fédérale, élargir unilatéralement la portée

[879] *Loi sur les banques*, *supra* note 354, arts 409, 416, 418. Voir *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 5.

[880] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 20. Les procureurs généraux du Québec, de la Colombie-Britannique, du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario et de la Saskatchewan soutenaient la position du procureur général de l'Alberta selon laquelle les dispositions en cause étaient applicables et opérantes. Le procureur général du Canada prétendait quant à lui que les dispositions contestées étaient inapplicables aux assurances qui faisaient partie intégrante des activités de prêt des banques. Il soutenait également qu'il y avait un conflit opérationnel rendant les dispositions en cause inopérantes si l'« agent » visé au para 416(2) de la *Loi sur les banques* était interprété comme étant le même que l'« agent d'assurance » au sens de la loi albertaine. Il était par contre d'avis que cette dernière ne semblait pas autrement entrer en conflit avec l'objectif poursuivi par le Parlement, bien que selon lui, elle « dupliquait inutilement » le régime fédéral.

[881] La majorité est composée de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron. Le juge Bastarache écrit quant à lui des motifs concordants.

[882] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 2.

de la compétence législative exclusive accordée par la *Loi constitutionnelle de 1867* »[883]. Ils reconnaissent du même coup que certains chevauchements résulteront « forcément » de la participation d'entreprises fédérales à des activités encadrées par le droit provincial[884].

Ils poursuivent en rappelant que le fédéralisme canadien, et par le fait même les doctrines d'interprétation constitutionnelle du partage des compétences, visent à concilier à la fois la diversité et l'unité de la nation canadienne[885]. À cette fin, ces doctrines doivent « faciliter et non miner » un fédéralisme dit « coopératif »[886]. Les juges Binnie et LeBel reviennent sur l'évolution des approches interprétatives du fédéralisme et confirment que les tribunaux doivent dorénavant suivre le « courant dominant » consistant à « privilégie[r], dans la mesure du possible, l'application régulière des lois édictées par *les deux* ordres de gouvernement »[887].

Ils traitent alors dans un premier temps des trois doctrines d'interprétation constitutionnelle qu'ils appliquent par la suite aux faits en l'espèce.

a. La rationalisation des doctrines d'interprétation constitutionnelle

Les juges Binnie et Lebel rappellent d'emblée que la première étape de l'analyse de la validité d'une loi début par la détermination de son caractère véritable[888]. S'éloignant d'une conception classique et cloisonnée du partage des compétences, ils soulignent qu'une « législation dont le caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée pourra, au moins dans une certaine mesure, toucher des matières qui ne sont pas de sa compétence sans nécessairement toucher sa validité constitutionnelle »[889]. Ils précisent qu'une loi peut ainsi produire des effets « accessoires », « incidents » ou « secondaires » sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement[890]. Selon les juges majoritaires, ces effets sont à la fois « acceptables et prévisibles » et doivent être tolérés en raison de l'« impossibilité pratique » pour chacun des ordres de gouvernement d'exercer

[883] *Ibid* au para 4.
[884] *Ibid*.
[885] *Ibid* aux para 21–24.
[886] *Ibid* au para 24.
[887] *Ibid* aux para 36–37.
[888] *Ibid* au para 25.
[889] *Ibid* au para 28.
[890] *Ibid*. Dans la version anglaise du jugement, les juges Binnie et Lebel réfèrent à des « *incidental effects* ».

« efficacement » leurs compétences respectives sans toucher « incidemment » à des matières qui appartiennent à l'autre ordre législatif[891]. Les juges Binnie et Lebel précisent toutefois que, dans certains cas, les compétences respectives de chaque ordre de gouvernement devront être protégées contre tout empiètement — même accessoire —, ce qui explique la raison pour laquelle les tribunaux ont développé les deux autres doctrines d'interprétation constitutionnelle[892].

Passant à l'analyse de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle — qu'ils nomment « doctrine de l'exclusivité des compétences » —, les juges majoritaires soulèvent les risques d'une « tendance centralisatrice » qui pourraient résulter d'une utilisation trop large de cette doctrine jusque-là utilisée de façon « asymétrique » en faveur de la législation fédérale[893]. Ils affirment que cette doctrine devrait être appliquée « avec retenue » et « qu'elle devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence »[894]. Ils ajoutent également que, « en théorie », cette doctrine pourrait être invoquée « dans les deux sens » et ainsi permettre de protéger des compétences et des entreprises provinciales[895].

Or la Cour pose elle-même un important obstacle à une telle possibilité: si cette doctrine est limitée aux situations déjà traitées par la jurisprudence et si elle a jusque-là été appliquée uniquement pour « immuniser » des compétences et des entreprises *fédérales*, il n'y a en principe aucun précédent justifiant son application en faveur de la législation *provinciale*[896]. Autrement dit, comme le souligne Peter C Oliver, la Cour « *appeared to have mentioned the point about provincial interjurisdictional immunity as a theoretical*

[891] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 aux para 28–29.

[892] *Ibid* au para 32.

[893] *Ibid* au para 35.

[894] *Ibid* aux para 35–45, 67, 77.

[895] *Ibid* au para 35.

[896] Sur cette apparente contradiction dans les motifs des juges majoritaires, voir Ryder, « Equal Autonomy », *supra* note 416 aux pp 586, 588; Dwight Newman, « Canada's Re-Emerging Division of Powers and The Unrealized Force of Reciprocal Interjurisdictional Immunity » (2011) 20 Const Forum 1 à la p 2. Dans sa dissidence dans *Lacombe*, *supra* note 316 au para 111, la juge Deschamps note que pour remédier à cette contradiction, l'on doit considérer que « le principe de la non-prolifération des cœurs de compétence protégés introduit par cette décision doit s'appliquer surtout aux compétences fédérales ».

point only to discount it as a practical way forward »[897]. Notons d'ailleurs que depuis *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour a refusé plus d'une fois d'appliquer la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle pour protéger le « cœur » d'une compétence provinciale[898].

Les juges Binnie et LeBel poursuivent leur analyse en précisant que le critère à appliquer pour déterminer si cette doctrine s'applique est celui de l'« entrave », c'est-à-dire qu'il ne suffit plus que la législation provinciale « touche » ou « affecte » le contenu essentiel de la compétence fédérale pour être jugée inapplicable[899]. Ils affirment à cet égard que ce changement de critère s'inscrit dans la « reconsidération » de cette doctrine déjà amorcée dans l'arrêt *Irwin Toy*[900].

Ils rappellent également que seuls les « éléments vitaux et essentiels » de l'entreprise (fédérale) peuvent être immunisés contre le droit provincial, et non chaque élément de

---

[897] Peter C Oliver, « The Busy Harbours of Canadian Federalism: The Division of Powers and Its Doctrines in the McLachlin Court » dans David A Wright et Adam M Dodek, dir, *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade*, Toronto, Irwin Law, 2011, 167 à la p 171.

[898] Voir plus particulièrement *Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44 aux paras 57–70 [*PHS*]. Dans cette affaire, la Cour avait l'opportunité d'appliquer pour une première fois cette doctrine afin de limiter la portée d'une loi fédérale. Elle a toutefois refusé de le faire en renversant les conclusions de la Cour d'appel qui avait jugé inapplicables certaines dispositions de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, LC 1996, c 19 à un site d'injection à Vancouver. Affirmant que la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle « en principe, ne protège pas uniquement les pouvoirs fédéraux » (au para 65), elle s'est empressée de préciser que cette doctrine n'avait jamais été appliquée à un domaine de compétence « large et ambigu » (au para 68). Elle a par ailleurs qualifié de « pratiquement insurmontable » la tâche de délimiter avec précision un contenu essentiel provincial en matière de santé, relevant notamment des paragraphes 92(13) et 92(16) de la LC de 1867, qui serait protégé de toute incursion fédérale (au para 68). Cette réticence à définir le « cœur » des compétences provinciales fait d'ailleurs écho aux propos des juges Binnie et Lebel qui soulignent que les champs de compétence « imprécis », tels que les matières d'intérêt local ou privé dans une province, ne se prêtent pas à l'identification d'un contenu essentiel (*Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 43). Ils font d'ailleurs remarquer qu'« [à] partir de la naissance de la Confédération, la jurisprudence s'est gardée de tenter de définir à jamais et à l'avance l'étendue possible de ce type de pouvoirs » (au para 43). Ajoutons que la compétence en matière de propriété et droits civils, jointe à celle portant sur les questions de nature purement locale ou privée, a été reconnue par la Cour comme un champ de compétence « très vaste » (*Renvoi sur la procréation assistée*, *supra* note 33 au para 134), à l'origine d'une compétence résiduelle des provinces. Bref, il est difficile de voir avec optimisme la possibilité que la Cour définisse un jour les contours du cœur de ces compétences. Comme le souligne le professeur Newman au sujet de la décision *PHS*, « *[i]f provincial interjurisdictional immunity will not protect the core of provincial health care jurisdiction, they might wonder, then what will it protect* ? ». Dwight Newman, « The PHS Case and Federalism-Based Alternatives to Charter Activism » (2013) 22:1 Const Forum 85 à la p 87. Voir aussi à ce sujet Michelle Biddulph, « Shifting the Tide of Canadian Federalism: The Operation of Provincial Interjurisdictional Immunity in the Post-Canadian Western Bank Era » (2014) 77 Sask L Rev 45 à la p 56; Furey, « Interjurisdictional Immunity », *supra* note 782 à la p 612. Pour un autre cas où la Cour refuse d'appliquer la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle pour protéger une compétence provinciale, voir *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 aux para 49–53.

[899] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 48.

[900] *Ibid* au para 49.

celle-ci. Ainsi, ne sont protégés que les éléments qui sont « absolument nécessaires pour permettre au Parlement ou à une province de réaliser l'objectif pour lequel la compétence législative exclusive lui a été attribuée »[901]. Les juges Binnie et LeBel passent par la suite en revue l'ensemble des décisions relatives à l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle invoquées par les banques, en matière notamment de transport, de communication, de droit maritime et de gestion des entreprises fédérales[902]. Ils en concluent que la jurisprudence démontre que la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle a été — et devrait — être appliquée avec retenue[903].

Passant à la doctrine de la prépondérance fédérale, les juges majoritaires rappellent que la Cour a adopté une interprétation restrictive de cette doctrine, laissant « plus de marge de manœuvre aux gouvernements provinciaux »[904]. Ils soulignent qu'un « simple dédoublement » entre le droit provincial et fédéral n'est pas en soi suffisant pour créer un conflit et que les provinces peuvent « ajouter des exigences supplémentaires » à la loi fédérale[905].

Après avoir traité du premier volet de cette doctrine, soit le conflit d'application, les juges Binnie et LeBel reconnaissent l'existence d'un second volet, qui s'applique lorsqu'une loi provinciale a pour effet d'« empêcher la réalisation de l'objectif de la loi fédérale, sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions »[906]. Cela dit, citant les propos tenus par le juge Major deux ans auparavant dans l'affaire *Rothmans*[907], ils rappellent que la Cour a rejeté la « théorie du champ occupé » et que le fait que le Parlement ait légiféré ne crée pas une présomption qu'il ait voulu exclure toute intervention provinciale[908].

Dans des motifs concordants, le juge Bastarache partage les conclusions des juges majoritaires, mais se dit en désaccord avec leur interprétation trop restrictive de la doctrine

[901] *Ibid* au para 77
[902] *Ibid* aux para 54–66.
[903] *Ibid* au para 67.
[904] *Ibid* aux para 70–71
[905] *Ibid* au para 72.
[906] *Ibid* au para 73.
[907] *Rothmans, Benson & Hedges Inc c Saskatchewan*, [2005] 1 RCS 188, 250 DLR (4th) 411 [*Rothmans*]. Voir *supra*, Partie I, section 2.3.1. (« L'affaire *Rothmans*: la compatibilité du droit provincial et fédéral réglementant la vente des produits du tabac »).
[908] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 74.

de l'immunité interjuridictionnelle[909]. Il insiste également sur la nécessité d'adopter une démarche méthodologique en matière de partage des compétences qui suit toujours le même modèle et le même ordre, c'est-à-dire qui débute avec l'analyse du caractère véritable des mesures contestées, qui se poursuit avec l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle et qui se termine avec celle de la doctrine de la prépondérance fédérale[910]. Il rejette ce faisant la démarche proposée par la majorité selon laquelle l'analyse du caractère opérant d'une mesure législative devrait précéder celle de son applicabilité « en l'absence de situations déjà traitées dans la jurisprudence » préconisant l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle[911].

b. L'application des principes aux faits

Appliquant l'ensemble de ces principes aux faits en l'espèce, les juges Binnie et LeBel concluent dans un premier temps que le *Insurance Act* est valide et relève de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils[912]. Ils rejettent par ailleurs l'argument des banques selon lequel la promotion de produits d'assurance devrait être régie par le droit fédéral plutôt que le droit provincial parce qu'elle fait « partie intégrante » de leurs pratiques de crédits — et par le fait même de leurs opérations[913]. Ils rappellent à cet effet que les banques ne sont pas « soustraites au droit provincial »[914].

Poursuivant avec l'analyse de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, les juges Binnie et LeBel concluent que l'assurance-crédit ne fait pas partie d'un élément vital ou essentiel de l'entreprise bancaire et ne peut donc pas échapper à l'application du droit provincial[915]. Ils ajoutent que non seulement les banques ne sont pas immunisées contre

[909] *Ibid* au para 111.

[910] *Ibid* aux para 112–13.

[911] *Ibid* au para 113, faisant référence aux propos des juges Binnie et Lebel aux para 76–78.

[912] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 80.

[913] *Ibid* aux para 80, 82. Les banques tentaient alors de faire valoir le même raisonnement que celui applicable en droit maritime, où les règles en matière de négligence (ou de responsabilité extracontractuelle) sont considérées comme faisant « partie intégrante » de la navigation par voie maritime et sont par conséquent assujetties au droit fédéral.

[914] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 81.

[915] *Ibid* aux para 86–97.

les dispositions du *Insurance Act*, mais qu'elles ne peuvent pas non plus échapper aux conséquences du non-respect de cette loi, c'est-à-dire aux sanctions prévues par celle-ci[916].

Les juges majoritaires concluent par la suite que la doctrine de la prépondérance fédérale ne saurait non plus rendre inopérantes les dispositions provinciales en cause. Appliquant le premier volet de cette doctrine, ils sont d'avis qu'il n'y a pas en l'espèce de conflit opérationnel entre la loi fédérale et la loi provinciale dans la mesure où le *Insurance Act* n'interdit pas ce que la *Loi sur les banques* permet. Il est donc possible pour les banques de respecter simultanément les exigences prévues dans les deux lois[917].

Appliquant le deuxième volet de la doctrine — la frustration de l'objectif fédéral —, la majorité rappelle le principe qui se dégage de l'affaire *Rothmans*[918], soit qu'une disposition législative « permissive » ne permet pas de conclure que le législateur fédéral a voulu établir un régime exhaustif écartant le droit provincial[919]. Revenant sur l'historique de l'adoption des modifications à la *Loi sur les banques* en 1991, les juges majoritaires sont d'avis que l'intention du législateur fédéral était que tous les fournisseurs de services financiers qui font le même commerce — y compris les banques — soient assujettis à des règles uniformes, et ce, à travers le Canada[920]. Dès lors, c'est en déclarant inopérantes les dispositions du *Insurance Act* que la réalisation de l'objectif fédéral serait frustrée. En effet, le fait de « [s]oustraire les banques à l'application de la réglementation provinciale sur les pratiques du marché les placerait dans une situation avantageuse sur ce marché » par rapport aux autres fournisseurs, ce que le Parlement désirait justement éviter en adoptant un régime national uniforme[921]. Dans ce contexte, les juges majoritaires concluent que ni l'un ni l'autre des volets de la doctrine de la prépondérance fédérale ne permettent d'écarter les dispositions provinciales contestées.

[916] *Ibid* aux para 87–88.
[917] *Ibid* aux para 99–100.
[918] *Rothmans*, *supra* note 907.
[919] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 103.
[920] *Ibid* aux para 104–08.
[921] *Ibid* au para 108.

c. Les enseignements à tirer en matière de protection du consommateur

En somme, la décision *Banque canadienne de l'Ouest* dresse un bilan de l'évolution des approches interprétatives du fédéralisme. Elle réaffirme et précise du même coup les critères d'application des différentes doctrines en fonction du courant dominant favorisant un fédéralisme « coopératif », entendu ici par la Cour comme un synonyme d'une approche souple, moderne et décloisonnée du partage des compétences. Cette décision a fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales et a été maintes fois reprise par les tribunaux[922]. Nous nous limiterons donc ici à voir l'impact plus spécifique de celle-ci en matière de protection du consommateur.

D'abord, cet arrêt ferme la porte laissée ouverte à la fin des années 80 dans l'affaire *Bell 1988* à ce que les entreprises fédérales puissent être immunisées des lois provinciales « touchant » à leurs activités, ce qui est le cas de nombreuses lois visant la protection des intérêts économiques des consommateurs. Elle met du même coup de côté la distinction faite dans *Irwin Toy* entre les effets « directs » et « indirects » des mesures provinciales sur les activités d'entreprises fédérales. En exigeant un effet plus important sur le contenu essentiel d'une compétence fédérale, passant de « toucher » à « entraver », la Cour limite par le fait même la capacité des entreprises fédérales d'échapper aux règles provinciales souvent plus exigeantes à leurs égards que le droit fédéral. Elle rappelle à cet égard le principe selon lequel les lois provinciales d'application générale, comme la LPC, s'appliquent aux entreprises fédérales et que les chevauchements qui en découlent sur la compétence du Parlement sont, règle générale, acceptables[923].

[922] Voir notamment *Marcotte*, *supra* note 350 au para 63; *Wärtsilä*, *supra* note 326 au para 4; *Renvoi sur la procréation assistée*, *supra* note 33 aux para 19, 183; *Renvoi sur les valeurs mobilières 2011*, *supra* note 220 aux para 57–60; *Renvoi sur les valeurs mobilières 2018*, *supra* note 220 au para 18; *Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique*, 2020 CSC 17 au para 22; *Renvoi sur la taxe carbone*, *supra* note 22 aux para 48, 374, 458; Furey, « Interjurisdictional Immunity », *supra* note 782 aux pp 612–21; Hogg, « Narrowing Interjurisdictional Immunity », *supra* note 782 aux pp 632–34, Elliot, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank », *supra* note 416; Eugénie Brouillet et Bruce Ryder, « Key Doctrines in Canadian Federalism » dans Peter C Oliver et al, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 415 aux pp 416–17, 421, 425, 427, 430.

[923] Sur ce principe, voir aussi *Ontario Hydro*, *supra* note 271 à la 363; *Clark*, *supra* note 273 aux para 46, 51, 54; David Robitaille, « La *Charte de la langue française*: une *entrave* aux activités essentielles des entreprises privées de compétence fédérale au Québec ? » (2013) 43 RDUS 645 aux pp 675–76.

Dans la même veine, cette décision rejette la vision selon laquelle les entreprises fédérales qui se voient permettre d'exercer certaines activités réglementées par les provinces peuvent échapper aux normes adoptées par ces dernières par la voie de la doctrine de la prépondérance fédérale. En effet, une « permission » donnée par le législateur fédéral d'exercer certaines activités ne peut être assimilée à une intention de légiférer de façon exhaustive sur ces dernières ni à une volonté d'écarter le droit provincial. En outre, cette décision rejette clairement la théorie du champ occupé, s'inscrivant à cet effet dans le sillon des affaires *Kellogg's* et *Irwin Toy*.

La Cour va même plus loin en refusant de reconnaître que le législateur fédéral ait pu avoir pour intention de réserver un traitement privilégié aux entreprises sous sa responsabilité qui leur permettrait de bénéficier d'un avantage par rapport aux autres commerçants relevant de la compétence des provinces. Un raisonnement semblable pourrait d'ailleurs être appliqué à l'ensemble des règles provinciales de protection du consommateur. En effet, le respect de celles-ci est généralement accompagné de contraintes pour le commerçant, ce qui peut placer les entreprises fédérales dans une situation plus avantageuse sur le marché si elles peuvent échapper au droit provincial par le truchement des doctrines d'interprétation constitutionnelle. Or la majorité de la Cour semble consciente de cet avantage concurrentiel dont peuvent bénéficier les entreprises de compétence fédérale et refuse que celles-ci puissent réclamer l'inopérabilité de mesures provinciales pour profiter d'un tel avantage. La Cour met donc la barre élevée pour les banques, et pour les entreprises fédérales de façon générale, qui chercheraient à démontrer qu'une loi provinciale qui vise à protéger le consommateur entrave la réalisation d'un objectif fédéral.

Notons que la Cour ne veut pas pour autant limiter la capacité du Parlement d'imposer des obligations aux entreprises fédérales à l'égard de leurs clients. En effet, en *obiter*, la majorité reconnaît que « le Parlement, dans sa réglementation sur les banques, peut bien empiéter sur des matières qui relèveraient par ailleurs de la compétence provinciale, comme la propriété et les droits civils dans la province, y compris l'assurance »[924]. Cette affirmation se révèle particulièrement importante si on l'applique dans le contexte de la protection du consommateur qui, comme l'assurance, relève en principe de la compétence

[924] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 85.

des provinces. Cela implique que la Cour accepte que, dans certaines circonstances, le Parlement puisse adopter des règles encadrant la relation contractuelle entre le consommateur et les banques — ou toute autre entreprise qui relève de sa responsabilité — et ce, même s'il s'immisce ce faisant dans une matière qui relève de la compétence exclusive des provinces. Ainsi, cette affirmation supporte la validité des mesures fédérales de protection du consommateur visant les entreprises fédérales, bien que, comme nous l'avons vu, celle-ci n'a pas encore été remise en question devant les tribunaux.

La Cour reconnaît également la validité de mesures provinciales s'appliquant en amont de la relation contractuelle entre une banque et son client. En effet, comme c'était le cas de l'interdiction de la publicité destinée aux enfants dans les affaires *Kellogg's* et *Irwin Toy*, l'interdiction de faire la promotion de produits d'assurance sans permis s'inscrit dans les mesures propres à la phase précontractuelle de la relation entre le consommateur et le commerçant. Autrement dit, en 2007, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour ne conditionne pas, comme semble étonnement l'avoir fait la Cour d'appel du Québec dans *ACTSF* en 2021[925], la validité de mesures provinciales visant à protéger le consommateur à l'existence d'un rapport contractuel entre les banques et leurs clients.

Plus largement, cette décision représente la volonté de la Cour de favoriser une application parallèle et superposée des lois adoptées par les deux ordres de gouvernement de façon générale, et en matière de protection du consommateur, en particulier. Bien qu'elle ne fasse que confirmer un courant qui s'observait déjà dans la jurisprudence de la Cour suprême depuis la seconde moitié du 20e siècle, cette décision est encore aujourd'hui vue comme marquant un point tournant dans la jurisprudence de la Cour. Pour la première fois, cette dernière reconnaît expressément la tendance centralisatrice qui s'est dégagée de l'application des différentes doctrines d'interprétation constitutionnelle et tente de restreindre l'application de ces dernières de façon à préserver l'autonomie provinciale. Il n'en reste pas moins qu'en « gardant en vie » la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, la Cour préserve néanmoins des vestiges de l'approche compartimentée du partage des compétences qui permet d'immuniser le contenu essentiel ou vital d'une compétence — généralement fédérale — contre l'application du droit

[925] Voir *supra*, Partie II, section 2.2.1.2.3. (« *ACTSF*: une exception à la règle ? »).

provincial. Du même coup, elle ouvre la porte à ce que des entreprises fédérales, dont les banques, continuent de tenter d'invoquer cette doctrine pour échapper au droit provincial, notamment en matière de protection du consommateur. Ce sera le cas près de dix ans plus tard dans l'arrêt *Marcotte*.

2.2.2.2. Marcotte: la reconnaissance de l'applicabilité des obligations provinciales en matière de divulgation d'information

L'affaire *Marcotte*, rendue en 2014, se déroule dans le contexte d'une action collective entreprise par des consommateurs contre plusieurs institutions financières afin d'obtenir le remboursement des frais de conversion imposés sur des opérations par carte de crédit en devises étrangères[926]. Les consommateurs se fondaient alors sur l'article 12 de la LPC, exigeant que ces frais apparaissent au contrat pour être réclamés, ainsi que sur l'article 272 de la LPC qui prévoit les recours possibles en cas de manquement à certaines obligations prévues par cette loi. En défense, les banques soutenaient, comme dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, que ces dispositions provinciales étaient inapplicables et inopérantes en l'espèce, sans remettre toutefois en question leur validité[927].

Dans un jugement unanime, dont les motifs sont rédigés par les juges Rothstein et Wagner, la Cour rejette l'ensemble des arguments de nature constitutionnelle formulés par les banques[928].

La Cour répond dans un premier temps à la prétention des banques selon laquelle les dispositions de la LPC seraient inapplicables au motif qu'elles entraveraient le contenu

[926] Pour une analyse détaillée du jugement de la Cour supérieure dans cette affaire, rendu par le juge Clément Gascon, voir Jérémy Boulanger-Bonnelly, « L'Affaire Marcotte à l'intersection du fédéralisme, de la protection du consommateur et de l'accès à la justice » (2021) 103 SCLR (2d) 103.

[927] *Marcotte*, *supra* note 350 aux para 62, 70. Les procureurs généraux de l'Ontario et de l'Alberta sont intervenus pour soutenir la position du procureur général du Québec selon laquelle les dispositions en cause étaient applicables et opérantes. Le procureur général du Canada est quant à lui intervenu pour supporter la position des banques. Il plaidait que les dispositions de la LPC étaient en l'espèce inapplicables, puisque la réglementation du crédit était au cœur de la compétence fédérale sur les banques et que cette dernière était en l'espèce entravée par les dispositions provinciales. Il soutenait également que ces dispositions étaient inopérantes en vertu de second volet de la doctrine de la prépondérance fédérale dans la mesure où elles entraient en conflit avec l'objectif du législateur fédéral consistant à mettre sur pied un régime national unique et exhaustif.

[928] Elle rejette également les autres arguments présentés par les banques en défense, soit que les représentants n'avaient pas le statut pour poursuivre l'ensemble des banques en l'espèce puisqu'ils n'avaient pas de cause d'action directe contre chacune d'elles (voir *Marcotte*, *supra* note 350 aux para 29–47), et qu'elles n'étaient pas tenues au remboursement des frais de conversion selon leur interprétation de l'article 12 de la LPC (aux para 48–61).

essentiel de la compétence sur les banques. Les juges Rothstein et Wagner entament leurs motifs en rappelant que la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle « est à contre-courant de la conception moderne du fédéralisme coopératif » et qu'il « n'existe aucune jurisprudence sur l'application de cette doctrine aux activités bancaires liées aux cartes de crédit »[929].

Ils poursuivent leur analyse en esquivant la première étape de l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, c'est-à-dire en évitant de déterminer si les dispositions contestées de la LPC portent sur le contenu essentiel ou le « cœur » de la compétence fédérale. Ils passent tout de suite à la seconde étape en concluant que, dans tous les cas, ni l'article 12 ni l'article 272 ne sauraient être considérés comme une entrave à la compétence fédérale. Selon eux, le fait d'obliger les banques à mentionner certains frais accessoires à un type de crédit à la consommation ne peut être vu comme une « atteinte importante » à l'exercice de la compétence fédérale en matière bancaire ni comme une entrave à une activité « vitale ou essentielle à l'entreprise bancaire »[930].

La Cour précise que le fait d'« [e]xiger des banques qu'elles informent les consommateurs du cadre qui régit leurs rapports, faute de quoi elles feront l'objet de recours prévus à la loi, ne limite en rien leur capacité de définir les modalités de ces rapports, ni ne restreint par ailleurs leurs activités »[931]. Ils ajoutent que même si la conversion de devises étrangères était considérée comme appartenant au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les banques (ce sur quoi ils s'abstiennent de se prononcer), « l'obligation générale de mentionner les frais associés à ce service n'entrave aucunement l'exercice de cette compétence »[932].

Ainsi, une mesure comportant une obligation de divulgation d'information dans un contrat — autrement dit une mesure visant à accroître l'information donnée au consommateur — ne peut être considérée comme une « entrave » aux activités d'une entreprise relevant de la compétence fédérale, et ce, peu importe que cette activité soit ou non au cœur de cette compétence. Par contre, la Cour ne nie pas qu'une limite à la capacité des entreprises

[929] *Marcotte*, *supra* note 350 au para 63.
[930] *Ibid* au para 66.
[931] *Ibid*.
[932] *Ibid*.

fédérales de « définir les modalités de leurs rapports » avec leurs clients puisse constituer une « entrave ».

Elle refuse ce faisant d'accorder aux banques ce qu'elle appelle « le même type d'immunité floue » qui avait été rejetée dans *Banque canadienne de l'Ouest*[933]. Les juges Rothstein et Wagner soulignent que même si la réglementation provinciale en matière, notamment, de contrat a une « incidence importante sur des activités bancaires », cela est insuffisant pour représenter une « entrave » et rendre le droit provincial inapplicable. Ils terminent leur analyse en distinguant la présente affaire de l'arrêt *COPA*, où la majorité de la Cour avait conclu à l'inapplicabilité d'une disposition provinciale interdisant la construction d'un aérodrome[934]. Les juges Rothstein et Wagner précisent qu'à la différence de *COPA*, dans laquelle les mesures provinciales interdisaient complètement l'exercice d'une activité relevant du cœur de la compétence fédérale en matière d'aéronautique, l'« incidence » des dispositions en cause de la LPC sur la façon dont les banques exercent leurs activités ne constitue pas une entrave[935].

La Cour traite ensuite de l'argument selon lequel les dispositions de la LPC entraveraient la réalisation de l'objectif visé par le régime bancaire fédéral. Avant toute chose, ils rappellent que, d'une part, les « produits bancaires liés à la consommation relèvent du fédéral » et, d'autre part, que la « protection du consommateur est un domaine de compétence provinciale »[936]. Autrement dit, les deux ordres de gouvernement peuvent, en vertu de leurs compétences exclusives respectives, légiférer pour protéger le consommateur dans ses rapports avec les institutions bancaires.

Ne soulevant que le second volet de la doctrine de la prépondérance fédérale, les banques prétendaient que deux objectifs fédéraux étaient entravés: le premier serait celui d'établir des normes bancaires exclusivement fédérales et le second celui d'éviter l'annulation du contrat bancaire même lorsqu'une banque contrevient à l'obligation de mentionner certains frais[937].

---

[933] *Ibid* au para 68.
[934] Voir *COPA*, *supra* note 312.
[935] *Marcotte*, *supra* note 350 au para 69.
[936] *Ibid* au para 74.
[937] *Ibid* au para 73.

Quant au premier objectif, les juges Rothstein et Wagner sont d'avis que même si les banques pouvaient démontrer que la *Loi sur les banques* visait à établir des normes nationales exclusives, l'application des dispositions de la LPC n'empêcherait pas la réalisation d'un tel objectif. La Cour précise que les articles 12 et 272 de la LPC n'établissent pas de « normes […] applicables aux produits et services bancaires offerts par les banques, mais établissent plutôt une norme contractuelle pour le Québec »[938]. Ces dispositions seraient ainsi assimilées « aux règles de fond en matière de contrat établies par le C.c.Q. »[939]. Les juges Rothstein et Wagner rappellent que le régime fédéral demeure assujetti aux règles « fondamentales » provinciales, dont les règles applicables en matière contractuelle. Selon eux, loin de lui nuire, les normes provinciales « appuient » le régime bancaire fédéral[940].

Ils reconnaissent néanmoins que la doctrine de la prépondérance fédérale pourrait trouver application en l'espèce si la loi provinciale créait une exigence selon laquelle les frais de conversion doivent être « calculés » ou « mentionnés » de manière différente de ce que prévoit la loi fédérale. Or, puisqu'en l'espèce les normes provinciales et fédérales sont « identiques », ils concluent qu'il ne peut y avoir de conflit[941].

Quant au deuxième objectif, les banques évoquaient les articles 16 et 988 de la *Loi sur les banques* qui prévoyaient que le contrat conclu en violation d'une disposition de cette dernière n'était pas nul pour autant: la seule sanction possible dans ce cas était de nature pénale[942]. Selon les banques, cela démontrait une intention du législateur fédéral de

[938] *Ibid* au para 79.

[939] *Ibid*. Pour une critique détaillée de cette assimilation des règles de la LPC à celle du CcQ, voir Chana Shulamit Edelstein, *Missed Opportunity: A Critique of the Supreme Court of Canada's Characterization of Quebec Consumer Protection Law in Marcotte*, mémoire de maîtrise en droit, Université McGill, 2016.

[940] *Marcotte*, *supra* note 350 au para 79.

[941] *Ibid* au para 80.

[942] *Ibid* au para 82. L'article 16 de la *Loi sur les banques*, *supra* note 354, prévoit que: « Les faits de la banque ou de la banque étrangère autorisée, notamment en matière de transfert de biens, ne sont pas nuls au seul motif qu'ils sont contraires, dans le cas d'une banque, à la présente loi ou à son acte constitutif ou, dans le cas d'une banque étrangère autorisée, à la présente loi ». L'article 988 prévoit quant à lui que: « Sauf disposition contraire expresse de la présente loi, le contrat conclu en contravention d'une disposition de celle-ci ou de ses règlements n'est pas nul pour autant ».

« protéger les contrats bancaires et d'imposer des sanctions de nature pénale *plutôt que* civile aux banques qui contreviennent à leurs obligations de communication »[943].

Les juges Rothstein et Wagner soulignent d'emblée qu'il ne peut y avoir de conflit entre la LPC et les articles 16 et 988 de la *Loi sur les banques* puisque la réparation recherchée par les demandeurs en l'espèce n'est pas l'annulation de leur contrat, mais plutôt la réduction de la somme versée aux banques et l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Ils sont d'avis que l'argument « général » soulevé par les banques selon lequel les provinces ne peuvent pas ajouter aux sanctions fédérales ne saurait être accepté[944]. Ils précisent qu'en l'absence de conflit avec les articles 16 et 988 de la *Loi sur les banques* — comme c'est le cas en l'espèce — ce n'est pas parce que cette loi est « muette » sur les causes d'action opposables aux banques que « les recours civils sont incompatibles avec elle »[945]. Autrement dit, ce n'est pas parce que la loi fédérale ne prévoit que des sanctions de nature pénale que les clients des banques ne peuvent pas entreprendre de recours de nature civile fondés sur le droit provincial. Nous reviendrons sur cet aspect de la décision dans la section 2.3.2.

En somme, en jugeant les dispositions contestées de la LPC applicables et opérantes, l'affaire *Marcotte* s'inscrit dans le courant moderne du fédéralisme et confirme l'approche prise par la Cour dans *Banque canadienne de l'Ouest* visant à favoriser l'application parallèle des lois adoptées par les deux ordres de gouvernement. Elle est par ailleurs la première à affirmer de façon explicite que la protection du consommateur est un domaine de compétence provinciale, bien qu'elle semble reconnaître que la protection conférée dans le domaine bancaire constitue un sujet ayant un double aspect[946].

La Cour poursuit également dans la foulée de l'affaire *Barfried* en reconnaissant que les provinces peuvent légiférer de façon à encadrer le crédit à la consommation, plus

[943] *Marcotte*, *supra* note 350 au para 82.

[944] *Ibid* au para 84.

[945] *Ibid*.

[946] La version originale du jugement, en anglais, diffère à cet effet de la version française puisque les motifs ne réfèrent pas à la *compétence* des provinces, mais se limitent à dire que: « *Consumer protection is provincially regulated in Quebec under the CPA by the Office de la protection du consommateur* ». De façon intéressante, dans sa demande de permission d'en appeler de l'affaire *Telus*, *supra* note 797, Bell souligne que cette distinction entre les deux versions des motifs permet d'affirmer que l'affaire *Marcotte* n'aurait « pas résolu la question de savoir si la protection des consommateurs est une "matière" indépendante aux fins du partage des compétences ». Voir *Mémoire de la demanderesse Bell Canada*, déposé dans le cadre d'une demande d'autorisation de pourvoi à la CSC, nº 39957 (20 mai 2022) à la p 10.

particulièrement en imposant des obligations de divulgation des frais de crédit. Elles peuvent d'ailleurs le faire malgré les conséquences de telles mesures sur la compétence fédérale en matière bancaire et sur les entreprises qui en relèvent.

Cela dit, même si *a priori* l'affaire *Marcotte* présente des conclusions favorables au consommateur, elle ouvre néanmoins certaines brèches qui ont le potentiel de limiter la protection conférer aux intérêts économiques de ce dernier.

La Cour reconnaît en effet certaines limites à la capacité des provinces d'intervenir pour remédier à l'iniquité contractuelle entre les banques et leurs clients. Certes, elle admet que les lois provinciales exigeant la divulgation de certaines informations ne peuvent constituer une entrave aux activités des banques. Dans ce contexte, en appliquant le raisonnement de la Cour, on peut conclure que l'ensemble des dispositions imposant des obligations de divulgation dans la LPC sont applicables aux entreprises fédérales[947]. Toutefois, la Cour semble considérer que des mesures allant au-delà d'obligation d'information et régissant plutôt le *contenu* du contrat, en « définissant les modalités » des rapports entre les banques et leurs clients pourraient constituer une telle entrave. En ce sens, la Cour accepte que les lois provinciales puissent corriger certaines défaillances informationnelles sur le marché[948], tout en reconnaissant qu'elles seraient plus limitées dans leur capacité à intervenir dans le contenu même du contrat.

L'affaire *Marcotte* offrait pourtant une occasion à la Cour de fermer la porte une fois pour toutes aux tentatives des banques — et d'autres entreprises fédérales — d'utiliser la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle pour faire déclarer inapplicables à leur égard des dispositions provinciales de façon à priver le consommateur des droits et recours prévus

[947] Pierre-Claude Lafond identifie certaines de ces obligations: « Dans plusieurs circonstances, la L.P.C. se charge de renseigner le consommateur sur ses droits, le plus souvent sous la forme d'une obligation du commerçant de l'informer. Ainsi en est-il dans le contrat de vente itinérante, caractérisé par une obligation d'informer le consommateur de son droit de résolution dans les 10 jours [art 58 *in fine* et 50.2 *Règlement d'application*]. L'article 180 (complété par les articles 74 à 77 du *Règlement d'application*) en constitue un autre exemple en obligeant les garagistes à afficher une pancarte dans leur établissement avisant les consommateurs de leurs droits, par exemple celui d'avoir une évaluation écrite préalable. En matière d'assurance accessoire au crédit, l'article 112 (complété par l'article 32 du *Règlement d'application*) prévoit une autre obligation d'information du consommateur. On peut aussi citer l'exemple de l'obligation de divulgation de la garantie légale (et conventionnelle) avant de proposer une garantie prolongée (art. 228.1 L.P.C.) » (citations omises). Pierre-Claude Lafond, *Droit de la protection du consommateur: théorie et pratique*, 2e éd, Montréal, Yvon Blais, 2021, no 644.

[948] Voir à ce sujet *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.1.1. (« L'approche néo-classique »).

par celles-ci. Or, en refusant de déterminer si en l'espèce les articles 12 et 272 de la LPC touchaient au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les banques pour ne traiter que de l'absence d'entrave, la Cour ne met pas fin aux contestations possibles de l'applicabilité des dispositions provinciales encadrant les rapports entre les entreprises fédérales et leurs clients. Cette incertitude demeure non seulement dans le domaine bancaire, mais s'étend également dans d'autres secteurs d'activités relevant du législateur fédéral, dont l'aéronautique.

2.2.3. L'aéronautique: l'applicabilité et l'opérabilité des mesures provinciales interdisant certaines pratiques de commerce

Même si la réglementation de l'aéronautique relève de la compétence exclusive du législateur fédéral[949], les provinces peuvent néanmoins adopter des règles d'application générale qui viennent encadrer les activités des transporteurs aériens qui offrent des services sur leur territoire. Au Québec, par exemple, ces derniers sont assujettis aux règles générales en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle (1457 et 1458 du CcQ), ainsi qu'aux règles du CcQ s'appliquant exclusivement au contrat de transport[950]. Les transporteurs sont également soumis aux obligations plus spécifiques de la LPC et doivent ainsi respecter l'ensemble des dispositions encadrant les contrats relatifs aux biens et services, et interdisant certaines pratiques de commerce[951].

[949] Voir *supra*, Partie II, section 1.2.2. (« La protection fédérale et internationale des voyageurs aériens »).

[950] Celles-ci incluent des mesures applicables à tous les modes de transport (arts 2030 à 2058) ainsi que des mesures qui s'appliquent plus spécifiquement au transport de personnes (arts 2036 à 2039). Ces dispositions s'appliquent *a priori* aux transporteurs aériens. Elles prévoient notamment que le transporteur doit réparer le préjudice résultant du retard, mener les passagers à destination sains et saufs et être responsable de la perte des bagages qui lui ont été confiés par le passager. Ces dispositions ont été appliquées à des transporteurs aériens effectuant des vols à l'intérieur de la province de Québec, les vols internationaux étant plutôt considérés comme relevant de la Convention de Montréal. Rappelons que cette Convention a été intégrée au droit fédéral canadien par la *Loi sur les transports aériens*, *supra* note 329. Voir par exemple *Gartner c Air Canada*, 2011 QCCQ 4450 aux para 8–9; *Paquin c Air Canada Baggage Claims*, 2013 QCCQ 6382 aux para 15–17. Voir aussi Gardner, *supra*, note 335, nº 52.

[951] LPC, *supra* note 563, art 2. Au même titre, le consommateur qui achète son billet d'avion auprès d'une agence de voyages est protégé par les dispositions de la LPC. Voir à titre d'exemple *Préfontaine c Sunwing*, 2017 QCCQ 2589 au para 8. Dans un tel cas, il est également protégé par la *Loi sur les agents de voyages*, RLRQ c A-10. Voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 574, nº 401.

Bien que les tribunaux aient régulièrement appliqué la LPC (et son équivalent dans les autres provinces) à des transporteurs aériens[952], la constitutionnalité de mesures provinciales protégeant le consommateur dans ses rapports avec les transporteurs aériens n'a pas encore été examinée par la Cour suprême. Celle-ci aurait pourtant eu l'occasion de le faire en autorisant la permission d'en appeler dans l'affaire *Unlu* rendue par la Cour d'appel de Colombie-Britannique en 2013[953].

Cette affaire découle d'une action collective entreprise par un consommateur, M. Unlu, au motif que deux transporteurs aériens, Air Canada et Lufthansa, auraient fait de fausses représentations sur leurs billets électroniques relativement à la nature des frais imposés aux voyageurs. Les deux défenderesses auraient imposé à leurs clients une surcharge pour le carburant en indiquant sur leurs billets que celle-ci était une taxe chargée par un tiers, alors que dans les faits elles conservaient ce montant. M. Unlu soutenait alors qu'une telle pratique était contraire à l'article 5 du *Business Practices and Consumer Protection Act* de la Colombie-Britannique[954] (« CPA »), qui interdit les représentations trompeuses[955]. Au stade de la certification de l'action collective, les défenderesses ont soulevé l'inapplicabilité et l'inopérabilité du CPA en l'espèce. Elles affirmaient que la *Loi sur les transports du Canada* (« LTC »)[956] et le *Règlement sur les transports aériens* (« RTA »)[957] créaient un « code complet » régissant les contrats de transport aérien et que l'OTC avait

[952] Voir *Rosenberg c Westjet*, 2007 QCCQ 2184 (art 16 de la LPC); *Castro c Air Canada*, 2012 QCCQ 10869 (art 40 de la LPC); *Choquette c Air Canada*, 2017 QCCS 234 (art 8 de la LPC); *Hurst* c *Air Canada*, 2017 QCCS 223 (art 219 de la LPC); *Union des consommateurs c Air Canada*, 2014 QCCA 523 (art 224)c) de la LPC).

[953] La demande d'autorisation d'en appeler d'Air Canada a été rejetée: *Unlu v Air Canada*, 2013 BCCA 112, autorisation de pourvoi à la CSC rejetée, 35370 (15 août 2013) [*Unlu*].

[954] *Business Practices and Consumer Protection Act*, SBC 2004, c 2. Le paragraphe 5(1) prévoit que: « *A supplier must not commit or engage in a deceptive act or practice in respect of a consumer transaction* ».

[955] À titre de remèdes, la partie demanderesse cherchait à obtenir une déclaration selon laquelle les défenderesses contrevenaient au CPA, une injonction permanente exigeant que les défenderesses cessent de contrevenir au CPA et la restitution aux membres de toutes sommes acquises par les défenderesses en violation du CPA, conformément aux alinéas 172(1)(a), 172(1)(b) et 172(3)(a) du CPA. Voir *Unlu*, *supra* note 953 au para 7.

[956] *Loi sur les transports du Canada*, *supra* note 328.

[957] *Règlement sur les transports aériens*, *supra* note 328.

une compétence exclusive pour réglementer toute question commerciale ou économique liée au transport aérien[958].

Pour mieux comprendre les faits de cette affaire, il faut rappeler qu'un transporteur aérien qui exploite un service international est tenu de déposer un « tarif » auprès de l'OTC[959]. Ce tarif comprend les conditions de transport ainsi que les taxes et frais exigés par les transporteurs[960]. Ces frais peuvent notamment comprendre une surcharge pour le carburant international visant à compenser les fluctuations du prix de ce dernier, surcharge qui était imposée par les défenderesses. Or, en l'espèce, M. Unlu ne contestait pas le montant de la surcharge, mais plutôt le fait que les défenderesses faisaient de fausses représentations quant à sa nature.

Tout comme en première instance, la Cour d'appel a rejeté l'ensemble des arguments constitutionnels des transporteurs.

Le juge Tysoe, écrivant les motifs unanimes de la Cour[961], examine d'abord la position des défenderesses concernant l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale[962].

Sur le premier volet, il note que rien dans la LTC ou le RTA ne forçait les défenderesses à faire apparaître sur leurs billets le montant de la surcharge comme une « taxe », et *a fortiori* comme une taxe imposée par un tiers[963]. Autrement dit, les fausses représentations des défenderesses quant à la nature des frais de surcharge ne découlaient pas d'une exigence imposée par le législateur fédéral.

Sur le second volet, le juge Tysoe souligne qu'aucune des dispositions de la LTC ou du RTA ne permettrait en l'espèce aux clients des compagnies aériennes de s'adresser à l'OTC

---

[958] *Unlu v Air Canada*, 2012 BCSC 60 au para 35 [*Unlu CS*]. Le procureur général de Colombie-Britannique soutenait l'applicabilité et l'opérabilité des dispositions du CPA. Quant à lui, le PGC n'est pas intervenu. Cette absence a été remarquée par la juge Adair en première instance qui a souligné que les défenderesses n'avaient aucun support du PGC « *in advancing their arguments that the BPCPA is constitutionally inapplicable on the basis of paramountcy and concerning the law's effects on what they asserted is the core of a federal power* » (au para 60).

[959] Voir à ce sujet *supra*, Partie II, section 1.2.2. (« La protection fédérale et internationale des voyageurs aériens »).

[960] *Loi sur les transports du Canada*, *supra* note 328, art 55(1) (définition de « tarif »).

[961] Le banc est composé des juges Tysoe, Neilson et Bennett

[962] Le juge Tysoe n'explique pas la raison pour laquelle il traite de la doctrine de la prépondérance fédérale avant d'aborder la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle.

[963] *Unlu*, *supra* note 953 au para 17.

pour obtenir une réparation pour les fausses représentations alléguées[964]. Il cite ensuite l'étude d'impact réglementaire effectué par l'OTC, qui prévoyait spécifiquement que « *[t]he advertising of products and services is subject to consumer protection legislation of general application at the federal level through the Competition Act and at the provincial level through provincial legislation* »[965]. Le juge Tysoe conclut que cette affirmation de l'OTC s'avère incompatible avec la prétention des défenderesses selon laquelle la LTC et le RTA constituent un « code complet ». Au contraire, elle démontre que l'OTC n'estime pas que la réalisation de l'objectif fédéral puisse être entravée par l'application de lois provinciales de protection du consommateur[966]. En ce sens, le juge Tysoe suit la même logique que celle de la Cour suprême dans l'affaire *Irwin Toy* qui avait considéré que le *Code de la publicité* appliqué par le CRTC était conçu expressément pour compléter tant le droit provincial que fédéral et ne pouvait donc pas rendre inopérantes les exigences de la LPC en matière de publicité[967].

Quant à l'analyse de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, le juge Tysoe ne trouve aucune erreur révisable dans les motifs de la juge de première instance. Cette dernière avait statué qu'il n'y avait pas de précédent permettant de conclure que les « termes et conditions » du transport constituait un élément essentiel de la compétence sur le transport aérien. Elle avait ajouté que, dans tous les cas, les effets du CPA n'étaient pas suffisamment importants sur l'exercice de cette compétence pour être considérés comme une « entrave »[968]. La Cour d'appel conclut donc que les dispositions provinciales en cause sont applicables et opérantes.

Cette décision confirme ainsi la possibilité pour le consommateur de se prévaloir des dispositions provinciales en matière de pratiques interdites, plus spécifiquement en matière de fausses représentations, contre un transporteur aérien, et éventuellement contre toute entreprise fédérale.

---

[964] *Ibid* aux para 27–28.
[965] *Ibid* au para 30. Le jugement ne fournit pas la référence précise à l'étude d'impact citée.
[966] *Unlu*, *supra* note 953 au para 31.
[967] *Irwin Toy*, *supra* note 681 à la p 962.
[968] *Unlu*, *supra* note 953 au para 37.

Elle s'inscrit dans la foulée de l'arrêt *Marcotte* dans la mesure où les tribunaux refusent de considérer que des obligations en lien avec l'information qui est communiquée aux consommateurs ou les représentations qui leur sont faites peuvent constituer une « entrave » aux activités des entreprises fédérales ou à l'exercice de la compétence du Parlement.

L'affaire *Unlu* démontre également qu'en l'absence d'une exigence fédérale imposant la mention de certaines informations sur le billet du consommateur, un transporteur ne pourra faire déclarer inopérante une disposition provinciale interdisant les fausses représentations. En effet, sans une obligation fédérale de divulgation d'information, il ne pourra pas y avoir de conflit d'application entre le droit provincial et le droit fédéral. *A fortiori*, le même raisonnement s'appliquerait aux informations se trouvant sur les contrats des entreprises fédérales en général.

Notons en outre qu'il s'agit de la seconde affaire, avec l'arrêt *Wakelam*[969] dont nous avons discuté précédemment[970], où la Cour d'appel de Colombie-Britannique rejette des arguments visant à faire déclarer inopérantes les dispositions du CPA interdisant certaines pratiques de commerce jugées malhonnêtes. Dans les deux cas, elle refuse de conclure que l'interdiction provinciale de faire des représentations fausses ou trompeuses peut entraîner une quelconque forme de conflit d'application avec le droit fédéral ou que le Parlement a pu avoir pour intention de priver les consommateurs des protections offertes par le droit provincial.

Enfin, l'arrêt *Unlu* permet de voir que les tribunaux paraissent réticents à reconnaître que la législation fédérale constitue un « code complet » lorsque cette dernière ne prévoit pas de recours équivalent au droit provincial dont on recherche l'inopérabilité. Ainsi, une loi fédérale ne peut écarter le droit provincial si cela a pour effet de laisser le consommateur sans forum pour faire valoir ses droits.

---

[969] *Wakelam v Wyeth Consumer Healthcare/Wyeth Soins de Sante Inc*, 2014 BCCA 36, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 35800 (4 septembre 2014).

[970] Voir *supra*, Partie I, section 2.3.2. (« *Wakelam*: l'interaction entre la *Loi sur les aliments et drogues* et les lois provinciales d'application générale visant à protéger le consommateur »). Rappelons que dans cette affaire, des compagnies pharmaceutiques soutenaient que les dispositions du CPA interdisant les représentations fausses ou trompeuses étaient incompatibles avec la *Loi sur les aliments et drogues*, LRC 1985, c F-27.

2.2.4. Conclusion: une conception souple du fédéralisme faisant échec aux tentatives répétées des entreprises fédérales d'échapper aux lois provinciales

Les différentes décisions de la Cour suprême dont nous avons traité témoignent d'une tendance de cette dernière à privilégier une interprétation favorisant la validité, l'applicabilité et l'opérabilité de lois provinciales visant la protection des intérêts économiques des consommateurs. Les décisions plus récentes des cours d'appel en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec démontrent que cette tendance semble encore aujourd'hui largement suivie par les tribunaux.

La Cour suprême a reconnu que les provinces pouvaient adopter des normes qui s'imposent à la fois à la phase précontractuelle, par le biais de l'encadrement de la publicité (*Kellogg's* et *Irwin Toy*) et de la mise sur pied d'un système de permis (*Banque canadienne de l'Ouest*), et à la phase de la formation du contrat, par la voie d'obligations de divulgation d'information (*Marcotte*). Elle a du même coup reconnu la validité de recours et sanctions de nature civile (*Marcotte*), administrative (*Banque canadienne de l'Ouest*) et pénale (*Irwin Toy*), sur lesquels nous reviendrons dans la section suivante. Les cours d'appel de trois provinces sont allées dans le même sens en reconnaissant que les provinces pouvaient interdire certaines pratiques de commerce frauduleuses commises par une entreprise fédérale (*Unlu)* et réglementer les modalités de résiliation de contrats d'une telle entreprise de même que les indemnités et les remboursements en lien avec celles-ci (*Nelson* et *Telus)*.

Sur le plan de la validité de ce type de mesures, la Cour a accepté que de simples effets « accessoires » ou « incidents » sur les entreprises de compétence fédérale ne compromettent pas le caractère *intra vires* de lois provinciales d'application générale. Ce faisant, la question de la validité des dispositions provinciales, qui étaient au cœur des affaires *Kellogg's* et *Irwin Toy*, s'est effacée au profit d'arguments axés plutôt sur l'inapplicabilité et l'inopérabilité de ces dispositions, qui ont été au centre des affaires *Banque canadienne de l'Ouest* et *Marcotte.*

À cet égard, les quatre décisions de la Cour suprême illustrent l'évolution de l'interprétation et de l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle. Sans être appliquée de façon expresse dans *Kellogg's*, la Cour y reconnaît néanmoins que le règlement provincial « n'entrave » pas l'exploitation d'une entreprise de radiodiffusion.

Dans *Irwin Toy*, elle affirmera que, dans la mesure où la LPC ne vise pas directement les activités d'une entreprise de radiodiffusion, le simple fait qu'elle « touche » à ces activités n'est pas suffisant pour entraîner son inapplicabilité. La Cour adopte ainsi un critère plus strict, celui de l'entrave, qu'elle avait pourtant semblé vouloir abandonner en matière de relations de travail à peine un an auparavant dans l'affaire *Bell 1988*. Ce critère de l'entrave sera consacré dans l'affaire *Banque canadienne de l'Ouest* comme étant justifié par le « courant dominant » en matière d'interprétation constitutionnelle favorisant une approche « moderne » et souple du fédéralisme. Enfin, dans *Marcotte*, la Cour refusera de considérer que des obligations de divulgation d'information puissent « entraver » les activités d'institutions bancaires. Cette conclusion ferme à notre avis la porte à ce que les banques en particulier, et les entreprises fédérales en général, puissent échapper à l'application de lois provinciales imposant aux commerçants des obligations de divulgation et visant, plus largement, à corriger les déficits informationnels du consommateur.

Ainsi, ces quatre affaires s'avèrent déterminantes pour établir le cadre d'analyse de l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle à des entreprises fédérales. Ces dernières doivent démontrer que les exigences du droit provincial en matière de protection du consommateur entravent une partie essentielle et vitale de leurs activités. Or ce seuil ne sera pas aisé à rencontrer.

En effet, l'affaire *Marcotte*, de même que les décisions des cours d'appel provinciales dans *Telus*, *Nelson* et *Unlu* illustrent un enjeu important dans l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle pour faire déclarer inapplicable une loi provinciale visant la protection du consommateur. Au-delà des difficultés à démontrer que les rapports contractuels entre le consommateur et l'entreprise fédérale font partie du cœur de la compétence du Parlement, le critère de l'entrave sera dans certains cas presque impossible à satisfaire vu la nature des obligations imposées au commerçant. En effet, il sera difficile pour une entreprise fédérale de faire la preuve que l'obligation de divulguer de l'information aux consommateurs entrave ses activités, dans la mesure où il s'agit d'une obligation relativement peu contraignante pour le commerçant. Notons que de façon générale, les obligations qui s'imposent en vue de protéger les intérêts économiques des consommateurs s'avèrent moins intrusives dans les activités des entreprises fédérales que

des règles qui, par exemple, empêchent la construction d'infrastructures aéroportuaires[971] ou d'antennes de télécommunications[972].

Il sera d'autant plus difficile pour les entreprises de soutenir que des dispositions interdisant de faire des représentations fausses ou trompeuses « entravent » leurs activités. Il en va de même des dispositions interdisant l'imposition de frais abusifs[973]. En effet, comment argumenter sérieusement que l'exploitation de leurs activités est entravée par le fait qu'elles doivent adopter des pratiques honnêtes et équitables ? Un tribunal risque d'être peu réceptif à une entreprise qui prétendrait que faire des représentations exactes ou exiger des frais raisonnables « entravent » l'exploitation de son entreprise, ou que pour exercer ses activités sans entrave, elle doit pouvoir faire de fausses représentations ou charger des frais pouvant être qualifiés d'abusifs.

Dans ce contexte, à notre avis, le critère d'entrave aura peu de chance d'être satisfait pour des dispositions (1) visant à accroître l'information donnée au consommateur; (2) interdisant certaines pratiques de commerce ayant pour effet de tromper le consommateur ou (3) ayant pour but de protéger le consommateur contre des clauses abusives.

Notons toutefois qu'en appliquant la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, les cours provinciales semblent faire une différence entre la réglementation du *contrat de consommation* et la réglementation *des tarifs*, autrement dit des prix et frais chargés au

[971] Dans *COPA*, *supra* note 312, la majorité de la Cour a conclu qu'une mesure provinciale qui avait pour effet de limiter l'endroit où un aérodrome pouvait être construit constituait une entrave à la compétence fédérale en matière d'aéronautique.

[972] Dans *Rogers*, *supra* note 268, la majorité de la Cour a jugé qu'une mesure municipale interdisant l'installation d'un système d'antennes de radiocommunication sur un terrain était *ultra vires*, mais tous les juges ont conclu que cette mesure était inapplicable à Rogers en l'espèce puisqu'elle avait pour effet d'entraver le cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication.

[973] Aucune décision n'a été rendue jusqu'à présent sur l'applicabilité à des entreprises fédérales des articles 8 de la LPC et 1437 du CcQ, qui interdisent tous deux les clauses abusives. Toutefois, la Cour d'appel du Québec a jugé à plusieurs reprises que ces dispositions pouvaient être invoquées contre des entreprises de télécommunications chargeant des frais considérés abusifs. Voir notamment *Bell Canada c Aka-Trudel*, 2018 QCCA 829, autorisation de pourvoi à la CSC rejetée, 38205 (21 février 2019) [*Aka-Trudel*]; *Masson c Telus Mobilité*, 2019 QCCA 1106, autorisation de pourvoi à la CSC rejetée, 38820 (9 avril 2020); *Télébec c 9238-0831 Québec inc (Caféier-Boustifo)*, 2020 QCCA 1720, autorisation de pourvoi à la CSC rejetée, 39579 (24 juin 2021) [*Télébec*]. Notons que dans ces affaires, les entreprises de télécommunications en cause ne soulevaient pas l'inapplicabilité de la LPC, mais soutenaient plutôt que le CRTC avait une compétence exclusive pour déterminer la raisonnabilité des frais imposés par ces dernières. La Cour d'appel a rejeté cet argument, jugeant qu'« une décision [du CRTC] concluant au caractère juste et raisonnable d'une clause de résiliation ne saurait emporter de conclusion à l'égard du caractère abusif des mêmes clauses, puisque l'adéquation entre ces termes n'est tout simplement pas automatique » (*Télébec*, au para 48).

consommateur par les entreprises fédérales. Elles ont en effet toutes soulevé le fait que l'applicabilité des dispositions provinciales en cause était préservée puisqu'elles « n'entrave[nt] pas la compétence du Parlement en matière de fixation des tarifs »[974], « *does not interfere with the setting of rates* »[975] ou « *would not impair Parliament's power to regulate airline tariffs* [976]. Il faut comprendre que les tarifs imposés aux consommateurs par les entreprises fédérales sont en grande partie encadrés, voire déterminés, par le Parlement et ses organismes de régulation[977]. La Cour d'appel du Québec a même souligné que la réglementation de ces tarifs avait déjà été considérée par la Cour suprême comme faisant partie du cœur de la compétence du Parlement[978]. Ainsi, les trois tribunaux provinciaux laissent entendre qu'une loi provinciale qui aurait pour effet d'entraver la capacité du législateur fédéral de réglementer les tarifs d'entreprises relevant de sa responsabilité pourrait être jugée inapplicable. Bien que jusqu'à maintenant aucun jugement n'ait été rendu en ce sens, les décisions des cours d'appel laissent à notre avis une porte ouverte aux entreprises fédérales qui voudraient tenter d'ainsi restreindre la portée du droit provincial[979].

Sur le plan de l'opérabilité des mesures adoptées par les provinces, les entreprises qui chercheront à établir l'existence d'un conflit afin de profiter de la doctrine de la prépondérance fédérale rencontreront également plusieurs obstacles. D'abord, la Cour a refusé, dans l'affaire *Kellogg's*, de rendre une loi provinciale inopérante en l'absence d'une législation fédérale. Autrement dit, l'inaction du Parlement ne peut servir à démontrer une

[974] *Telus*, *supra* note 797 au para 85.

[975] *Nelson CS (Part 1)*, *supra* note 801 au para 62.

[976] *Unlu CS*, *supra* note 958 au para 90. Voir aussi *Unlu*, *supra* note 953, para 37.

[977] Par exemple, la *Loi sur les télécommunications*, *supra* note 280, permet au CRTC de réglementer les tarifs ainsi que les conditions dans lesquelles les services de télécommunications peuvent être commercialisés. À cet effet, l'article 25 de la loi prévoit que les entreprises de télécommunications doivent « fournir les services de télécommunication en conformité avec la tarification déposée auprès du Conseil et approuvée par celui-ci fixant — notamment sous forme de maximum, de minimum ou des deux — les tarifs à imposer ou à percevoir ».

[978] *Telus*, *supra* note 797 au para 78. Elle cite à cet effet *Bell 1988*, *supra* note 731 aux pp 839–40 (en matière de services de télécommunications) et *Commission de transport de la communauté urbaine de Québec c Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 RCS 838, 74 DLR (4th) 23 (en matière de services de transport touristique).

[979] Rappelons que la Cour d'appel du Québec a toutefois déjà établi que ce n'est pas parce qu'un organe de régulation comme le CRTC conclut que des frais sont justes et raisonnables que de tels frais ne pourraient pas être considérés comme « abusifs » au sens du droit provincial. Voir *supra* note 973.

intention de ce dernier de priver le consommateur de protection. Ensuite, même en présence de mesures fédérales, la Cour a indiqué que le droit provincial pouvait s'appliquer pourvu qu'il n'y ait pas d'incompatibilité avec celles-ci. Dès lors, le seul fait que des mesures provinciales « dédoublent » des règles fédérales ne suffit pas à les rendre inopérantes.

De plus, la Cour suprême et les tribunaux provinciaux ont refusé de conclure qu'il peut y avoir une intention fédérale « implicite » d'occuper le champ. Ainsi, l'existence de règles fédérales encadrant le rapport entre l'entreprise fédérale et ses clients ne permet pas à elle seule de conclure à une intention du Parlement d'écarter le droit provincial. Plus encore, dans l'arrêt *Marcotte*, la Cour a indiqué que même lorsque le législateur fédéral manifeste son intention de créer des normes « exhaustives » dans un domaine qui relève de sa responsabilité, cela ne suffit pas à écarter les règles provinciales d'application générale visant à protéger le consommateur.

Bref, il appert des quatre décisions de la Cour suprême que nous avons étudiées que le seuil pour faire déclarer invalides, inapplicables ou inopérantes des lois provinciales visant la protection des intérêts économiques du consommateur est particulièrement élevé. D'ailleurs, il n'a été franchi dans aucun de ces arrêts. En ce sens, la Cour suprême s'est inscrite dans une approche moderne du fédéralisme afin de préserver la constitutionnalité de différentes mesures provinciales contestées. Les tribunaux provinciaux ont pour la majorité suivi cette tendance, bien que la Cour d'appel du Québec dans *ACTSF* fasse figure d'exception. Cela dit, cette décision se distingue de toutes les autres que nous avons vues dans la mesure où il s'agit de la seule dans laquelle les juges concluent que l'objectif et les effets des mesures provinciales en cause n'étaient pas de protéger le consommateur. Dans ce contexte, cet arrêt ne vient pas limiter la capacité des provinces d'adopter des mesures en vue de renforcer la protection des intérêts économiques des consommateurs, pourvu que ce soit là le véritable objectif qu'elles poursuivent.

Notons enfin que même si la tendance observée favorise l'application des règles provinciales à des entreprises fédérales, cela ne veut pas dire pour autant que les provinces voudront réglementer le rapport entre ces entreprises et leurs clients. En effet, ce n'est pas parce qu'elles ont la *capacité* de le faire au plan constitutionnel qu'elles auront nécessairement la *volonté* d'intervenir au plan politique. À titre d'exemple, en matière de

télécommunications, la majorité des provinces qui avaient adopté des mesures protégeant le consommateur dans le cadre de contrats de téléphonie sans fil ont abrogé ces dernières à la suite de l'adoption du *Code sur les services sans fil* par le CRTC en 2013[980].

En ce sens, l'intervention accrue du législateur fédéral pour protéger les intérêts économiques du consommateur en matière de services de télécommunications a entraîné un recul de la législation provinciale dans ce domaine. Parmi les raisons invoquées par les provinces pour justifier l'abrogation de ces mesures figure le fait que la réglementation fédérale est plus « avantageuse » pour le consommateur, qu'il serait plus simple pour ce dernier de se tourner vers le CRTC, mais aussi qu'il en serait moins coûteux pour les fournisseurs de services sans fil[981]. Or, plutôt que d'amender leur loi respective pour offrir un niveau de protection similaire au consommateur, les provinces ont préféré laisser au législateur fédéral le rôle de protéger ce dernier dans ses rapports avec les entreprises de télécommunications. La centralisation du pouvoir entre les mains des autorités fédérales ne découle donc pas ici d'une approche interprétative des tribunaux limitant la portée des lois provinciales, mais plutôt d'un refus d'exercer leur pouvoir de légiférer dans ce domaine par certaines provinces.

Si, en apparence, les exigences du droit provincial et du droit fédéral peuvent en effet parfois sembler redondantes, nous verrons dans la prochaine section que le consommateur demeure avantagé par cette double protection dans la mesure où les réparations et sanctions provinciales peuvent venir compléter — et même bonifier — le droit fédéral existant.

2.3. Une vaste gamme de recours et de sanctions provinciales complétant le droit fédéral

La législation provinciale peut prévoir différents types de recours et sanctions lorsqu'un commerçant agit en violation de mesures visant la protection des consommateurs. Ce commerçant peut s'exposer à la fois à des recours et sanctions de nature civile, dont peuvent

[980] Voir *supra* note 794. Il s'agit du Manitoba, de l'Ontario et de la Nouvelle-Écosse. Le Québec et Terre-Neuve-et-Labrador n'ont pour leur part pas (encore) suivi cette voie.

[981] Ontario, Assemblée législative, « Loi de 2019 visant à rétablir la compétitivité de l'Ontario », 42-1, vol 66 (19 février 2019) à la p 1630 (Michael Parsa); Nouvelle-Écosse, Assemblée législative, « Bill No. 52 - Consumer Protection Act and Safer Communities and Neighbourhoods Act », 62-2 (24 octobre 2014) à la p 1493 (Mark Furey); Manitoba, Assemblée legislative, The Standing Committee on Social and Economic Development, « Bill 30–The Consumer Protection Amendment Act », 42-3 (20 avril 2021) à la p 445 (Scott Fielding).

bénéficier directement les consommateurs, et à des sanctions de nature administrative, pénale ou criminelle imposées par l'État[982].

Le pouvoir des provinces de légiférer à ce sujet prend appui sur différentes compétences provinciales exclusives et a été reconnu à travers certaines des décisions dont nous avons discuté précédemment. Après avoir fait état des différents recours et sanctions prévus par le droit provincial et des compétences sur lesquelles ils s'appuient [2.3.1.], nous traiterons de l'applicabilité de ces derniers aux activités des entreprises fédérales [2.3.2.]. Nous terminerons en abordant l'interaction entre les recours et sanctions découlant du droit provincial et fédéral [2.3.3.]. Nous verrons que les provinces peuvent choisir parmi une vaste gamme de recours et de sanctions pour mettre en œuvre les mesures de protection des intérêts économiques du consommateur et que les mécanismes qu'elles adoptent à cet effet peuvent, en règle générale, s'appliquer aux entreprises fédérales ainsi que s'ajouter à ceux prévus par le droit fédéral.

2.3.1. Des recours et sanctions de nature civile, administrative et pénale

Bien que nous abordions les recours et sanctions dans une section autonome, ceux-ci sont inextricablement liés aux mesures dont nous avons discuté jusqu'à maintenant. La portée de la compétence des provinces dans ce domaine a été, d'une part, définie par la jurisprudence portant sur la validité de lois fédérales que nous avons vues dans la section précédente. Elle a été, d'autre part, précisée par plusieurs des décisions dont nous venons de traiter où la question de la constitutionnalité du recours ou de la sanction était accessoire à celle de la constitutionnalité de l'obligation ou de l'interdiction s'imposant au commerçant en vertu du droit provincial. Ces recours et sanctions peuvent être de trois différentes natures se justifiant par — à tout le moins — trois compétences provinciales distinctes.

D'abord, le consommateur peut se prévaloir de recours provinciaux de nature civile fondés sur le droit commun ou encore sur des lois d'application générale de protection du consommateur. Par le biais de ce type de recours, le consommateur pourra faire valoir ses droits directement contre le commerçant afin de réclamer un remboursement, de se libérer

[982] Pour la différence entre ces types de sanctions, voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.2.2.4. (« La mise en œuvre des droits: les recours et sanctions contre le commerçant »).

de ses obligations ou d'obtenir des dommages-intérêts compensatoires et, dans certains, punitifs[983]. Ainsi, au Québec, le consommateur peut se prévaloir des recours contractuels et extracontractuels prévus aux articles 271 et 272 de la LPC[984], ainsi que de ceux prévus notamment aux articles 1457 et 1458 du CcQ[985].

Ces recours ont généralement été jugés comme relevant de la compétence des provinces sur la propriété et les droits civils. En effet, dans les affaires *General Motors* et *Kirkbi*[986], la Cour a affirmé que la création d'un droit d'action de nature civile relevait de la compétence des provinces en vertu du paragraphe 92(13) de la LC de 1867, bien que le législateur fédéral puisse lui aussi légiférer en la matière par le biais de la doctrine des pouvoirs accessoires[987].

L'arrêt *Barfried* va également dans ce sens. Rappelons que dans cette affaire, la disposition provinciale dont la validité était contestée avait à la fois pour effet d'interdire les clauses considérées abusives et de prévoir un recours devant les tribunaux permettant de modifier un contrat contenant de telles clauses. Elle donnait ainsi à un juge le pouvoir d'ordonner la modification des modalités du contrat, notamment lorsqu'il constatait que le coût d'emprunt imposé dans un contrat de prêt était excessif. En reconnaissant la validité de la loi ontarienne sur la base du paragraphe 92(13), la Cour a par le fait même reconnu la

[983] Voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 574, nº 607.

[984] L'article 271 vise les manquements à des conditions de forme (notamment celles prévues aux articles 25 à 28 de la LPC) et permet de demander la nullité du contrat. L'article 272 vise plutôt des manquements à des conditions de fond et permet au consommateur de demander, en plus de la nullité du contrat, l'exécution de l'obligation, l'autorisation de la faire exécuter aux frais du commerçant ou du fabricant, la réduction de son obligation, la résiliation ou la résolution du contrat, ainsi que des dommages-intérêts, incluant des dommages-intérêts punitifs. Voir à ce sujet Geneviève Saumier, « Fascicule 23: Recours du consommateur et de l'État » au nº 3, dans Pierre-Claude Lafond, dir, JCQ *Droit des affaires — Droit de la consommation et de la concurrence*, à jour le 31 juillet 2019 (QL) [Saumier, « Recours du consommateur »]. Le consommateur peut également se prévaloir des recours civils prévus dans des lois régissant des secteurs spécifiques. Voir à ce sujet: *Loi sur les arrangements de services funéraires et de sépulture*, RLRQ c A-23.001, arts 55 et ss; *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, RLRQ c R-2.2, arts 49 et ss.

[985] L'article 270 prévoit que les dispositions de la LPC « s'ajoutent à toute disposition d'une autre loi qui accorde un droit ou un recours au consommateur ». Voir Saumier, « Recours du consommateur », *supra* note 984, nº 2, 11. Sur les recours civils prévus par le droit québécois, voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 574, nº 607–38.

[986] Voir *supra*, Partie I, section 1.4. (« La reconnaissance graduelle de la validité des recours fédéraux de nature civile »).

[987] Voir *General Motors*, *supra* note 107 à la p 673; *Kirkbi*, *supra* note 238 au para 20. Dans *Vapor*, la Cour reconnait également que l'action en concurrence déloyale prévue à l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce* relève de la compétence des provinces, sans identifier expressément la compétence à laquelle cette disposition se rattacherait. Voir *Vapor*, *supra* note 201 à la p 171.

capacité des provinces de créer, en vertu de la même compétence, un droit d'action de nature civile pour protéger le consommateur contre des clauses abusives. De façon plus générale, l'on peut conclure que le paragraphe 92(13) sert de fondement à la législation provinciale prévoyant les recours civils des consommateurs et les réparations que ceux-ci peuvent obtenir devant les tribunaux en cas de violation à une loi provinciale.

Les législateurs provinciaux peuvent également mettre en place des mécanismes procéduraux qui encadrent les recours prévus par des lois protégeant le consommateur par le biais du paragraphe 92(14) de la LC de 1867. Ce dernier confère aux provinces une compétence exclusive sur « [l]'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux ». C'est en vertu de cette compétence que les provinces peuvent mettre sur pied des mécanismes pour faciliter l'exercice de certains recours par les consommateurs, dont par exemple les règles relatives aux actions collectives ou encore la création d'une cour des petites créances[988]. Elles peuvent en outre prévoir des mécanismes extrajudiciaires de règlement de différends, dont l'arbitrage, la conciliation ou la médiation[989].

La mise en œuvre de lois provinciales de protection du consommateur passe non seulement par les recours de nature civile initiés par des particuliers, mais également par l'imposition de sanctions de nature administrative et pénale aux commerçants qui agissent en violation de ces lois. La mise en application des lois au niveau provincial relève soit d'un organisme de surveillance et de réglementation autonome, tel que l'Office de la protection du

[988] Voir Harold Buchwald, « Consumer Protection in the Community: The Canadian Experience – An Overview » (1977) 2:2 Can Bus LJ 182 aux pp 198–200; Saumier, « Recours du consommateur », *supra* note 984, nº 4. Au Québec, voir arts 536 et ss du CPC (division des petites créances) et arts 571 et ss du CPC (action collective).

[989] Voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 574, nº 591–605.

consommateur (« OPC ») au Québec[990] ou d'un ministère qui se voit attribuer cette responsabilité[991].

Dans les deux cas, ceux-ci peuvent imposer des sanctions administratives aux commerçants qui agissent en contravention des obligations qui leur sont imposées à l'égard du consommateur[992]. Ces sanctions peuvent comprendre la suspension ou le retrait du permis requis par certains commerçants pour exercer leurs activités[993]. Au Québec, l'OPC peut également obtenir un engagement volontaire du commerçant à respecter la loi ou son règlement qui peut être négocié avec le président de l'OPC ou encore être imposé par décret du gouvernement[994]. Le président de l'OPC peut par ailleurs s'adresser au tribunal afin qu'il rende une ordonnance exigeant du commerçant qu'il cesse, par exemple, de se livrer à une pratique interdite ou à une action sans être titulaire du permis requis[995].

[990] Voir LPC, *supra* note 563, art 292. Les ministères et organismes provinciaux chargés d'appliquer des lois d'application générale telles que la LPC peuvent également veiller à la mise en oeuvre d'autres lois provinciales protégeant le consommateur dans des secteurs plus spécifiques. Ainsi, l'OPC a la responsabilité exclusive d'appliquer la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, *supra* note 984, la *Loi sur le recouvrement de certaines créances supra* note 984 et la *Loi sur les agents de voyage*, *supra* note 951.

[991] Voir par exemple en Colombie-Britannique le Consumer Protection BC créé en vertu du *Business Practices and Consumer Protection Authority Act*, SBC 2004, c 3 et au Manitoba l'Office de protection du consommateur régi par les articles 70 et ss de la *Loi sur la protection du consommateur*, CPLM c C200. En Ontario, la mise l'application de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, LO 2002, c 30 relève plutôt du ministère des Services aux consommateurs et aux entreprises.

[992] Sur les sanctions administratives au Québec, voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 574, nº 673–76; Saumier, « Recours du consommateur et de l'État », *supra* note 268, nº 32–35.

[993] Voir par exemple LPC, *supra* note 563, arts 328–29.

[994] Voir *ibid*, arts 314, 315.1. Le non-respect d'un engagement volontaire peut entraîner un recours civil (art 272), une sanction administrative, telle que la suspension ou révocation d'un permis (art 329(e)), ou encore une sanction pénale (art 277(d)). Voir Saumier, « Recours du consommateur et de l'État », *supra* note 984, nº 34. Voir aussi au sujet de l'engagement volontaire: Guillaume Talbot-Lachance, *L'engagement volontaire en droit de la consommation québécois*, mémoire de maîtrise en droit, Université Laval, 2010; William A W Neilson, « Administrative Remedies: The Canadian Experience with Assurances of Voluntary Compliance in Provincial Trade Practices Legislation » (1981) 19:2 Osgoode Hall LJ 153. Des mécanismes d'engagement volontaire sont également prévus dans d'autres provinces: *Consumer Protection Act*, RSA 2000, c C-26.3, arts 152–55 (Alb); *Business Practices and Consumer Protection Act*, *supra* note 954, art 154 (C-B); *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, *supra* note 991 art 114 (Ont); *Consumer Protection Act*, *supra* note 779, art 17 (Sask).

[995] LPC, *supra* note 563, art 316. En vertu de l'article 317, le tribunal peut également rendre une ordonnance rectificatrice qui exige que le commerçant publie et diffuse les conclusions du jugement rendu contre lui ainsi que les corrections, les explications, les avertissements et les autres renseignements que le tribunal juge nécessaires pour rétablir la vérité concernant un bien ou un service ou une publicité faite à leur propos et ayant induit ou pu induire les consommateurs en erreur.

Ces différentes sanctions administratives relèvent, tout comme les sanctions civiles, de la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils prévue au paragraphe 92(13) de la LC de 1867. La validité de la mise en place d'un régime de permis et l'intégration à ce dernier de sanctions de nature administrative a été indirectement abordée dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*. Rappelons que dans cette affaire, la Cour avait à analyser une loi albertaine qui créait un régime de permis régissant la promotion de produits d'assurances. Ce régime incluait non seulement des exigences de formation du personnel faisant la promotion de tels produits et des interdictions relatives aux fausses déclarations, mais prévoyait également des sanctions en cas de non-respect de la loi[996]. Or la Cour a souligné que l'ensemble du *Insurance Act* de l'Alberta était *intra vires* puisqu'il relevait de la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils[997]. Ainsi, la Cour reconnaît que les provinces sont compétentes pour mettre en place un régime de permis en vue de protéger les consommateurs et pour y intégrer des sanctions de nature administrative applicables aux entreprises dont les activités requièrent l'obtention d'un tel permis.

Les commerçants qui agissent en violation des lois provinciales de protection du consommateur peuvent également se voir imposer des sanctions de nature pénale[998]. Au Québec, par exemple, un commerçant qui contrevient à la loi s'expose, en vertu de l'article 277 de la LPC, à une amende qui peut varier selon la nature de l'infraction, l'identité de la personne (physique ou morale) l'ayant commise, ou encore le fait qu'il s'agisse ou non d'une récidive[999]. Ce type de sanctions n'est pas imposé directement par l'OPC, mais plutôt par un tribunal à la suite d'une poursuite intentée par le Directeur des poursuites criminelles et pénales[1000]. Dans le cadre d'une telle poursuite, le procureur général peut par ailleurs demander une injonction interlocutoire à la Cour supérieure afin de faire cesser la commission des infractions lorsque celles-ci sont commises de façon

[996] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 10.

[997] *Ibid* au para 80.

[998] Au sujet des sanctions pénales prévues par la LPC, voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 574, nº 639–51; Saumier, « Recours du consommateur et de l'État », *supra* note 984, nº 23–30.

[999] Voir Saumier, « Recours du consommateur et de l'État », *supra* note 984, nº 23.

[1000] Voir L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 574, nº 673.

répétée par le commerçant[1001]. C'est d'ailleurs dans le contexte d'une telle demande d'injonction qu'a été rendue l'affaire *Kellogg's*[1002].

Sur le plan constitutionnel, les sanctions de nature pénale peuvent se justifier en vertu du paragraphe 92(15) de la LC de 1867 grâce auquel les provinces peuvent faire exécuter les lois relevant de leur compétence « par voie d'amende, pénalité, ou emprisonnement ». Comme nous l'avons vu, la validité des sanctions pénales prévues à la LPC a été remise en question dans l'arrêt *Irwin Toy* au motif que celles-ci relèveraient du droit criminel. Or la Cour suprême a déterminé dans cette affaire que le paragraphe 92(15) autorisait les provinces à prévoir des sanctions d'une telle nature pour mettre en application des lois relevant de leur compétence[1003].

En somme, par le truchement des paragraphes 92(13), (14) et (15) de la LC de 1867, les provinces sont compétentes pour mettre sur pied des recours de nature civile permettant au consommateur d'obtenir une réparation auprès du commerçant et des mécanismes procéduraux facilitant la revendication de leurs droits, ainsi que pour imposer au commerçant des sanctions de nature administrative et pénale en cas de non-respect de la loi. Ces recours et sanctions s'appliquent à l'ensemble des commerçants exerçants leurs activités à l'intérieur d'une province, ce qui inclut *a priori* les entreprises fédérales.

[1001] LPC, *supra* note 563, art 290.

[1002] *Kellogg's*, *supra* note 671. L'injonction était demandée sur la base de l'ancien article 116 de la LPC de 1971, dorénavant l'article 290 de la LPC.

[1003] *Irwin Toy*, *supra* note 681 aux pp 964–65. En 1980, la Cour d'appel du Québec avait déjà déterminé, dans l'arrêt *Greenspoon*, *supra* note 653, que l'article 110 de la LPC de 1971, qui permettait d'imposer des sanctions pénales à un commerçant (notamment en cas de violation aux obligations de divulgation prévues à l'article 21), était valide dans la mesure où il relevait de la compétence des provinces prévues au paragraphe 92(15) de la LC de 1867. Quelques années plus tard, la Cour des sessions de la paix du Québec (dont les fonctions sont maintenant exercées par la Cour du Québec) a également conclu que les sanctions pénales applicables aux commerçants qui commettaient certaines pratiques interdites par la LPC en matière de représentations fausses ou trompeuses relevaient de la compétence des provinces en vertu du paragraphe 92(15). Voir *Valois c Factorerie de tapis Ltée/Factory Carpet Ltd*, [1986] RJQ 683, JE 86-288 (CSPQ). La Cour supérieure du Québec est arrivée à la même conclusion plus récemment dans l'affaire *Quality Plus Tickets inc c Québec (Procureur général)*, 2013 QCCS 3780 où des revendeurs de billets de spectacle cherchaient à faire déclarer *ultra vires* le nouvel article 236.1 de la LPC qui venait limiter la vente de billets de spectacles à un prix supérieur au prix original. Comme dans l'affaire *Valois*, la Cour supérieure a conclu que ce n'est pas parce que la LPC prohibe un comportement et assujettit cette prohibition à une sanction pénale qu'elle relève de la compétence fédérale en matière criminelle (aux para 35–39).

2.3.2. L'applicabilité des recours et sanctions de source provinciale aux entreprises fédérales

Pourtant souvent passé sous silence, l'un des aspects importants des affaires *Banque canadienne de l'Ouest* et *Marcotte* est la reconnaissance de l'applicabilité non seulement des obligations substantielles de lois provinciales visant à protéger le consommateur, mais également des recours et sanctions possibles en cas de violation de ces obligations.

En effet, au stade de la détermination de l'existence d'une entrave aux activités des entreprises fédérales dans le cadre de l'application de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, la Cour aurait pu traiter différemment les effets de l'obligation (ou de l'interdiction) prévue par le droit provincial et ceux des conséquences de la violation de celle-ci. Par exemple, bien qu'une obligation de divulgation d'information puisse ne pas entraîner de contraintes importantes pour le commerçant, les sanctions possibles en cas de violation de cette obligation peuvent, quant à elles, avoir des conséquences graves pour l'exploitation de son entreprise. C'est le cas notamment si la sanction est la révocation du permis nécessaire pour que ce commerçant puisse exercer ses activités. Or la Cour suprême a refusé de dissocier les conséquences de l'obligation imposée au commerçant de celles de la violation de cette dernière.

D'abord, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, la majorité de la Cour souligne que les entreprises assujetties à des lois provinciales qui leur sont applicables ne peuvent échapper, par le biais de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, aux conséquences du non-respect de celles-ci. En effet, dans cette affaire, les banques insistaient sur l'obligation que leur imposait la loi albertaine d'obtenir un permis afin de pouvoir faire la promotion d'assurance auprès de leurs clients. Or la Cour précise que « si […] la promotion d'assurance n'est pas vitale ou essentielle à l'activité bancaire, rien ne justifie que les banques soient protégées contre les conséquences du non-respect de l'*Insurance Act* provinciale »[1004]. Elle ajoute que si une banque contrevient aux obligations de la loi albertaine, notamment en faisant de fausses déclarations sur le montant des primes d'assurance ou en se livrant à des pratiques commerciales déloyales, « rien ne saurait justifier qu'elle échappe à la discipline réglementaire à laquelle tous les autres promoteurs

[1004] *Banque canadienne de l'Ouest*, *supra* note 269 au para 88.

d'assurance de la province sont assujettis »[1005]. Ce faisant, la Cour considère que, dans la mesure où les obligations substantielles de lois provinciales protégeant le consommateur ne sont pas elles-mêmes inapplicables, les conséquences de leur non-respect doivent connaitre le même sort. Cette conclusion semble s'appliquer nonobstant la gravité de ces conséquences pour le commerçant. Ainsi, par exemple, les sanctions de nature administrative que peut imposer l'OPC, dont le retrait ou la suspension d'un permis, seraient en principe applicables aux entreprises fédérales, dans la mesure où les obligations que doivent respecter ces entreprises pour obtenir et conserver leur permis sont elles-mêmes applicables[1006].

Une conclusion semblable découle de l'arrêt *Marcotte*. Dans cette affaire, rappelons que les banques soulevaient l'inapplicabilité de l'article 272 de la LPC qui permettait en l'espèce aux consommateurs d'obtenir le remboursement des frais imposés par les banques en contravention de l'article 12 de cette même loi, de même que des dommages-intérêts punitifs. Or, selon la Cour, « ni l'une ni l'autre des dispositions n'entrave la compétence fédérale »[1007]. L'applicabilité du recours prévu à l'article 272 semble pour la Cour découler logiquement de l'applicabilité de l'obligation dont le non-respect justifie un tel recours. Elle précise ainsi qu'« [e]xiger des banques qu'elles informent les consommateurs du cadre qui régit leurs rapports, *faute de quoi elles feront l'objet de recours prévus à la loi*, ne limite en rien leur capacité de définir les modalités de ces rapports, ni ne restreint par ailleurs leurs activités »[1008]. Elle conclura dès lors que tant l'article 12 que l'article 272 sont applicables aux institutions bancaires.

À notre sens, ce raisonnement doit s'appliquer dans le cadre d'un recours qui serait intenté sur la base d'une *autre* disposition de la LPC que l'article 12. En effet, l'article 272 ouvre

[1005] *Ibid*.

[1006] Les tribunaux québécois auront d'ailleurs à se pencher sur cette question dans l'affaire *Vidéotron & Cogeco c Bell*. Dans cette affaire, qui est toujours devant la Cour supérieure du Québec, Bell a déposé un avis constitutionnel soutenant notamment que les dispositions de la LPC imposant une obligation d'obtenir un permis pour faire de la vente itinérante lui sont inapplicables. Elle demande que les articles 55 à 65 et 321a) de la LPC soient déclarés inapplicables (et inopérants) et ajoute qu'une telle déclaration rendrait sans effet les articles 322 al 1, 323, 324 à 327, 328 à 338 de la LPC, qui prévoient entre autres les sanctions administratives applicables aux commerçants qui doivent posséder un permis pour exercer leurs activités. Voir *Vidéotron ltée c Bell Canada* (nº 500-17-104897-189) et *Cogeco Connexion inc c Bell Canada* (nº 500-17-106169-199).

[1007] *Marcotte*, *supra* note 350 au para 66.

[1008] *Ibid* (notre emphase).

la voie à des recours fondés sur un manquement à plusieurs autres obligations de la LPC et de son Règlement d'application[1009]. Il en va de même de l'article 271 qui vise les manquements à des conditions de forme et permet au consommateur de demander la nullité de son contrat[1010]. Or, selon nous, on peut déduire du raisonnement de la Cour que l'applicabilité des recours prévus dans la LPC, tels que ceux des articles 271 et 272, ou encore ceux prévus dans d'autres lois provinciales équivalentes, dépend de celle des obligations dont le non-respect donne ouverture à ces recours.

Bref, à la lumière des enseignements de la Cour dans *Banque canadienne de l'Ouest* et *Marcotte*, nous pouvons conclure que les dispositions d'une loi provinciale qui permettent aux consommateurs de se prévaloir d'un recours contre un commerçant qui agit en violation de la loi ou qui permettent de sanctionner une telle violation sont *a priori* applicables aux entreprises fédérales. L'applicabilité de ces dispositions est alors conditionnelle à l'applicabilité des obligations substantielles qui font l'objet d'un tel recours ou d'une telle sanction.

Dès lors, si un tribunal conclut que ces obligations sont inapplicables à des entreprises fédérales, cela rendrait du même coup sans effet les dispositions qui permettraient d'entreprendre un recours ou d'imposer des sanctions en cas de violation de celles-ci. Cela implique par conséquent que lorsqu'un tribunal conclut qu'une disposition visant à protéger le consommateur est inapplicable à une entreprise fédérale, ce dernier doit se tourner vers le droit fédéral et est privé des avantages que lui offre le droit provincial. Il en va de même d'ailleurs si les obligations qui découlent du droit provincial sont déclarées inopérantes.

Pour illustrer ces conséquences, prenons à titre d'exemple le cas fictif où une disposition de la LPC serait déclarée inapplicable à une entreprise de télécommunications. D'abord, l'OPC et, par le fait même, le DPCP ne seraient plus compétents pour s'assurer du respect des exigences prévues par cette disposition. Dès lors, aucune sanction de nature

[1009] L'article 272 prévoit que le consommateur peut entreprendre un recours si « le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi, un règlement ou un engagement volontaire souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application a été étendue par un décret pris en vertu de l'article 315.1, le consommateur ».

[1010] Voir *supra* note 984.

administrative ou pénale ne pourrait être imposée à l'entreprise qui contrevient aux obligations ou interdictions prévues par cette dernière. Seuls le CRTC et la CPRST deviendraient en mesure de s'assurer de la mise en œuvre de règles équivalentes au plan fédéral — dans la mesure évidemment où elles existent.

De plus, les consommateurs ne pourraient plus entreprendre un recours civil devant la Cour du Québec ou la Cour supérieure, seuls ou par le biais d'une action collective, contre une entreprise de télécommunications qui ne respecterait pas la disposition déclarée inapplicable. Ils devraient dès lors se tourner vers la CPRST, devant laquelle ils peuvent demander un dédommagement financier allant jusqu'à 5000 $, mais ne peuvent réclamer de dommages-intérêts punitifs, comme ils pourraient le faire dans un recours judiciaire fondé sur la LPC[1011]. Certes, en théorie, un consommateur pourrait rejeter la décision de la CPRST (qui ne lie que le fournisseur) et intenter une action civile fondée sur un manquement à la réglementation fédérale[1012]. Toutefois, en pratique, comme nous l'avons vu, ces recours sont rares et n'ont eu que très peu de succès[1013].

En somme, les conséquences d'une déclaration d'inapplicabilité de mesures provinciales protégeant le consommateur dans ses rapports avec des entreprises fédérales auront des répercussions importantes sur la capacité des provinces de sanctionner la conduite de ces entreprises et sur celle des consommateurs de revendiquer leurs droits. Cela dit, pour l'instant, ces conséquences restent hypothétiques dans la mesure où, comme nous l'avons constaté, les tribunaux ont refusé de déclarer inapplicables des dispositions provinciales visant la protection des consommateurs. Ce faisant, les recours provinciaux continuent de s'appliquer en parallèle des recours qui peuvent être entrepris en vertu du droit fédéral.

[1011] *Code de procédure* de la CPRST, *supra* note 297, arts 14.1(c) et 14.2(b). L'article 272 de la LPC *in fine* permet quant à lui au consommateur de demander des dommages-intérêts compensatoires et punitifs lorsqu'un commerçant manque aux obligations prévues par la loi.

[1012] Voir *supra* notes 303 et 304 et texte correspondant.

[1013] Voir *supra* note 307 et texte correspondant. Rappelons que le paragraphe 72(1) de la *Loi sur les télécommunications*, *supra* note 280, permet de demander des dommages en cas de manquement à une obligation prévue par la Loi ou ses règlements et donc, *a priori*, permettrait à un consommateur de se tourner, par exemple, vers la Cour du Québec, division des petites créances, pour obtenir des dommages en cas de violation à l'une des exigences du *Code des services sans fil*. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, aucune des décisions que nous avons consultées n'a été rendue en faveur d'un consommateur sur la base du paragraphe 72(1). Bien que l'hypothèse d'un recours fondé sur le droit commun provincial puisse être aussi envisagée, là aussi nous n'avons répertorié aucune décision où un consommateur a eu gain de cause sur la base d'un tel recours. Voir notamment à ce sujet la décision *Telus CS (Part 2)*, *supra* note 306.

2.3.3. Le dédoublement entre les recours provinciaux et fédéraux: un plus grand choix pour le consommateur

Nous avons vu que le Parlement s'était vu reconnaître le pouvoir d'intégrer dans une loi fédérale un droit d'action de nature civile permettant à un particulier d'entreprendre un recours contre un commerçant en cas de violation aux obligations prévues par cette loi[1014]. En effet, dans les affaires *General Motors* et *Kirkbi*, la Cour a reconnu la validité des droits d'action de nature civile prévus aux articles 31.1 de la *Loi sur la concurrence* et à l'alinéa 7(b) de la *Loi sur les marques de commerce*. Nous avons également discuté du droit d'action permettant à un particulier de réclamer des dommages-intérêts en cas de contravention à la *Loi sur les télécommunications* ou à tout règlement ou ordonnance du CRTC, bien que la validité d'un tel droit n'ait quant à elle pas été remise en question devant les tribunaux.

Dans la mesure où les recours de nature civile relèvent en principe de la compétence des provinces, l'intégration de ce type de recours dans la législation fédérale est susceptible de créer certains dédoublements avec le droit provincial. Dans un tel contexte, le consommateur peut se prévaloir des recours offerts par les deux ordres de gouvernement. En effet, la Cour suprême a déjà reconnu, dans l'affaire *Multiple Access*[1015], que l'existence d'un recours fédéral similaire à un recours provincial ne rendait pas ce dernier inopérant.

Cette affaire, rendue en 1982, portait sur la validité et l'opérabilité des articles 114 et 115 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario[1016]. Ces dispositions permettaient aux actionnaires d'une société d'entreprendre un recours semblable à celui prévu aux articles 100.4 et 100.5 de la *Loi sur les corporations canadiennes*[1017], soit un recours en cas d'utilisation de renseignements confidentiels par les dirigeants de la société dans le cadre d'opérations relatives à des valeurs mobilières.

Reconnaissant que les mesures en cause avaient un double aspect, la majorité de la Cour, dont les motifs sont rédigés par le juge Dickson, confirme d'abord que les dispositions de

[1014] Voir *supra*, Partie II, section 1.4. (« La reconnaissance graduelle de la validité des recours fédéraux de nature civile »).
[1015] *Multiple Access*, *supra* note 473.
[1016] *The Securities Act*, RSO 1970, c 426.
[1017] *Loi sur les corporations canadiennes*, *supra* note 559.

la loi ontarienne sont valides dans la mesure où elles relèvent du pouvoir des provinces de « réglementer le commerce des actions des compagnies » en vertu de leur compétence en matière de propriété et de droits civils[1018]. La Cour affirme par la suite que la simple répétition entre le droit provincial et le droit fédéral ne constitue pas un « conflit » au sens de la doctrine de la prépondérance fédérale[1019]. Selon le juge Dickson, « [l]e fait qu'un demandeur peut avoir un choix de recours ne signifie pas que les dispositions des deux paliers de gouvernement ne peuvent "coexister" et s'appliquer concurremment »[1020]. Il est d'avis que la loi provinciale ne devient pas inopérante en vertu de la doctrine de la prépondérance fédérale du seul fait « qu'une personne est assujettie à une interdiction et à une peine en vertu des deux lois en même temps »[1021]. Puisqu'ici les deux recours sont presque identiques, il ne peut y avoir de conflit[1022]. Reprenant l'expression de Lederman, le juge Dickson ajoute que la répétition, comme celle qui s'observe en l'espèce, entre le recours provincial et son équivalent fédéral, est le « summum de l'harmonie »[1023]. Cette répétition ne suffit donc pas à rendre le droit provincial inopérant[1024].

Il s'ensuit que même si la Cour a reconnu la validité de droits d'action de nature civile intégrés à des lois fédérales, cela n'écarte pas la possibilité que puisse subsister un droit d'action équivalent en vertu du droit provincial. Le consommateur peut dès lors se prévaloir des deux recours.

C'est d'ailleurs ce qui se produira dans l'arrêt *Rocois*[1025]. Rappelons que dans cette affaire, la Cour conclut que les actions prévues à l'article 31.1 de la *Loi sur les coalitions 1970* (devenu l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*) et à l'article 1053 du CcBC (devenu 1457 du CcQ) sont suffisamment similaires pour entraîner une litispendance si elles sont soulevées dans des actions parallèles. Cela dit, la Cour n'exclut pas la possibilité de soulever ces deux droits d'action dans le cadre d'un même recours. La seule limite qu'elle

[1018] *Multiple Access*, *supra* note 473 à la p 183.
[1019] *Ibid* à la p 190
[1020] *Ibid* à la p 189.
[1021] *Ibid* à la p 170.
[1022] *Ibid* à la p 175.
[1023] *Ibid* à la p 190.
[1024] *Ibid*.
[1025] Voir *Rocois #2*, *supra* note 429.

établit est que pour se prévaloir de ces deux droits d'action, le demandeur doit se tourner vers une cour supérieure provinciale puisque la Cour fédérale ne sera pas compétente pour statuer sur un recours en responsabilité extracontractuelle[1026].

Notons que la *Loi sur la concurrence* prévoit d'ailleurs que les parties VI et VII. 1 « n'ont pas pour effet de priver une personne d'un droit d'action au civil »[1027]. À ce sujet, les auteurs Gaudreault-DesBiens et Leclair soulignent que, par cette mention, « le Parlement central paraît reconnaître explicitement la pluralité des normes applicables en matière de concurrence »[1028].

Ce faisant, un consommateur québécois peut faire reposer son recours à la fois sur l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* et sur l'article 1457 du CcQ[1029], chacun comportant des avantages. En effet, l'article 36 peut s'avérer plus avantageux puisqu'il facilite dans certains cas la preuve du demandeur[1030]. À l'inverse, le consommateur peut bénéficier du délai de prescription triennal du CcQ[1031] plutôt que de celui de deux ans prévus dans la *Loi sur la concurrence*[1032]. Le recours au droit provincial offre par ailleurs une plus vaste gamme de remèdes au consommateur dans la mesure où l'article 36 ne permet que de

[1026] Voir *Rocois #1*, *supra* note 428 à la p 701. Voir aussi *supra* note 505.

[1027] Voir *Loi sur la concurrence*, *supra* note 1, arts 62, 74.8. Voir aussi *supra* note 510.

[1028] Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 35 à la p 51.

[1029] Voir à titre d'exemple l'affaire *Infineon*, *supra* note 516, dans laquelle des consommateurs ont entrepris une action collective à la fois en vertu de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* et de l'article 1457 du CcQ. La possibilité d'invoquer ces deux droits d'action du point de vue constitutionnelle n'évacue évidemment pas les autres enjeux relatifs au bien-fondé de ces recours, notamment en matière de responsabilité extracontractuelle. Ainsi, par exemple, en droit québécois, une violation d'une obligation prévue par la loi, incluant une loi fédérale comme la *Loi sur la concurrence*, ne constitue pas en soi une faute civile au sens de l'article 1457 du CcQ. D'une façon semblable, en *common law*, la Cour suprême a refusé de reconnaitre l'existence d'un « délit civil spécial de violation d'une obligation légale » (« *tort of statutory breach* ») et a conclu qu'un recours en responsabilité civile entrepris à la suite d'une violation d'une loi fédérale doit suivre les principes d'une action en négligence. Voir à ce sujet: *Ciment du Saint-Laurent inc c Barrette*, 2008 CSC 64 au para 34; *La Reine c Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 RCS 205 à la p 227, 143 DLR (3d) 9 [*Saksatchewan Wheat Pool*]. Pour un exemple des difficultés soulevées par une action fondée à la fois sur la *common law* et l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*, voir *Wakelam*, *supra* note 969 aux para 44–66; *Watson*, *supra* note 123 aux para 33–62.

[1030] Le paragraphe 36(2) prévoit que les procès-verbaux des procédures où une personne a été déclarée coupable de certaines infractions à la *Loi sur la concurrence* constituent la preuve (réfutable) que la personne a eu un comportement sanctionnable dans le cadre d'une action civile entreprise en vertu du paragraphe 36(1). En outre, il précise que toute preuve fournie dans ces procédures pénales quant à l'effet de ce comportement sur la personne qui intente l'action constitue une preuve de cet effet dans le cadre des procédures civiles. Voir à ce sujet Lehaire, « L'action en concurrence déloyale », *supra* note 434 à la p 520.

[1031] CcQ, art 2925.

[1032] *Loi sur la concurrence*, *supra* note 1, art 36(4).

réclamer la réparation du préjudice subi et non, par exemple, de demander des conclusions de nature injonctive[1033]. En ce sens, puisque le droit d'action de nature civile prévue dans la *Loi sur la concurrence* ne prive pas les consommateurs de leur droit d'intenter une action fondée sur le droit provincial, ces derniers peuvent profiter des avantages que leur procure chacun des régimes[1034].

Ce dédoublement des recours provinciaux et fédéraux ne s'observe pas uniquement dans le cadre de l'application de la *Loi sur la concurrence*. L'affaire *Kirbi* en est un exemple. En effet, rappelons que le recours entrepris dans cet arrêt était fondé, d'une part, sur les articles 7(b) et 53.2 de la *Loi sur les marques de commerce* et, d'autre part, sur la doctrine de *common law* de commercialisation trompeuse[1035]. Bien qu'elle rejette l'affaire sur le fond, la Cour ne s'oppose pas à ce que les deux recours puissent être entrepris dans le cadre d'une même action.

Enfin, la décision *Nelson*, que nous avons vue dans la section précédente[1036], démontre également que le recours de nature civile prévue par la *Loi sur les télécommunications* n'exclut pas la possibilité pour un consommateur d'entreprendre une action fondée à la fois sur cette loi et sur le droit provincial. En effet, dans cette affaire, l'action collective que la demanderesse cherchait à faire certifier reposait, d'une part, sur le paragraphe 72(1) de la *Loi sur les télécommunications* et une violation du *Code des services sans fil* du CRTC et, d'autre part, sur les articles 16 et 17 du *Code ontarien sur les services sans fil*. Dans un jugement confirmé par la Cour d'appel[1037], la Cour supérieure de l'Ontario a autorisé la certification de l'action collective sur la base des dispositions de la loi ontarienne, jugeant

[1033] Voir à ce sujet *Fédération des chambres immobilières du Québec c DuProprio inc*, 2016 QCCS 1633 aux para 77–81 (demande de permission d'en appeler rejetée dans 2016 QCCA 1880). Voir aussi Lehaire, « L'action en concurrence déloyale », *supra* note 434 à la p 512.

[1034] Pour illustrer les avantages d'entreprendre simultanément les deux recours, voir notamment l'affaire *Meubles Léon ltée c Option consommateurs*, 2020 QCCA 44 au para 132, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 39132 (22 octobre 2020), où la Cour d'appel discute de la possibilité d'obtenir le paiement des honoraires extrajudiciaires en vertu de la *Loi sur la concurrence*, alors que ces honoraires ne peuvent être réclamés dans le cadre d'un recours provincial en responsabilité extracontractuelle.

[1035] Voir *Kirkbi*, *supra* note 238 au para 7.

[1036] Voir *supra*, Partie II, section 2.2.1.2.1. (« *Nelson*: la constitutionnalité du Code ontarien sur les services sans fil

[1037] *Nelson*, *supra* note 306.

que celles-ci étaient valides, applicables et opérantes en l'espèce[1038]. Bien qu'elle conclue que le recours fondé sur le paragraphe 72(1) et sur le *Code des services sans fil* du CRTC est voué à l'échec[1039], la Cour supérieure accepte néanmoins que l'action de la demanderesse puisse reposer sur les dispositions équivalentes du Code ontarien.

Bref, les recours civils qu'offre le droit fédéral au consommateur s'ajoutent aux recours équivalents disponibles en vertu du droit provincial, et vice versa. Cela ne signifie pas que le consommateur pourra obtenir une double indemnisation. À cet égard, dans l'arrêt *Multiple Access*, le juge Dickson précise que, bien que deux recours puissent exister, une cour ne permettra pas au demandeur d'obtenir un double recouvrement s'il cherche à se faire indemniser à la fois sur la base du droit fédéral et du droit provincial[1040]. Ainsi, en invoquant les deux droits d'action, le consommateur peut demander des réparations complémentaires — par exemple des dommages-intérêts compensatoires en vertu du droit fédéral et une injonction en vertu du droit provincial — mais ne pourra pas exiger d'être indemnisé sur la base des deux régimes.

Qu'en est-il maintenant quand le droit provincial offre à un consommateur un recours ou un remède inexistant en vertu du droit fédéral ? C'est l'une des questions abordées dans l'arrêt *Marcotte*. Rappelons que dans cette affaire, les banques soulevaient notamment l'inopérabilité des articles 12 et 272 de la LPC au motif que ceux-ci entravaient la réalisation des objectifs poursuivis par la *Loi sur les banques*[1041]. Un de ces objectifs, selon les banques, était « d'éviter l'annulation du contrat bancaire même si une banque

---

[1038] Voir *Nelson CS (Part 1)*, *supra* note 801 et *Nelson v Telus Communications Inc (Part 3)*, 2021 ONSC 24.

[1039] *Nelson CS (Part 2)*, *supra* note 306. La Cour supérieure conclut par ailleurs que même si un recours avait pu être intenté en vertu du paragraphe 72(1), elle aurait refusé d'exercer sa compétence au motif que l'application du *Code des services sans fil* relève de la compétence exclusive du CRTC (aux para 52–60). Sur les enjeux relatifs à la compétence inhérente des cours supérieures et la compétence exclusive du CRTC, voir notamment *Aka-Trudel*, *supra* note 973 aux para 11–32; *Télévision communautaire et indépendante de Montréal (TVCI-MTL) c Vidéotron*, 2018 QCCA 527 aux para 19–25, autorisation de pourvoi à la CSC rejetée, 38142 (21 février 2019); *Shaw Cablesystems (SMB) Ltd et al v MTS Communications Inc et al*, 2006 MBCA 29 aux para 48–65; *MTS Allstream Inc v Telus Communication Co*, 2009 ABCA 372 aux para 16–31.

[1040] Voir *Multiple Access*, *supra* note 473 à la p 191. Voir aussi Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 35 à la p 52.

[1041] Pour rappel, l'article 272 permettait aux consommateurs d'obtenir le remboursement des frais imposés par les banques en contravention de l'article 12.

contrevient à l'obligation de mentionner les frais »[1042]. Cette prétention s'appuyait sur le fait que la *Loi sur les banques* prévoyait uniquement des sanctions pénales en cas de manquement aux obligations de communication imposées par celle-ci. En outre, les articles 16 et 988 de la *Loi sur les banques* précisaient que le contrat conclu en contravention d'une disposition de cette loi n'était pas nul pour autant[1043]. Dans ce contexte, les banques soutenaient que l'intention fédérale était de « protéger les contrats bancaires » et « d'imposer des sanctions de nature pénale *plutôt* que civile aux banques qui contreviennent à leurs obligations de communication »[1044]. Or rappelons que la Cour rejette cet argument.

D'une part, elle met de côté les prétentions des banques fondées sur les articles 16 et 988 dans la mesure où, en l'espèce, les demandeurs ne réclamaient pas la nullité du contrat, mais demandaient plutôt le remboursement des frais de conversion et des dommages-intérêts punitifs. La Cour prend néanmoins soin de souligner en *obiter* que « [d]ans d'autres cas, la doctrine de la prépondérance fédérale pourrait en fait rendre l'art. 272 inopérant dans la mesure où il permet d'annuler un contrat à la suite d'une contravention à une disposition de la L.p.c. qui est semblable à une disposition de la *Loi sur les banques* »[1045].

D'autre part, la Cour écarte l'argument plus général des banques selon lequel les provinces ne pourraient « ajouter aux sanctions fédérales »[1046]. La Cour précise que « [d]e nombreuses lois provinciales prévoient différentes causes d'action susceptibles d'être opposées aux banques » et que « ce n'est pas parce que la *Loi sur les banques* est muette sur ce point que les recours civils sont incompatibles avec elle »[1047]. Puisqu'en l'espèce les demandeurs ne cherchaient pas à faire annuler leur contrat, la Cour conclut qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre les articles 16 et 988 de la *Loi sur les banques* et les articles 12 et 272 de la LPC, et que ces derniers n'entravent pas la réalisation d'un objectif fédéral[1048].

[1042] Voir *Marcotte*, *supra* note 350 au para 73.
[1043] Voir *supra* note 942.
[1044] *Marcotte*, *supra* note 350 au para 82.
[1045] *Ibid* au para 83.
[1046] *Ibid* au para 84.
[1047] *Ibid*.
[1048] *Ibid*.

On peut à tout le moins tirer deux conclusions de ces motifs concernant l'interaction entre les recours fédéraux et provinciaux. Premièrement, de façon générale, les provinces peuvent prévoir des recours et sanctions qui complètent et s'ajoutent au droit fédéral. Autrement dit, le fait que le Parlement n'ait prévu que des sanctions de nature pénale en cas de contravention à la loi n'empêche pas les provinces de permettre, en outre, un recours de nature civile pour une contravention à des obligations équivalentes en vertu du droit provincial[1049]. Par conséquent, les provinces peuvent venir combler les lacunes du droit fédéral et offrir une plus vaste gamme de réparation aux consommateurs.

Deuxièmement, malgré ce principe général, il faut conclure de l'arrêt *Marcotte* qu'un recours provincial pourrait néanmoins être déclaré inopérant s'il est incompatible avec le droit fédéral. La Cour admet en effet que certains des remèdes de l'article 272 de la LPC, dont l'annulation du contrat, ne peuvent pas être recherchés par les consommateurs lorsque le Parlement exclut expressément la possibilité de demander des remèdes semblables. Autrement dit, la Cour accepte que le législateur fédéral puisse écarter certains remèdes de nature civile dans une loi encadrant les activités d'une entreprise fédérale comme les banques. Elle le fait sans même se questionner sur le caractère *intra vires* de telles mesures fédérales portant sur des recours qui relèvent en principe de la compétence exclusive des provinces. Ce faisant, la Cour semble admettre que le législateur fédéral puisse exclure une réparation de nature civile, de façon à rendre inopérant le droit provincial permettant au consommateur d'exiger une telle réparation[1050].

En somme, les recours civils dont le consommateur dispose en vertu du droit provincial demeurent opérants, que le législateur fédéral prévoie ou non un recours équivalent. Le

[1049] Ce raisonnement est compatible avec les propos de la Cour dans *Saksatchewan Wheat Pool*, *supra* note 1029, où celle-ci a conclu qu'il était possible d'intenter un recours en responsabilité en cas de manquement à une loi fédérale, même si cette dernière ne prévoit pas de recours de nature civile. Notons toutefois que, dans cette affaire, la Cour ne reconnait pas l'existence d'un délit pour violation d'une obligation légale, mais précise que la « preuve de la violation d'une loi, qui cause un préjudice, peut être une preuve de négligence » (à la p 227).

[1050] Bien que cette situation n'ait pas encore été traitée par les tribunaux, certains se questionnent sur la possibilité qu'une disposition fédérale dont la validité est préservée en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires (comme c'est le cas des recours civils intégrés dans la *Loi sur la concurrence* ou la *Loi sur les marques de commerce*) puisse rendre inopérante une disposition provinciale. En effet, le Parlement peut-il, en adoptant une disposition qui relève *a priori* de la compétence des provinces, priver de ses effets une mesure validement adoptée par ces dernières ? Voir à ce sujet Patenaude, « L'interprétation du partage des compétences », *supra* note 36 à la p 73; Huppé, « Le pouvoir accessoire », *supra* note 512 aux pp 758–61.

Parlement pourrait toutefois empêcher un consommateur d'obtenir un remède prévu par une loi provinciale dans la mesure où il l'exclut expressément.

2.3.4. Conclusion: une approche complémentaire à l'avantage du consommateur

Tout comme le législateur fédéral, les provinces peuvent assurer la protection des intérêts économiques des consommateurs par la mise en place de différents recours et sanctions permettant d'assurer le respect de leurs lois par les commerçants qui exercent leurs activités sur leur territoire. Ces mécanismes de mise en application des lois diffèrent néanmoins de ceux qui se retrouvent dans le droit fédéral dans la mesure où les compétences des provinces et du Parlement limitent leur intervention respective dans ce domaine.

En effet, comme nous l'avons vu, pour protéger les intérêts économiques des consommateurs, le législateur fédéral intervient principalement par le biais soit du droit criminel, soit de sa compétence générale sur le commerce. Ce faisant, la mise en œuvre des lois fédérales passe principalement par le biais de sanctions de nature criminelle, pénale ou administrative. Bien que la Cour ait laissé une certaine marge de manœuvre au Parlement pour intégrer des recours de nature civile à sa législation, ceux-ci sont davantage l'exception que la règle. Même dans l'encadrement législatif des entreprises qui relèvent de sa compétence, le Parlement confie en général la mise en œuvre des mesures qu'il adopte à des organismes fédéraux qui imposent principalement des sanctions de nature administrative aux entreprises qui agissent en contravention des lois et règlements qu'ils ont la responsabilité d'appliquer.

Quant à elles, les provinces bénéficient d'une marge de manœuvre encore plus importante dans les recours et les sanctions qu'elles peuvent prévoir pour s'assurer de la mise en application de leurs lois. Bien qu'elles ne puissent sanctionner le non-respect de ces dernières par la voie du droit criminel, elles ont une grande latitude dans le choix des autres mécanismes de mise en œuvre des droits conférés aux consommateurs.

D'une part, contrairement au législateur fédéral qui doit justifier son intervention par le biais de la doctrine des pouvoirs accessoires, les provinces disposent d'une large compétence pour mettre en place des recours permettant aux consommateurs de

revendiquer leurs droits contre les commerçants et d'exiger de ces derniers une réparation en cas de non-respect de la loi. Or, comme le notent L'Heureux et Lacoursière:

> *Le meilleur remède pour assurer la protection des intérêts des consommateurs demeure, sans aucun doute, le recours civil contractuel qui permet au consommateur lésé d'exiger le remboursement de son achat, de se libérer pour l'avenir de ses obligations contractuelles et de réclamer la réparation des dommages qu'il subit*[1051].

Dans ce contexte, grâce à leurs compétences exclusives pour créer des recours de nature civile et mettre en place des procédures facilitant l'exercice de ces derniers, les provinces occupent une place primordiale dans la mise en œuvre des mesures de protection des intérêts économiques du consommateur.

D'autre part, le législateur provincial peut compléter les recours civils par des sanctions de nature administrative et pénale qui sont imposées par un organisme administratif ou un tribunal. En ce sens, tout comme le législateur fédéral, les provinces ne laissent pas entre les seules mains du consommateur la responsabilité de s'assurer du respect de la loi[1052].

Dans la mesure où les deux ordres de gouvernement sont compétents pour assortir leur législation respective de recours et de sanctions de différentes natures, les chevauchements entre ces derniers s'avèrent inévitables. Or nous avons vu que la Cour suprême a favorisé une approche qui permet au consommateur d'être avantagé par de tels chevauchements.

D'abord, elle a jugé que les entreprises fédérales ne pouvaient pas échapper aux lois provinciales visant la protection du consommateur, en reconnaissant à la fois l'applicabilité des obligations substantielles prévues dans ces lois ainsi que celle des recours et des sanctions possibles en cas de manquement à ces dernières par le commerçant. Ensuite, elle a refusé de déclarer inopérants les recours provinciaux qui s'additionnent soit à des recours équivalents soit à des recours inexistants en vertu du droit fédéral.

En ce sens, la Cour a appliqué de façon restreinte les doctrines de l'immunité interjuridictionnelle et de la prépondérance fédérale de façon à permettre certains dédoublements entre les recours et sanctions prévus par les deux ordres de gouvernement.

[1051] L'Heureux et Lacoursière, *Droit de la consommation*, *supra* note 574, nº 607.
[1052] *Ibid* au para 639.

En favorisant ainsi une approche souple du fédéralisme, la Cour avantage le consommateur en s'assurant que la mise en œuvre du droit provincial ne soit pas compromise par son interaction avec des compétences qui relèvent du Parlement. Elle lui permet ainsi de bénéficier des avantages que lui offrent les recours prévus à la fois par le droit provincial et fédéral.

Enfin, la conception décloisonnée du partage des compétences privilégiée par la Cour autorise des approches complémentaires entre le droit public et le droit privé qui permettent d'assurer une meilleure protection des intérêts économiques des consommateurs. En effet, comme nous l'avons vu dans le chapitre préliminaire, c'est l'amalgame de différents mécanismes de mise en œuvre qui assurera le respect des droits conférés aux consommateurs[1053].

Comme le note Colin Scott, « *the balancing of strengths and weaknesses of different forms of enforcement lead us towards "optimal enforcement of law"* »[1054]. En ce sens, l'approche souple du fédéralisme adoptée par la Cour suprême profite non seulement au consommateur de façon individuelle, en lui permettant de choisir le régime (fédéral ou provincial) le plus avantageux ou de cumuler les deux, mais également à l'ensemble des consommateurs en s'assurant que les deux ordres de gouvernement disposent d'une large latitude dans la mise en application de leurs lois respectives.

Notons que l'ensemble des conclusions que nous avons pu tirer des décisions mettant en jeu des mesures provinciales visant la protection des intérêts économiques des consommateurs s'appliquent *a fortiori* aux recours et sanctions possibles en cas de violation aux règles provinciales visant la protection de leur santé et de leur sécurité que vous avons étudiées dans la Partie I.

2.4. Conclusion: une intervention provinciale encadrant tous les aspects du rapport de consommation

La jurisprudence ayant mis en cause la validité, l'applicabilité et l'opérabilité de mesures provinciales visant la protection des intérêts économiques des consommateurs s'avère

[1053] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.2.2.4. (« La mise en œuvre des droits: les recours et sanctions contre le commerçant »).
[1054] Scott, « Enforcing Consumer Protection Laws », *supra* note 561 à la p 468.

manifestement plus abondante et variée que celle que nous avons vue dans la Partie I. En ce sens, elle nous permet à la fois de dégager certaines tendances dans l'approche retenue par les tribunaux et de tracer les contours de la compétence des provinces dans ce domaine.

En effet, d'une part, les décisions étudiées démontrent une tendance continue de la Cour suprême à privilégier une approche souple du fédéralisme qui n'a pas entraîné les effets centralisateurs observés dans d'autres domaines.

D'abord, dès le début des années 60, dans l'arrêt *Barfried*, la Cour adopte une vision décloisonnée du partage des compétences en reconnaissant que des mesures provinciales pouvaient demeurer *intra vires* malgré leurs effets incidents sur les compétences exclusives du Parlement. Elle confirmera cette approche pour valider les dispositions de la LPC dans *Kellogg's* et *Irwin Toy* bien que celles-ci entraînent des effets sur la compétence fédérale en matière de télécommunications.

Ensuite, la Cour privilégie une application restreinte de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle en refusant de soustraire les entreprises fédérales à des lois provinciales protégeant le consommateur malgré l'impact, parfois important, que celles-ci peuvent produire sur de telles entreprises. Les différentes tentatives de ces dernières d'échapper au droit provincial permettront par le fait même à la Cour de rationaliser la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle et de raffiner son cadre d'analyse. D'abord abordée de façon indirecte dans les affaires *Kellogg's* et *Irwin Toy*, cette doctrine sera au cœur de *Banque canadienne de l'Ouest* qui en redéfinira les contours pour limiter ses potentiels effets centralisateurs. L'arrêt *Marcotte* confirme cette approche restreinte et, du même coup, la réticence de la Cour à utiliser cette doctrine pour priver les consommateurs de leurs recours provinciaux contre des entreprises fédérales.

Enfin, les différentes décisions dans lesquelles la Cour a eu à se pencher sur l'interaction entre le droit provincial et fédéral illustrent de façon générale l'évolution de la doctrine de la prépondérance fédérale, dont les deux volets n'apparaissent explicitement et distinctement qu'à partir de *Banque canadienne de l'Ouest* en 2007. Ces décisions permettent de voir comment la Cour aborde la notion de conflit et interprète l'intention recherchée par le législateur fédéral. Elle reconnaîtra dès l'arrêt *Kellogg's* que l'absence

d'intervention du Parlement pour protéger le consommateur ne peut être assimilée à une intention d'écarter toute règle provinciale à ce sujet.

Par ailleurs, s'il ne peut y avoir de conflit résultant de l'inaction du législateur fédéral, il ne peut non plus y en avoir en cas de duplication entre les règles fédérales et provinciales. D'une part, la Cour refuse de voir dans la législation fédérale attribuant des droits aux clients d'entreprises de télécommunications et de banques une volonté de priver les consommateurs de la protection que leur confère le droit provincial. D'autre part, si la Cour semble prête à accepter dans *Irwin Toy* que les normes fédérales puissent écarter le droit provincial lorsqu'elles prévoient expressément qu'elles constituent les seules normes applicables, elle rejettera cette possibilité dans *Marcotte*. En effet, elle jugera que le législateur fédéral ne peut, en créant des normes qui se veulent « complètes et exclusives », rendre inopérantes les règles d'application générale se trouvant dans la LPC.

Bref, la Cour a adopté une approche souple et moderne du fédéralisme qui, dans toutes les décisions que nous avons vues, a joué en faveur de la reconnaissance de la validité, de l'applicabilité et de l'opérabilité du droit provincial visant la protection des intérêts économiques des consommateurs. Les décisions des cours d'appel provinciales dans *Nelson*, *Telus* et *Unlu* démontrent que cette approche guide encore l'analyse de la constitutionnalité des lois provinciales qui encadrent les rapports entre les entreprises fédérales et leurs clients. Toutefois, comme en témoigne l'arrêt *ACTSF*, l'intervention des provinces au cœur de ces rapports est subordonnée à la poursuite d'un objectif de protection des intérêts du consommateur.

Au-delà des enseignements que l'on peut en tirer quant à l'évolution de l'approche interprétative de la Cour en matière de partage des compétences, les décisions que nous avons vues ont permis de délimiter de façon relativement précise la portée de la compétence des provinces aux différents stades de la relation contractuelle entre le consommateur et le commerçant.

Dans la phase précontractuelle, les provinces peuvent encadrer la publicité de biens et services (*Kellogg's* et *Irwin Toy*), mettre en place un système de permis contrôlant les entreprises qui peuvent opérer sur le marché (*Banque canadienne de l'Ouest*) et prévoir,

de façon concurrente avec le législateur fédéral, des règles relatives à la concurrence (*General Motors* et *Rocois*) et aux pratiques de commerce frauduleuses (*Unlu*).

Les provinces peuvent également intervenir dans la formation du contrat et la détermination de son contenu en prévoyant des obligations de divulgation d'information (*Marcotte*), en interdisant les clauses abusives (*Barfried*), de même qu'en imposant des conditions de forme et de fond aux contrats de consommation qui s'appliqueront à l'ensemble des commerçants qui exercent des activités sur leur territoire, incluant les entreprises qui relèvent de la compétence fédérale (*Nelson* et *Telus*).

En matière de qualité du produit, la compétence des provinces a été définie par la négative, c'est-à-dire par le biais de la contestation de la validité de mesures fédérales. Jusqu'à maintenant, les tribunaux ont conclu que seules les provinces pouvaient contrôler la qualité des produits vendus sur le marché avec l'objectif de protéger les intérêts économiques des consommateurs (*Labatt* et *Supermarchés Dominion*).

Enfin, au stade de la mise en application des lois provinciales et de la revendication des droits qu'elles confèrent par le consommateur, les provinces peuvent à la fois prévoir des recours et sanctions de nature civile (*General Motors* et *Kirkbi*), administrative (*Banque canadienne de l'Ouest*) et pénale (*Irwin Toy*). Ces différents mécanismes de mise en œuvre de la loi pourront s'appliquer aux entreprises qui relèvent de la compétence du Parlement (*Banque canadienne de l'Ouest*) et viendront s'ajouter à ceux prévus par le droit fédéral (*Marcotte*).

Ainsi, par le biais de leur compétence pour administrer la justice, imposer des peines et encadrer la propriété et les droits civils, les provinces disposent d'une large marge de manœuvre pour protéger les intérêts économiques des consommateurs. Les mesures qu'elles adoptent à cet égard peuvent, grâce à l'approche souple favorisée par la Cour, s'étendre aux entreprises fédérales et demeurer opérantes dans la majorité des cas, malgré l'intervention (ou l'absence de celle-ci) par le législateur fédéral.

3. Conclusion de la Partie II: la prédominance du droit provincial et sa capacité à combler les lacunes du droit fédéral en matière de protection des intérêts économiques des consommateurs

En somme, la compétence de chacun des ordres de gouvernement pour adopter des mesures visant à protéger les intérêts économiques du consommateur variera selon la phase de la relation contractuelle que le législateur cherche à encadrer. Les règles qui s'appliquent en amont de cette relation relèvent essentiellement d'une compétence partagée entre les deux ordres de gouvernement. Par contre, les mesures relatives à la formation et à l'exécution du contrat se trouvent pour l'essentiel dans le champ de compétence des provinces, bien que le Parlement puisse intervenir à cet égard dans les domaines d'activités qui relèvent de sa responsabilité. Enfin, si les deux ordres de gouvernement sont compétents pour créer des recours et sanctions visant la mise en application de leurs lois respectives, les provinces disposent d'une compétence exclusive pour permettre aux consommateurs d'entreprendre une action civile à l'encontre du commerçant alors que le Parlement ne peut prévoir de tels recours que dans des cas limités.

Les provinces se sont ainsi vues reconnaître une marge de manœuvre plus importante que le législateur fédéral dans la mesure où, contrairement à ce dernier, elles peuvent encadrer tous les aspects de la relation entre les consommateurs et les commerçants. Ziegel note à cet effet que l'une des conséquences des conclusions de la Cour dans les affaires *Barfried*, *Labatt* et *Banque canadienne de l'Ouest* « *is that it has obliged the federal government to abandon altogether the attempt to regulate economic activities affecting consumers on a national basis or to give the federal law a criminal law characterization with all the restrictions this approach implies* »[1055]. À l'inverse, les provinces disposent d'une large compétence pour encadrer les intérêts économiques des consommateurs, et ce, malgré les chevauchements qui peuvent en résulter sur les compétences du Parlement ainsi que sur les entreprises qui relèvent de la responsabilité de ce dernier.

La plus grande latitude dont jouissent les provinces à cet égard s'explique notamment par le fait que l'exercice de leur compétence en matière de propriété et droits civils, sur laquelle repose principalement leur intervention, n'est pas soumis à des conditions particulières et

[1055] Jacob Ziegel, « Canadian Consumer Law and Policies 40 Years Later: A Mixed Report Card » (2011) 50 Can Bus LJ 259 à la p 267.

n'est pas limité à un seul secteur d'activités. En effet, le législateur fédéral est tenu d'intervenir soit par le biais d'interdictions assorties de sanctions — lorsqu'il agit en vertu de sa compétence en matière criminelle — soit par le biais d'un régime de réglementation qui ne s'applique qu'à une industrie en particulier et dont la surveillance est confiée à un organisme administratif — lorsqu'il agit en vertu de sa compétence générale sur le commerce. Au final, il n'est libre dans ses moyens d'intervention que dans l'encadrement d'activités commerciales interprovinciales et internationales ainsi que dans la régulation des entreprises qui relèvent de sa compétence, tel que dans le domaine des télécommunications, des banques ou de l'aéronautique. C'est d'ailleurs dans ces domaines que le législateur fédéral a pu jouer un rôle accru dans les dernières années pour protéger davantage les rapports entre les entreprises fédérales et leurs clients.

Or l'exercice de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils n'est pas assujetti à ce type de conditions. Par conséquent, les provinces peuvent protéger les intérêts économiques du consommateur par la voie de lois d'application générale ou de lois sectorielles ne visant qu'une seule industrie. Elles peuvent le faire par le biais d'obligations, d'interdictions ou par la mise en place d'un système de permis. Elles peuvent en outre confier la mise en œuvre de la loi à un organisme administratif ou aux tribunaux dans le cadre de poursuites civiles ou pénales.

Ainsi, les provinces peuvent compléter la législation fédérale et combler certaines lacunes de celle-ci. À cet égard, l'intervention des législateurs provinciaux découle en partie du fait que la réglementation de la concurrence par le Parlement ne permet pas à elle seule d'assurer la protection des intérêts économiques des consommateurs. Autrement dit, les mesures provinciales prévoient des exigences additionnelles qui permettent de remédier à certains biais comportementaux des consommateurs, biais qui existe même en situation de parfaite concurrence[1056]. En ce sens, l'action législative du Parlement et celle des provinces se complètent. Le premier pourra s'assurer de mettre en place un environnement concurrentiel bénéficiant au consommateur qui disposera d'un plus grand choix à un meilleur prix. Les secondes pourront pour leur part s'assurer que les consommateurs puissent faire les meilleurs choix parmi ceux que permet d'offrir le droit de la concurrence.

[1056] Ross Cranston, *Consumers and the Law*, 2e éd, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1984 aux pp 10-18.

Cette capacité des deux ordres de gouvernement d'agir de façon complémentaire a été facilitée par l'approche souple et moderne du fédéralisme adoptée par la Cour suprême. En effet, malgré l'expansion de la compétence du Parlement en matière économique depuis l'arrêt *General Motors*, les provinces continuent de se voir reconnaître une vaste compétence pour protéger les consommateurs sur leur territoire. Comme le soulignent Gaudreault-Desbiens et Leclair, la vision décloisonnée du fédéralisme adoptée par la Cour suprême « n'envisage pas le partage des compétences comme un jeu à somme nulle »[1057]. En ce sens, même si, en interprétant plus généreusement la compétence fédérale en matière de commerce, la Cour a permis au Parlement de jouer un rôle plus important dans la protection des intérêts économiques des consommateurs, cela ne limite pas pour autant la capacité des provinces de légiférer dans ce domaine sur la base de leurs propres compétences exclusives[1058].

Enfin, la Cour a adopté une interprétation restrictive des doctrines de l'immunité interjuridictionnelle et de la prépondérance fédérale de façon à permettre que les mesures provinciales de protection du consommateur s'appliquent à des entreprises fédérales et demeurent opérantes nonobstant l'intervention (ou l'inaction) du Parlement. Ce faisant, l'intervention accrue du législateur fédéral dans la protection des intérêts économiques des consommateurs, que ce soit plus généralement par le biais de la réglementation de la concurrence ou plus spécifiquement en conférant davantage de droits aux clients des entreprises qui relèvent de sa responsabilité, ne limite pas pour autant la portée du droit provincial.

Ces entreprises, même si elles font dorénavant l'objet d'exigences fédérales plus importantes, ne sont pas pour autant « immunisées » contre les mesures mises en place parallèlement par les provinces. Au contraire, elles seront soumises aux règles souvent plus exigeantes prévues par le droit provincial. En effet, la Cour refuse de voir une incompatibilité quand la législation provinciale s'avère plus contraignante pour le commerçant — et, par le fait même, plus avantageuse pour le consommateur — que le droit fédéral. En ce sens, ce sont les mesures les plus interventionnistes qui auront préséance et

[1057] Gaudreault-DesBiens et Leclair, *Lutte contre la corruption*, *supra* note 35 à la p 20.
[1058] Voir *ibid*.

donc, dans certains cas, les mesures provinciales qui seront dans les faits prépondérantes[1059].

[1059] Rappelons que la LC de 1867 ne prévoit une prépondérance provinciale *de jure* que pour les lois concernant les pensions de vieillesse et les prestations additionnelles (art 94A) de la LC de 1867).

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Chaque jour, en tant que consommateurs, notre vie est influencée, sans que nous en prenions toujours connaissance, par les nombreuses règles que l'État impose aux commerçants afin de protéger nos intérêts: la publicité pendant l'écoute de notre série préférée, la négociation d'un forfait de téléphone, le paiement par carte de crédit d'un nouveau manteau commandé en ligne, l'achat d'un sirop pour la toux. L'encadrement de ces activités et nos droits à titre de consommateurs résultent d'un imposant corpus législatif qui, dans un État fédéral comme le Canada, s'avère d'autant plus complexe qu'il est composé de normes adoptées par deux ordres de gouvernement.

Or, en 1867, les rédacteurs de la Constitution canadienne n'avaient évidemment pas envisagé que le droit de la consommation occuperait une place aussi centrale dans notre société. Il n'est donc pas surprenant que la protection du consommateur ne figure pas dans la liste des compétences formellement et exclusivement attribuées par la LC de 1867 à l'un ou l'autre des deux ordres législatifs.

Cette « omission » a eu pour conséquence que l'élaboration de normes composant ce champ du droit a été le fruit de l'intervention à la fois des provinces et du Parlement fédéral. Ceux-ci ont dû intervenir en vertu de leurs compétences exclusives respectives sur d'autres domaines de droit, comme le droit criminel ou les droits civils, ou sur des secteurs d'activités spécifiques, tels que le secteur bancaire ou celui des télécommunications. Dès lors, la portée et les limites de la compétence de chacun d'eux et la façon dont se sont articulées leurs interventions ont été grandement influencées par l'approche interprétative du fédéralisme retenue par les tribunaux. Du même coup, l'action des provinces et du Parlement, et plus particulièrement la contestation de celle-ci jusqu'à la Cour suprême, a mené cette dernière à développer et à préciser sa conception du fédéralisme.

Dans ce contexte, notre analyse nous a permis de tirer plusieurs enseignements quant aux influences croisées de l'évolution de l'approche interprétative du fédéralisme par la Cour suprême et de celle du droit canadien de la consommation. Nous traiterons dans cette conclusion des réponses que nous pouvons donner à nos deux grandes questions de recherche, c'est-à-dire (1) quelle conception du fédéralisme la Cour suprême a-t-elle privilégié dans les affaires portant sur des enjeux relatifs à la protection du consommateur

et comment celles-ci ont façonné l'évolution de l'interprétation du partage des compétences de manière générale, et (2) quelles sont les conséquences de l'approche interprétative retenue par la Cour suprême en matière de fédéralisme sur la nature, la portée et les limites de la compétence des provinces et du Parlement fédéral pour encadrer les rapports de consommation ?

Au terme de notre recherche, nous pouvons constater que la Cour suprême a généralement favorisé une approche souple et « moderne » du fédéralisme, c'est-à-dire qu'elle a privilégié une interprétation décloisonnée du partage des compétences et autorisé les chevauchements entre les mesures adoptées par les deux ordres de gouvernement. L'analyse de la constitutionnalité des mesures provinciales et fédérales relatives à la protection du consommateur a été par ailleurs déterminante dans l'évolution des doctrines d'interprétation constitutionnelle et dans l'interprétation de nombreux champs de compétence [1.].

Cette analyse nous a en outre permis de tracer les concours de la compétence respective des deux ordres de gouvernement pour protéger la santé et la sécurité des consommateurs de même que leurs intérêts économiques. À cet effet, la Cour a favorisé l'exercice d'une compétence largement partagée entre les provinces et le Parlement fédéral, bien que certaines exceptions demeurent [2].

Enfin, nous verrons que la structure fédérale canadienne et l'approche interprétative retenue par la Cour suprême sont susceptibles d'entraîner certains défis pour la protection des intérêts des consommateurs par les deux ordres de gouvernement et d'appeler à une plus grande coopération intergouvernementale [3.].

1. Une jurisprudence marquée par une conception « moderne » du fédéralisme et déterminante dans l'évolution de l'interprétation du partage des compétences

Notre première question de recherche visait à déterminer quelle conception du fédéralisme la Cour suprême avait retenue dans les affaires soulevant la constitutionnalité de mesures provinciales ou fédérales relatives à la protection du consommateur. Nous cherchions du même coup à démontrer de quelles façons ces mêmes affaires avaient influencé l'évolution de l'interprétation du partage des compétences de manière plus générale.

Au terme de notre analyse, nous pouvons conclure que la Cour suprême, depuis la seconde moitié du 20e siècle, a principalement retenu une approche « moderne » du fédéralisme, bien qu'une telle approche ait été moins constante et uniforme à l'égard des mesures adoptées par le législateur fédéral. Ce passage d'une approche à une autre a été illustré par la mise en application des différentes doctrines d'interprétation constitutionnelle, qui ont elles-mêmes évolué à travers les décisions que nous avons étudiées.

1.1. La préservation de la validité de mesures provinciales et fédérales par l'application de la doctrine du caractère véritable

L'analyse du caractère *intra vires* de mesures provinciales et fédérales visant la protection du consommateur a été l'occasion pour la Cour d'appliquer et de développer la doctrine du caractère véritable afin d'autoriser certains chevauchements des compétences respectives des deux ordres de gouvernement. En effet, la Cour a préservé la validité de différentes dispositions législatives qui, tout en pouvant se rattacher à la compétence de l'ordre de gouvernement les ayant adoptées, produisaient des effets incidents, parfois importants, sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement.

Ce faisant, elle a déclaré *intra vires* des mesures provinciales relatives à la protection des consommateurs malgré les effets incidents que ces dernières pouvaient produire sur les compétences fédérales sur l'intérêt (*Barfried* en *1963*), les télécommunications (*Kellogg's* en 1978 et *Irwin Toy* en 1989*)* et les institutions bancaires (*Banque canadienne de l'Ouest* en 2007).

Quant à la validité des interventions fédérales, la Cour a admis que le Parlement pouvait empiéter sur la compétence des provinces lorsqu'il exerçait sa compétence en droit criminel, suivant ce faisant les pas du CJCP (*P.A.T.A.* en 1931, *Affaire sur les marques de commerce* en 1937 et *Renvoi sur l'article 498A du Code criminel* en 1936). En effet, la Cour a reconnu que des mesures fédérales relatives à la protection des intérêts économiques des consommateurs (*Goodyear* en 1956 et *Transports nationaux* en 1983) ainsi qu'à la protection de leur santé et de leur sécurité (*Wetmore* en 1983 et *RJR-MacDonald* en 1995) relevaient du paragraphe 91(27) de la LC de 1867, et ce, malgré leurs effets sur la compétence des provinces sur la propriété et les droits civils ainsi que sur les matières de nature purement locale ou privée.

La Cour a toutefois été plus réticente à accepter de tels empiètements lorsque l'action du législateur fédéral ne pouvait se rattacher à sa compétence en droit criminel et ne visait pas à prévenir les risques d'atteinte à la santé ou la sécurité du consommateur. En effet, à la fin des années 70, dans la trilogie *Vapor* (1976), *Supermarché Dominion* (1979) et *Labatt* (1979), la Cour a refusé de reconnaître la validité de mesures fédérales relatives à la protection des intérêts économiques du consommateur en raison des effets que celles-ci entraînaient sur le commerce intraprovincial.

Elle a néanmoins assoupli son approche à partir de la fin des années 80 par le biais d'une interprétation plus large de la compétence fédérale en matière de commerce et l'application de la théorie des pouvoirs accessoires. La Cour a ainsi confirmé l'existence d'un second volet au paragraphe 91(2) de la LC de 1867 et préservé la validité de dispositions fédérales créant des droits d'action de nature civile, malgré leur empiètement sur la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils (*General Motors* en 1989 et *Kirkbi* en 2005).

1.2. Une interprétation restreinte de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle reconnaissant l'applicabilité des exigences provinciales aux entreprises fédérales

En préservant la validité de mesures provinciales ayant des effets incidents sur les compétences fédérales, la Cour a eu à déterminer la portée que pouvaient avoir de telles mesures, et plus particulièrement, à décider de l'applicabilité de ces dernières à des entreprises relevant de la compétence fédérale.

Elle a d'abord traité de cette question, dans les années 70 et 80, à travers l'analyse du caractère *intra vires* de règles provinciales en matière de publicité télévisée (*Kellogg's* en 1978 et *Irwin Toy* en 1989). Elle a alors décidé que, malgré leurs effets sur les activités d'entreprises œuvrant dans le secteur (fédéral) des télécommunications, les lois provinciales visant à protéger le consommateur demeuraient *valides* — ou, comme on le dirait maintenant, *applicables*. Ce cadre d'analyse servira en effet de base à ce qui est dorénavant la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle (ou doctrine de l'exclusivité des compétences). Cette doctrine est encore aujourd'hui interprétée de manière restreinte par la Cour qui a, à deux reprises, refusé de rendre inapplicables des mesures provinciales

visant à assurer la protection des consommateurs de services bancaires *(Banque canadienne de l'Ouest* en 2007 et *Marcotte* en 2014).

Cela étant dit, notre analyse révèle que la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle n'a été considérée par la Cour que dans le cadre de mesures visant la protection des intérêts *économiques* des consommateurs. Elle a été invoquée — bien que sans succès — en matière de publicité télévisée pour enfants (*Kellogg's* en 1978 et *Irwin Toy* en 1989), de vente et promotion de produits d'assurance (*Banque canadienne de l'Ouest* en 2007) ainsi que de divulgation de certains frais associés aux opérations de crédit (*Marcotte* en 2014).

Notre étude démontre par ailleurs que cette doctrine a été appliquée de façon asymétrique. En effet, elle n'a été soulevée que pour contester l'applicabilité de mesures *provinciales* en vue d'« immuniser » des entreprises fédérales, et jamais pour empêcher l'application du droit fédéral afin de protéger les compétences des provinces[1].

Cela dit, toutes les tentatives d'utiliser la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle afin de créer un bouclier autour des entreprises fédérales les protégeant du droit provincial ont échoué (*Kellogg's* en 1978, *Irwin Toy* en 1989, *Banque canadienne de l'Ouest* en 2007 et *Marcotte* en 2014). Ainsi, la Cour a restreint la portée de cette doctrine, tant en théorie que dans son application. Cette évolution démontre à notre avis la réticence de la Cour à priver les consommateurs de la protection que leur offre le droit provincial dans leurs rapports avec des commerçants relevant de la responsabilité du législateur fédéral.

1.3. Des chevauchements législatifs autorisés par une conception stricte de la notion de conflit évitant l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale

En favorisant la validité et l'applicabilité des normes adoptées par les deux ordres de gouvernement, la Cour a, par le fait même, permis de potentiels chevauchements et dédoublements entre le droit provincial et fédéral. La Cour a ainsi eu à développer son approche concernant les conflits pouvant résulter de cette double action législative à travers l'interprétation de la doctrine de la prépondérance fédérale.

[1] À moins de considérer que l'arrêt *Supermarchés Dominion* représente dans le fait une décision portant sur l'*applicabilité* et non la *validité* de la *Loi sur les normes des produits agricoles,* LRC 1970, c A-8. Voir la discussion à ce sujet dans *supra*, Partie II, section 1.3.2. (« La porte ouverte laissée par *General Motors* ») et la note 416.

Or, à toutes les occasions où cette doctrine a été invoquée, la Cour a refusé de l'appliquer pour déclarer inopérantes les dispositions provinciales contestées, tant celles concernant la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs (*Rothmans* en 2005) que celles visant la protection de leurs intérêts économiques (*Kellogg's* en 1978, *Irwin Toy* en 1989, *Banque canadienne de l'Ouest* en 2007 et *Marcotte* en 2014).

Elle a, ce faisant, rejeté la théorie du « champ occupé » et privilégié une approche permettant de préserver l'opérabilité de normes provinciales malgré l'inaction du législateur fédéral (*Kellogg's* en 1978, *Irwin Toy* en 1989 et *Banque canadienne de l'Ouest* en 2007). Elle a du même coup écarté l'argument selon lequel le Parlement pouvait, par son absence d'intervention, avoir pour objectif de laisser libre cours au marché — en privilégiant une approche plus néo-classique. La Cour refuse ainsi de considérer que la réalisation d'un tel objectif pourrait être entravée par des règles provinciales venant combler les lacunes du droit fédéral.

Au contraire, en adoptant une vision restreinte de la notion de conflit, la Cour a accepté que les provinces puissent dupliquer le droit fédéral ou encore le compléter par des normes plus strictes. Dans ce dernier cas, les normes provinciales ont non seulement été jugées opérantes, mais ce sont elles qui ont eu, dans les faits, préséance sur une législation fédérale moins sévère ou « permissive ». C'est le cas, par exemple des mesures adoptées par les provinces relativement à la vente des produits du tabac (*Rothmans* en 2005) ou encore des règles provinciales encadrant la vente et la promotion de produits d'assurance par les banques (*Banque canadienne de l'Ouest* en 2014). Nous avons ainsi pu constater que l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale par la Cour pouvait mener à une « prépondérance provinciale *de facto* » lorsque les règles adoptées par les provinces sont plus exigeantes pour les commerçants que les normes fédérales. Dans ce contexte, cette doctrine ne prive pas les consommateurs des protections supplémentaires que lui confère le droit provincial.

1.4. Une évolution marquée par une valse-hésitation de la Cour à l'égard des initiatives fédérales et à contre-courant de la thèse de la centralisation

Nous avons vu que, dans son analyse de la constitutionnalité de mesures *provinciales*, la Cour s'est invariablement inscrite dans une conception souple du fédéralisme favorisant

les chevauchements entre les compétences des deux ordres de gouvernement et privilégiant une interprétation stricte des doctrines de l'immunité interjuridictionnelle et de la prépondérance fédérale. Notons que les tribunaux provinciaux semblent encore aujourd'hui suivre cette approche (*Unlu* en 2013, *Wakelam* en 2014, *Nelson* en 2021, *Telus* en 2022).

Par contre, l'approche retenue par la Cour à l'égard des mesures *fédérales* s'est révélée plus nuancée. D'un côté, elle a invariablement adopté une conception souple du fédéralisme et favorisé une interprétation expansive de la compétence du Parlement en droit criminel lorsque celui-ci cherchait à protéger la santé et la sécurité des consommateurs, et celle du public en général (*Wetmore* en 1983 et *RJR-MacDonald* en 1995). Les tribunaux inférieurs ont également suivi cette tendance (*Standard Sausage* en 1933, *Cosman's* en 1972, *Jamieson* en 1987). De l'autre, on peut observer une certaine valse-hésitation de la Cour dans son traitement des mesures fédérales à caractère économique.

D'abord, la Cour reconnaît que de telles mesures, lorsqu'elles sont liées à l'encadrement de la concurrence, sont valides, et ce, malgré qu'elles empiètent sur la compétence des provinces en matière de propriété et de droits civils (*P.A.T.A.* en 1931, *Renvoi sur l'article 498A du Code criminel* en 1936, *Affaire sur les marques de commerce* en 1937, *Goodyear* en 1956 et *Transports nationaux* en 1983).

Ensuite, alors que la Cour favorise une approche plus souple en autorisant cet empiètement lorsqu'il découle de l'exercice de la compétence fédérale en droit criminel, il en va autrement lorsque les mesures en cause ne peuvent se rattacher à cette compétence. En effet, de telles mesures seront déclarées *ultra vires* à trois reprises par la Cour à la fin des années 70 (*Vapor* en 1976, *Supermarché Dominion* en 1979 et *Labatt* en 1979). La Cour freine ainsi pendant cette période les différentes tentatives fédérales de nature économique avec une vision plus classique et compartimentée du partage des compétences.

Enfin, depuis la fin des années 80, la Cour est revenue à une conception plus souple en reconnaissant au Parlement la capacité d'empiéter sur la compétence des provinces par l'exercice de sa compétence générale en matière de commerce et grâce à l'application de la théorie des pouvoirs accessoires (*General Motors* en 1989). En ce sens, l'approche

retenue par la Cour à l'égard des mesures fédérales participant à la protection des intérêts économiques des consommateurs n'a pas évolué de façon linéaire.

En outre, l'approche suivie par la Cour dans ses décisions portant sur des mesures relatives à la protection du consommateur s'écarte, à tout le moins en partie, de celle qui a été observée dans sa jurisprudence de façon générale. En effet, nous avons vu que plusieurs auteurs avaient dénoté que, dans la période ayant suivi l'abolition des appels au CJCP jusqu'à la fin 20e siècle, la Cour avait adopté une approche souple du fédéralisme qui avait joué davantage en faveur des autorités fédérales. Ces auteurs appuyaient ainsi la thèse selon laquelle la conception moderne du fédéralisme avait pu — et pouvait — contribuer à une certaine centralisation des pouvoirs entre les mains du Parlement[2]. Or notre étude démontre non seulement que la Cour a parfois favorisé une conception plus classique du fédéralisme pendant cette période, mais elle révèle également que son approche n'a pas entraîné les effets centralisateurs observés par la doctrine.

En effet, dans *toutes* les décisions que nous avons étudiées, soit à six reprises, la Cour a conclu que les mesures provinciales contestées étaient soit valides, applicables ou opérantes (*Barfried* en 1963, *Kellogg's* en 1978, *Irwin Toy* en 1989, *Rothmans* en 2005, *Banque canadienne de l'Ouest* en 2007 et *Marcotte* en 2014). Autrement dit, à aucun moment la Cour n'a limité la portée du droit provincial visant la protection de la santé et de la sécurité du consommateur ainsi que la protection de ses intérêts économiques.

Au contraire, les seules initiatives qui ont été déclarées invalides ont été celles du législateur fédéral à la fin des années 1970, limitant du même coup le champ d'action du Parlement en matière économique. Nous reviendrons dans un instant sur les conséquences de ces deux approches distinctes dans l'évolution du droit de la consommation au Canada.

En somme, la jurisprudence étudiée démontre que la Cour a — de façon générale — adopté une conception moderne du fédéralisme à l'égard de mesures visant à protéger le consommateur, bien qu'elle soit à un certain moment revenue à une conception plus classique dans son traitement de mesures fédérales à caractère économique.

[2] Voir *supra*, Chapitre préliminaire, section 1.2. (« Le paradigme moderne: une interprétation favorisant les chevauchements et ouvrant la porte à un fédéralisme "coopératif" »), notes 70 et 71.

1.5. Une jurisprudence ayant défini la portée et les limites des compétences exclusives respectives des deux ordres de gouvernement

En plus de marquer l'évolution de l'approche interprétative de la Cour en matière de fédéralisme, la jurisprudence portant sur la constitutionnalité de mesures relatives à la protection du consommateur a été déterminante dans l'évolution de l'interprétation de plusieurs des compétences exclusives des deux ordres de gouvernement de manière plus globale.

Sur le plan fédéral, les décisions que nous avons étudiées ont participé à la définition de la portée et des limites de la compétence fédérale sur le droit criminel (*Re Board of Commerce* en 1922, *P.A.T.A.* en 1931, *Renvoi sur l'article 498A du Code criminel* en 1936, *Goodyear* en 1956, *Labatt* en 1979, *Wetmore* en 1983, *Transports nationaux* en 1983 et *RJR-MacDonald* en 1995), les échanges et le commerce (*Affaire sur les marques de commerce* en 1937, *Vapor* en 1976, *Labatt* en 1979, *Supermarchés Dominion* en 1979, *Wetmore* en 1983, *Transports nationaux* en 1983 et *General Motor* en 1979), l'intérêt (*Barfried* en 1963), les banques (*Banque canadienne de l'Ouest* en 2007 et *Marcotte* en 2014), les télécommunications (*Kellogg's* en 1978 et *Irwin Toy* en 1989) ainsi que la paix, l'ordre et le bon gouvernement (*Vapor* en 1976 et *Wetmore* en 1983).

Cette jurisprudence a également permis de définir la compétence des provinces sur la propriété et les droits civils (*Labatt* en 1979, *Wetmore* en 1983, *General Motors* en 1989 et *Banque canadienne de l'Ouest* en 2007), l'administration de la justice (*Barfried* en 1963 et *Transports nationaux* en 1983*)*, l'imposition de pénalités (*Irwin Toy* en 1989), et les matières de nature purement locale ou privée (*Kellogg's* en 1978, *Labatt* en 1979 et *Supermarché Dominions* en 1979). À travers ces décisions, la Cour a soit confirmé la compétence des provinces, soit invalidé la tentative du Parlement d'empiéter sur celle-ci, lui conférant ainsi une portée très vaste.

En somme, l'ensemble des décisions étudiées nous a permis de retracer l'évolution de la conception jurisprudentielle du fédéralisme et de l'interprétation de différents champs de compétence. Cette analyse nous a également permis de soulever les particularités propres à la jurisprudence portant sur des mesures relatives à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs, une jurisprudence révélant, de façon

générale, le souci des juges de limiter les obstacles aux mesures étatiques visant la protection du consommateur sur le marché.

De façon plus générale, la jurisprudence étudiée dénote une conception du fédéralisme dans laquelle les chevauchements entre l'exercice des compétences provinciales et fédérales s'avèrent à la fois inévitables et souhaitables. En ce sens, la Cour estime qu'au sein du fédéralisme canadien, les provinces et le Parlement ne peuvent évoluer en vase clos pour encadrer des questions socio-économiques complexes comme celles qui se posent en droit de la consommation et doivent ainsi être autorisés à agir de façon parallèle et complémentaire.

2. Les contours du droit canadien de la consommation: une compétence largement partagée permettant l'application parallèle des mesures provinciales et fédérales en vue d'accroître la protection conférée aux consommateurs

Notre seconde question de recherche visait à déterminer dans quelle mesure l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de partage des compétences a influencé la définition des contours des compétences respectives des deux ordres de gouvernement dans le domaine de la protection du consommateur. Notre étude nous a permis de constater que la compétence de protéger les différents intérêts des consommateurs est, de façon générale, partagée, bien que certains aspects relèvent encore jusqu'à maintenant exclusivement de l'un ou l'autre des ordres de gouvernement.

2.1. Une compétence partagée ou exclusive en fonction des intérêts protégés

La compétence respective du Parlement et des provinces pour protéger les consommateurs dépend des intérêts que ceux-ci cherchent à protéger et de la nature des mesures mises en place à cette fin.

Lorsque leur intervention porte sur la protection de la santé et de la sécurité du consommateur, la compétence des deux ordres de gouvernement varie selon qu'ils agissent de façon *ex ante* ou *ex post*.

D'une part, ils peuvent tous deux adopter des normes visant à *prévenir* les risques posés aux consommateurs. À cet égard, le législateur fédéral peut interdire la vente de produits contenant certains ingrédients (*Standard Sausage* en 1933) ou jugés dangereux (*Cosman's* en 1972), les représentations trompeuses ou encore la fabrication d'aliments dans des

conditions insalubres (*Wetmore* en 1983). Il peut en outre interdire la promotion et la publicité de produits représentant un danger pour la santé de même qu'exiger des avertissements relatifs aux risques posés par de tels produits (*RJR-MacDonald* en 1995). Les provinces peuvent elles aussi agir de façon préventive en contrôlant la fabrication et la commercialisation des produits vendus sur leur territoire (*Labatt* en 1979 et *Rothmans* en 2005).

D'autre part, seules les provinces peuvent prévoir des règles permettant l'*indemnisation* du préjudice causé aux consommateurs en raison de leur compétence exclusive en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle (*Parsons* en 1881) et de recours de nature civile (*General Motors* en 1989 et *Kirkbi* en 2005).

Quant à la protection des intérêts économiques des consommateurs, la compétence de chacun des ordres de gouvernement peut être tracée en fonction du type de mesures envisagées et du stade de la relation contractuelle visé par leur intervention.

Tant le Parlement que les provinces peuvent encadrer la phase précontractuelle de la relation entre le consommateur et le commerçant, en prévoyant des règles relatives à la concurrence (*General Motors* en 1989, *Rocois #1* en 1989 et *Rocois* #2 en 1990), en interdisant certaines pratiques de commerce ou certaines formes de publicité (*Kellogg's* en 1978, *Irwin Toy* en 1989 et *Kirkbi* en 2005) ou encore en mettant sur pied un régime de permis contrôlant les entreprises qui peuvent opérer sur le marché (*Banque canadienne de l'Ouest* en 2007).

La protection du consommateur relève toutefois de la compétence exclusive des provinces lorsqu'elle porte sur des mesures relatives à la formation du contrat, telles que des règles interdisant les clauses abusives (*Barfried* en 1963) ou imposant des obligations de divulgation d'information devant apparaître au contrat (*Marcotte* en 2014).

Seules les provinces ont par ailleurs été considérées comme compétentes pour imposer des exigences en matière de qualité du produit lorsque celles-ci n'avaient pas comme objectif la protection de la santé et la sécurité du consommateur ou du public en général, ou lorsqu'elles ne visaient pas des produits importés ou exportés à travers ou à l'extérieur du Canada (*Labatt* en 1979 et *Supermarchés Dominion* en 1983). Cela dit, comme nous l'avons vu, l'évolution de la jurisprudence de la Cour relative à la compétence fédérale

générale en matière de commerce, plus particulièrement l'arrêt *General Motors* de 1989, pourrait ouvrir la porte à une plus grande intervention du législateur fédéral dans ce domaine.

Enfin, les deux ordres de gouvernement peuvent prévoir différents types de sanctions s'imposant au commerçant en cas de manquement aux obligations prévues par la loi (*Irwin Toy* en 1989, *Banque canadienne de l'Ouest* en 2007, *Marcotte* en 2014). Bien que les provinces aient en principe une compétence exclusive relative aux recours de nature civile entrepris contre un commerçant, le législateur fédéral s'est également vu reconnaître le pouvoir de prévoir un tel recours par le truchement de la théorie des pouvoirs accessoires lorsqu'il se greffe à sa compétence en matière de commerce (*General Motors* en 1989 et *Kirkbi* en 2005).

Les provinces peuvent dès lors encadrer tous les stades de la relation contractuelle entre les consommateurs et les commerçants exerçant des activités sur leur territoire. Pour sa part, le Parlement ne peut en faire autant que lorsqu'il intervient auprès des entreprises qui relèvent de sa compétence, telles que les entreprises de télécommunications, les transporteurs aériens ou les banques.

2.2. L'influence marquée de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour sur l'évolution du droit de la consommation au Canada

Non seulement la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême a permis de délimiter les contours de la compétence de chaque ordre de gouvernement, mais elle a également eu des conséquences notables sur le développement de la législation provinciale et fédérale en matière de protection du consommateur. En effet, nous avons vu qu'à plusieurs reprises le Parlement et les provinces ont donné suite à des décisions limitant ou, au contraire, élargissant la portée de leurs compétences respectives.

C'est le cas par exemple des modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les normes des produits agricoles* après l'arrêt *Supermarchés Dominion*, ainsi que celles effectuées en 1987 à la *Loi sur les aliments et drogues* après l'affaire *Labatt*. Le Parlement a en effet limité la portée de ces deux lois de façon à ce qu'elles ne s'appliquent qu'à des produits importés ou exportés, ou seulement afin de protéger la santé et la sécurité du consommateur. De cette façon, le législateur fédéral peut continuer d'encadrer la

commercialisation des produits visés par ces lois en vertu de sa compétence en matière de commerce interprovincial et international, ou de droit criminel.

Au-delà de ces modifications plus ponctuelles, nous pouvons voir que les décisions rendues par la Cour dans les années 60 et 70, en plein développement du droit de la consommation au Canada, se sont avérées particulièrement déterminantes dans l'évolution du rôle qu'ont joué les deux ordres de gouvernement dans ce domaine.

D'un côté, à la fin des années 70, au moment même où le Parlement aurait pu occuper une place plus importante dans la protection du consommateur sur le marché, la Cour refuse d'élargir la compétence fédérale sur le commerce et invalide coup sur coup trois mesures fédérales de nature économique (*Vapor* en 1976, *Supermarché Dominion* en 1979 et *Labatt* en 1979). De l'autre, elle reconnaît aux provinces le pouvoir d'intervenir en matière de crédit à la consommation (*Barfried* en 1963) et confirme leur compétence d'adopter des lois d'application générale pour protéger le consommateur, incluant des lois susceptibles de produire des effets sur les activités d'entreprises fédérales (*Kellogg's* en 1978). Autrement dit, le législateur fédéral voit sa marge de manœuvre restreinte alors qu'au contraire celle des provinces prend de l'expansion.

Ainsi, alors qu'au tournant des années 80, la majorité des provinces ont commencé à adopter différentes lois protégeant les intérêts économiques des consommateurs, très peu de mesures sont mises en place à cet effet par le législateur fédéral. Ce dernier est limité à ne contrôler que le commerce interprovincial ou international, ou encore à intervenir par la voie du droit criminel. Son action se concentre dès lors sur la protection de la santé et de la sécurité du public en général, par le biais de la *Loi sur les aliments et drogues* ainsi que la *Loi sur les produits dangereux*, et sur la préservation d'un environnement concurrentiel, grâce à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

Ce n'est qu'à partir de la fin des années 80, à la suite de l'affaire *General Motors*, que le législateur fédéral pourra jouer un rôle plus important en matière économique en se voyant reconnaître une compétence générale en matière de commerce et le pouvoir d'intégrer dans sa législation des recours de nature civile. Cette affaire remet du même coup en question la trilogie de décisions rendues dans les années 70 qui avait fait obstacle à l'intervention fédérale dans le domaine économique. Elle confère dès lors au Parlement une gamme

d'outils et une marge de manœuvre plus vastes en vue de protéger les intérêts économiques des consommateurs.

2.3. Une approche favorisant la cohabitation du droit provincial et fédéral au bénéfice du consommateur

Dans le cadre de notre analyse, nous avons pu observer que le législateur fédéral était intervenu de façon accrue au cours des dernières années afin de mieux protéger les intérêts des consommateurs dans différents domaines.

D'une part, il a cherché à améliorer la protection de la santé et la sécurité des consommateurs à travers le Canada en adoptant, en 2010, la *Loi sur la sécurité des produits de consommation*. En instaurant ce que Marie-Ève Arbour appelle une « maxi-obligation » de sécurité, cette loi contrôle dorénavant toutes les étapes de la chaîne de fabrication et de commercialisation des produits sur le marché[3]. D'autre part, la protection des intérêts économiques des consommateurs a considérablement été renforcée dans des secteurs d'activités et auprès d'entreprises relevant de la responsabilité fédérale, plus particulièrement dans le domaine des banques, des télécommunications et de l'aéronautique. Le législateur fédéral intervient ainsi de façon sectorielle en plus de protéger l'ensemble des intérêts économiques des consommateurs au niveau pancanadien par le biais de la *Loi sur la concurrence*.

Dans ce contexte, on peut se demander quel effet cette intervention croissante des autorités fédérales est susceptible d'entraîner sur les protections dont bénéficient les consommateurs en vertu du droit provincial. À cet égard, la jurisprudence que nous avons étudiée démontre que la Cour a favorisé une approche qui permet au droit provincial et au droit fédéral de « cohabiter », et aux consommateurs d'ainsi bénéficier des lois adoptées par les deux ordres de gouvernement.

En effet, d'une part, grâce à l'interprétation restreinte par la Cour de la doctrine de l'immunité interjuridictionnelle, les clients d'entreprises fédérales ne se voient pas systématiquement privés des protections que leur confère le droit provincial. D'autre part,

[3] Marie-Ève Arbour, « Sécurité des produits, santé des consommateurs, responsabilités et constitutions: synergies comparées » (2013) RD & santé McGill 169 à la p 224; Marie-Ève Arbour et Simon Johnson-Bégin, « L'encadrement juridique des rappels et des retraits de produits de consommation » (2012) 37 Gestion 17 à la p 19.

à travers une interprétation stricte de la notion de conflit législatif, la Cour a refusé que l'adoption de mesures fédérales pour protéger le consommateur puisse priver ce dernier de mesures provinciales équivalentes, ou même plus avantageuses.

Par conséquent, grâce à l'approche souple et moderne du fédéralisme retenue par la Cour, le rôle de plus en plus important joué par le Parlement en matière de protection du consommateur ne limite pas, en principe, la portée de mesures mises en place par les provinces. Au contraire, les protections provinciales peuvent compléter et bonifier le droit fédéral en s'y superposant. Les consommateurs peuvent dès lors bénéficier d'un « seuil minimal » de protection uniforme à travers le Canada, sans être privés des avantages que peuvent leur procurer le droit et les recours provinciaux.

En ce sens, la conception moderne du fédéralisme retenue par la Cour permet une double action législative en matière de protection du consommateur qui peut s'avérer à l'avantage de ce dernier. En effet, en facilitant les chevauchements entre la législation provinciale et fédérale, l'approche privilégiée par la Cour favorise un encadrement législatif plus complet et exhaustif des droits des consommateurs que ne l'autoriserait une vision classique et cloisonnée du partage des compétences. Une telle approche permet également à un ordre de gouvernement de pallier les lacunes des mesures adoptées par l'autre ordre, ou encore d'agir face à l'inaction de celui-ci. Enfin, la possibilité pour les provinces et le Parlement d'intervenir de façon parallèle permet aux consommateurs, ainsi qu'aux autorités provinciales et fédérales, de disposer d'un plus grand éventail de recours potentiels, privés ou publics, de nature civile, administrative, pénale ou criminelle. Dans ce contexte, une approche interprétative souple et flexible du partage des compétences permet aux deux ordres de gouvernement d'avoir à leur disposition une variété plus riche d'instruments pour atteindre leurs objectifs — qui souvent convergent — en matière de protection du consommateur.

3. Les défis susceptibles de résulter de l'action parallèle des deux ordres de gouvernement et le besoin de coopération intergouvernementale

En favorisant le cumul des protections fédérales et provinciales, l'approche souple du fédéralisme retenue par la Cour procure certes plusieurs avantages pour le consommateur,

mais pose également certains défis, qui nécessiteront à notre avis à une plus grande coopération entre les deux ordres de gouvernement.

3.1. Une double action législative qui n'est pas nécessairement synonyme d'une meilleure protection pour le consommateur

L'intervention parallèle des deux ordres de gouvernement en vue d'accroître la protection conférée aux consommateurs ne produit pas toujours l'effet escompté.

D'abord, l'existence de lois provinciales et fédérales encadrant les différents aspects du rapport de consommation peut donner lieu à une certaine confusion chez le consommateur et le commerçant[4]. Ziegel note à cet effet que *« evidence shows that Canadian consumers have difficulty distinguishing between federal and provincial regulatory activity and are confused when both levels of government appear to regulate the same conduct but with different results* »[5]. Les interventions des deux ordres de gouvernement pour accroître l'information donnée au consommateur peuvent en outre mener à une « surcharge » d'information pour ce dernier. Leurs interventions respectives peuvent ainsi avoir un effet contreproductif dans la mesure où le fait d'être exposé à trop d'information peut nuire au consommateur au lieu de l'aider à faire un choix éclairé[6]. Bref, la superposition des règles provinciales et fédérales peut, dans certains cas, avoir des répercussions négatives sur la protection des intérêts des consommateurs, bien qu'involontaires et parfois inattendues par les législateurs.

De façon plus générale, la structure fédérale canadienne pose en soi certains défis. La préservation de l'autonomie des provinces et de leur capacité à adopter des normes qui

[4] Voir Edward P Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984 » dans Yvan Bernier et Andrée Lajoie, dir, *La protection des consommateurs*, *le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 1 aux pp 75–76 [Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation »]; Nicolas Roy Sidor, *Consumer Policy in the Canadian Federal State*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1984 à la p 69 [Sidor, *Consumer Policy*].

[5] Voir Jacob Ziegel, « Canadian Consumer Law and Policies 40 Years Later: A Mixed Report Card » (2011) 50 Can Bus LJ 259 à la p 268.

[6] Sur le caractère potentiellement contre-productif d'une surcharge d'information (« *information overload* »), voir Iain Ramsay, *Consumer Law and Policy: Text and Material on Regulating Consumer Market*, Oxford, Hart Publishing, 2012 aux pp 59–60; Gillian K Hadfield, Robert Howse et Michael J Trebilcock, « Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy » (1998) 21 J of Consumer Policy 13 aux pp 158–59. Voir aussi *supra*, Chapitre préliminaire, section 2.1.2. (« L'économie comportementale »), notes 146 et 147 et texte correspondant.

répondent aux besoins locaux entraîne nécessairement une absence d'uniformité des règles auxquelles sont assujettis les commerçants à travers le Canada et dont peuvent bénéficier les consommateurs d'une province à l'autre.

En effet, d'une part, il peut s'avérer onéreux pour le commerçant de se conformer aux différentes normes de treize provinces et territoires, en plus de celles qui s'appliquent au niveau national. En ce sens, l'intervention des deux ordres de gouvernement peut entraîner des dédoublements législatifs et administratifs inutiles qui peuvent générer des coûts supplémentaires à la fois pour le commerçant et le consommateur[7]. Comme le note Peter W Hogg au sujet des banques après la décision *Banque canadienne de l'Ouest*:

> *These undertakings, which are already subject to federal regulation, now also have to comply with the law of every province and territory in which they operate. Many of the provinces have enacted new consumer protection laws in the past decade, and they differ considerably one from another. The licensing requirement imposed on the banks in Canadian Western Bank means that the protection of bank portfolios by creditors' insurance now comes at the cost of compliance with as many as 13 distinct licensing regimes*[8].

Or ces coûts pour les commerçants se répercutent sur les consommateurs qui devront ultimement les absorber, du moins en partie.

D'autre part, cette absence d'uniformité fait en sorte que les consommateurs ne bénéficieront pas des mêmes protections selon la loi provinciale applicable à leur transaction. En effet, certaines provinces peuvent s'abstenir (ou cesser) d'intervenir dans des secteurs déjà réglementés par le législateur fédéral, alors que d'autres pourront choisir d'adopter des règles équivalentes ou plus exigeantes pour les commerçants qui vendent des biens et services sur leur territoire. C'est le cas par exemple dans le domaine des télécommunications, où les consommateurs québécois sont protégés à la fois par les mesures fédérales mises en place par le CRTC et les règles spécifiques prévues à la LPC, alors que les consommateurs ontariens ou albertains ne peuvent se prévaloir que des règles fédérales.

[7] Voir Belobaba, « L'évolution du droit de la consommation », *supra* note 4 à la p 58; Sidor, *Consumer Policy*, *supra* note 4 à la p 69.

[8] Peter W Hogg, « Narrowing Interjurisdictional Immunity » (2008) 42 SCLR (2d) 623 à la p 636.

Bien qu'il existe des variations entre les normes adoptées par les deux ordres de gouvernement — en plus de celles qui s'observent entre les provinces —, la Cour suprême a jugé, jusqu'à maintenant, que les mesures contestées dans les instances dont elle était saisie étaient toutes compatibles. Cela ne signifie toutefois pas qu'aucun conflit ne pourrait résulter de l'intervention parallèle des deux ordres de gouvernement. Au contraire, l'intervention accrue du législateur fédéral dans les dernières années multiplie les occasions de conflits potentiels avec le droit provincial. Dès lors, si le Parlement peut compléter les règles provinciales, son intervention peut aussi, à certains égards, en limiter la portée ou l'efficacité dans un contexte où les mesures fédérales sont incompatibles avec le droit provincial ou encore poursuivent un objectif distinct. En somme, l'intervention parallèle des deux ordres de gouvernement, facilitée par l'approche moderne du fédéralisme, peut certes bénéficier aux consommateurs, mais également parfois aller à l'encontre de leurs intérêts.

3.2. Quelques pistes de solution: la voie du fédéralisme coopératif *exécutif* et *législatif*

Considérant les défis posés par l'exercice d'une compétence largement partagée pour protéger les intérêts des consommateurs, une plus grande importance devra selon nous être accordée à la coopération entre les deux ordres de gouvernement. Déjà en 1975, dans une étude sur les relations intergouvernementales en matière de protection du consommateur, Louis J Romero notait que « l'importance des efforts déployés au cours de ces dernières années aux deux niveaux de gouvernement a été telle que leurs activités respectives commencent à se chevaucher » et que « les risques de double emploi en sont accrus d'autant et des efforts de coordination s'imposent »[9].

Dans ce contexte, l'une des voies à envisager pour s'assurer que les mesures provinciales et fédérales se complètent — plutôt que de se dédoubler ou de se contredire — est le

[9] Louis J Romero, *Les relations fédérales-provinciales en matière de protection du consommateur*, Ottawa, Conseil de recherche en consommation, 1975 à la p 3.

fédéralisme coopératif *exécutif*, c'est-à-dire une coopération entre les exécutifs fédéral et provinciaux[10].

Pour l'instant, une certaine coopération intergouvernementale s'opère par le biais du Comité sur les mesures en matière de consommation, mis sur pied par l'*Accord sur le commerce intérieur*[11]. Ce Comité fournit un forum au gouvernement fédéral, aux provinces et aux territoires en vue d'harmoniser les lois, règlements et pratiques visant la protection du consommateur à travers le Canada. Des accords d'harmonisation ont été conclus jusqu'à maintenant dans cinq domaines, soit les pratiques interdites de recouvrement, la divulgation des coûts du crédit, les contrats de vente par Internet, la coopération entre les agences de protection du consommateur et la vente à domicile[12].

Même si la portée de cette coopération reste limitée, il s'agit néanmoins d'un premier pas pour accroître la coordination de l'intervention des gouvernements. Celle-ci offre l'avantage de limiter les inconvénients associés à une double action législative et de permettre aux consommateurs de bénéficier des efforts respectifs des autorités provinciales et fédérales pour mieux protéger leurs intérêts. Une harmonisation des normes applicables facilite en outre la tâche des entreprises qui opèrent à travers le Canada en évitant que

[10] Voir la différence entre ce que Noura Karazivan appelle le fédéralisme coopératif « exécutif » et le fédéralisme coopératif « judiciaire » dont nous avons discuté dans le Chapitre préliminaire, section 1.3. (« D'un paradigme à l'autre: Une évolution non linéaire »), notes 78 et 79, et texte correspondant.

[11] *Accord sur le commerce intérieur* (1995) 129 Gaz Can. I, 1323, art 809, reconduit par *l'Accord de libre-échange canadien*, art 1103, entré en vigueur le 1er juillet 2017, en ligne: https://www.cfta-alec.ca/accord-de-libre-echange-canadien-alec/?lang=fr (consultée le 10 novembre 2022).

[12] Gouvernement du Canada, « Accords formels en matière d'harmonisation et d'application de la loi », en ligne: https://ised-isde.canada.ca/site/comite-mesures-consommation/fr/accords-formels (consultée le 10 novembre 2022). À titre d'exemple, le Comité a élaboré, avec la Conférence pour l'harmonisation des lois du Canada et l'Institut de réforme du droit de l'Alberta, la *Loi uniforme sur la communication du coût de crédit*, qu'ont pris pour modèle le législateur fédéral ainsi que certaines provinces et territoires dans leurs lois et règlements respectifs. Voir, au fédéral, *Loi sur les banques*, LC 1991, c 46, arts 449–54 et *Règlement sur le coût d'emprunt (banques)*, DORS/2001-101; en Alberta, *Consumer Protection Act*, RSA 2000, c C-26.3, arts 58 et ss; en Saskatchewan, *The Cost of Credit Disclosure Act*, 2002, SS 2002, c C-41.01; au Nouveau-Brunswick, *Loi sur la communication du coût du crédit et sur les prêts sur salaire*, LN-B 2002, c C-28.3; en Colombie-Britannique, *Business Practices and Consumer Protection Act*, SBC 2004, c 2, arts 57 et ss; au Manitoba, *Consumer Protection Act*, CCSM c C200, arts 4 et ss; dans les Territoires du Nord-Ouest, *Cost of Credit Disclosure Act*, SNWT 2010, c 23. Voir aussi Conférence pour l'harmonisation des lois du Canada, « Loi uniforme sur la communication du coût de crédit – Commentaires », juin 2001, en ligne: https://www.ulcc-chlc.ca/ULCC/media/FR-Uniform-Acts/Loi-uniforme-sur-la-communication-du-cout-du-credit-commentaire_1.pdf (consultée le 10 novembre 2022).

celles-ci aient à se conformer à des exigences distinctes selon la province dans laquelle elles exercent leurs activités.

Néanmoins, l'harmonisation des règles d'une province à l'autre implique une certaine uniformisation de celles-ci. Dès lors, elle s'opère au détriment d'une diversité dans les différentes approches qui pourraient être privilégiées par les autorités locales et d'une réponse parfois plus adaptée aux besoins spécifiques des consommateurs de chaque région. La recherche d'un compromis dans des efforts d'harmonisation peut en outre mener à un certain nivellement vers le bas en vue d'atteindre un dénominateur commun. Ainsi, l'harmonisation des règles de protection du consommateur ne se révèle pas la solution appropriée dans toutes les situations.

À cet égard, d'autres mécanismes de coopération pourraient être envisagés, dont des formes de fédéralisme coopératif *législatif*. En effet, dans une étude approfondie des multiples techniques de coopération qui s'observent au Canada[13], la professeure Johanne Poirier a répertorié plusieurs formes de collaboration législative, parmi lesquelles certaines pourraient s'avérer particulièrement intéressantes en matière de protection du consommateur.

C'est le cas de la « législation conditionnelle », une méthode de rédaction législative faisant en sorte qu'une loi n'est opérante que sous certaines conditions. Ainsi, une loi fédérale pourrait ne produire ses effets qu'en l'absence de législation provinciale qui protège déjà le consommateur dans un même domaine[14]. Une autre option serait que le législateur fédéral prévoit qu'une loi ne s'applique que comme un « filet de sécurité » ou lorsque des « standards minimums » de protection ne sont pas atteints par la législation provinciale[15]. Bref, outre des accords d'harmonisation ou l'adoption de « lois modèles », d'autres techniques de coopération « législatives » seraient possibles et permettraient de préserver

[13] Johanne Poirier, *Legislative Techniques and Cooperative Schemes: A Handbook*, 31 octobre 2022 [à paraître] [Poirier, *Handbook*].

[14] *Ibid* aux pp 70–71. Ce mécanisme existe par exemple dans le *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 207, en ce qui a trait aux jeux de hasard, ainsi que dans la *Loi sur le cannabis*, LC 2018, c 16, art 69.

[15] Voir à ce sujet Poirier, *Handbook*, *supra* note 13 aux pp 72–73. Il s'agit de la technique retenue notamment dans la *Loi sur les espèces en péril*, LC 2002, c 29, arts 34(3), 35(3), et dans la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, LC 2018, c 12, art 166(2).

davantage de diversité d'une province à l'autre et de favoriser l'innovation, tout en assurant un certain seuil minimal de protection pour le consommateur.

En somme, au terme de notre exploration, nous avons pu constater les liens étroits qui ont uni l'évolution du droit canadien de la consommation et celle de l'interprétation du partage des compétences. Bien que notre étude se soit tournée vers le passé, ces évolutions parallèles continueront de s'observer à travers les nouveaux problèmes de consommation auxquels auront à répondre les deux ordres de gouvernement, dont l'écoblanchiment[16], l'obsolescence programmée[17] ou encore la collecte et l'utilisation de données personnelles[18]. La protection des consommateurs face à ces phénomènes émergents

[16] L'écoblanchiment (aussi appelé « maquillage vert » ou « *greenwashing* ») est une pratique consistant à faire des représentations fausses ou trompeuses quant aux avantages environnementaux d'un produit ou d'un service. À cet effet, différentes lois fédérales peuvent être invoquées pour prévenir cette pratique, dont la *Loi sur la concurrence*, la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation* et la *Loi sur l'étiquetage du textile*. Le droit provincial peut également permettre de s'attaquer à de telles pratiques par le biais des règles interdisant de façon générale les représentations fausses ou trompeuses (voir par exemple au Québec les articles 215 et ss de la LPC). Voir à ce sujet Bureau de la concurrence du Canada, « Déclarations environnementales et écoblanchiment », en ligne: https://ised-isde.canada.ca/site/bureau-concurrence-canada/fr/comment-nous-favorisons-concurrence/education-sensibilisation/publications/declarations-environnementales-ecoblanchiment (consultée le 10 novembre 2022); Louis-Philippe Lampron, « L'encadrement juridique de la publicité écologique fausse ou trompeuse au Canada: une nécessité pour la réalisation du potentiel de la consommation écologique ? » (2005) 35 RDUS 449.

[17] Voir par exemple au Québec, le PL 197, *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur afin de lutter contre l'obsolescence programmée et de faire valoir le droit à la réparation des biens*, 2e sess, 42e lég, Québec, 2019 (présenté le 9 avril 2019), dont le principe a été adopté à l'unanimité par l'Assemblée nationale en avril 2021 avant de mourir au feuilleton lors du déclenchement des élections à l'automne 2022. La notion d'obsolescence programmée y est définie, à son article 1, comme l'« ensemble de techniques par lesquelles la durée de fonctionnement d'un bien destiné à être offert en vente ou en location est réduite ». Ce type de mesures se rattache en principe à des garanties de qualité du bien qui, comme nous l'avons vu, relèvent de la compétence exclusive des provinces. Toutefois, l'imposition d'exigences pour contrer l'obsolescence programmée de produits électroniques, dont les téléphones sans fil, est susceptible de soulever une certaine opposition de la part des entreprises de télécommunications quant à l'applicabilité de ces mesures à leur égard. Voir au sujet de l'obsolescence programmée Marc-Étienne O'Brien, « Les recours possibles de l'acheteur à l'encontre des pratiques de contrainte à la fidélité ou à la surconsommation (PCFS) en droit de la vente » (2016) 46:1 RGD 71; Marie-Ève Arbour, « L'obsolescence programmée et la LPC (chronique d'un petit combat annoncé) », *Repères*, Cowansville, Yvon Blais, 2015; Thierry Bourgoignie, « Sustainable Consumption and Obsolescence of Consumer Products », dans Alberto do Amaral Junior, Lucila de Almeida et Luciane Klein Vieira, dir, *Sustainable Consumption – The Right to a Healthy Environment*, Cham, Springer, 2020, 27.

[18] Au plan fédéral, voir le PL C-27, *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs, la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et la Loi sur l'intelligence artificielle et les données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois*, 1ère sess, 44e parl, 2022 (première lecture le 16 juin 2022). Ce projet de loi modifie certaines lois existantes en plus d'édicter trois nouvelles lois dans l'objectif de renforcer la protection de la vie privée des consommateurs en imposant des obligations en lien avec la collecte, l'utilisation et la communication de leurs données personnelles. Poursuivant un objectif similaire, le Québec a adopté en 2021 la *Loi modernisant des*

soulèvera inévitablement de nouvelles questions sur le plan de la répartition des compétences législatives entre le Parlement fédéral et les provinces et, plus généralement, fera ressortir les défis de l'exercice d'une compétence largement partagée dans un État fédéral comme le Canada. À cet égard, les principes et tendances que nous avons pu dégager à travers notre étude pourront s'avérer, nous l'espérons, pertinents pour comprendre la portée et les limites de l'intervention des deux ordres de gouvernement en vue de s'attaquer aux actuels et futurs enjeux du droit de la consommation.

dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels, LQ 2021, c 25, qui modifie certaines lois, dont la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ c A-2.1, et la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, RLRQ c P-39.1. Sur les différentes modifications législatives apportées à ce sujet dans les dernières années au Canada et au Québec, voir Arthur Oulaï, Serge Kablan et Patrick Mignault, « L'exigence du consentement en matière de protection des données personnelles du consommateur québécois: regards sur les modifications récentes », dans Bernard Korai et al, dir, *Revisiter le consumérisme au Québec: état des lieux, défis et perspectives*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2022, 161. Sur les enjeux liés au partage des compétences en matière de protection des données, voir Mahmud Jamal, « Is PIPEDA Constitutional ? » (2006) 43:3 Can Bus LJ 434; Josh Nisker, « PIPEDA: A Constitutional Analysis » (2006) 85:2 Can B Rev 317.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

1.1. Lois constitutionnelles

Loi constitutionnelle de 1867 (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduit dans LRC 1985, annexe II, nº 5

Loi constitutionnelle de 1982, art 35, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11

1.2. Lois, projets de loi et règlements fédéraux

Acte à l'effet de prévenir et supprimer les coalitions formées pour gêner le commerce, LC 1889, c 41

Acte concernant la falsification des substances alimentaires des drogues et des engrais agricoles, LC 1885, c 67

Acte concernant les poids et mesures, LRC 1886, c 104

Acte des poids et mesures métriques de 1871, LC 1871, c 24

Acte pour imposer des droits de licence aux fabricants de mélanges spiritueux, et pour amender l'Acte concernant le revenu de l'intérieur, et pour prévenir la falsification des substances alimentaires, des boissons et des drogues, LC 1874, c 8

Code criminel, *1892*, LC 1892, c 29

Code criminel, LC 1935, c 56

Code criminel, LC 1953-1954, c 51

Code criminel, LRC 1927, c 36

Code criminel, LRC 1985, c C-46

Loi à l'effet de pourvoir à l'institution d'enquêter sur les coalitions, *monopoles et syndicats (mergers)*, LC 1910, c 9

Loi à l'effet de pourvoir à l'institution d'enquêtes sur les coalitions, *monopoles*, *trusts et syndicats (mergers)*, LC 1923, c 9

Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation, LC 2010, c 21

Loi concernant les aliments, drogues, cosmétiques et instruments thérapeutiques, LC 1953 c 38

Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, LC 1986, c 26

Loi d'exécution du budget de 2009, LC 2009, c 2

Loi d'interprétation, LRC 1970, c I-23

Loi de l'opium et des drogues narcotiques, LC 1923, c 22

Loi de la Commission de commerce, LC 1919, c 37

Loi des aliments et drogues, LC 1920, c 27

Loi des aliments et drogues, LRC 1927, c 76

Loi des aliments et drogues, LRC 1970, c F-27

Loi des coalitions et des prix raisonnables, *1919*, LC 1919, c 45

Loi des compagnies de prêts, LC 1914, c 40

Loi des compagnies de prêts, LRC 1927, c 27

Loi des compagnies, LRC 1886, c 119

Loi des compagnies, LRC 1906, c 79

Loi des enquêtes sur les coalitions, LRC 1970, c C-23

Loi établissant le ministère de la Consommation et des Corporations, LC 1967, c 16

Loi interdisant la publicité en faveur des produits du tabac, réglementant leur étiquetage et prévoyant certaines mesures de contrôle, LC 1988, c 20

Loi interdisant la vente, l'annonce et l'importation de produits dangereux, LC 1969, c 42

Loi modifiant la Loi des aliments et drogues et la Loi sur les stupéfiants ainsi que, par voie de conséquence, le Code criminel, LC 1968-69, c 4

Loi modifiant la Loi des aliments et drogues, LC 1934, c 54

Loi modifiant la Loi des aliments et drogues, LC 1939, c 3

Loi modifiant la Loi des aliments et drogues, LC 1960-1961, c 37

Loi modifiant la Loi des aliments et drogues, LC 1987, c 33

Loi modifiant la Loi des enquêtes sur les coalitions et le Code criminel, LC 1952, c 39

Loi modifiant la Loi des enquêtes sur les coalitions et le Code criminel, LC 1960, c 45

Loi modifiant la Loi des enquêtes sur les coalitions, LC 1935, c 54

Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et abrogeant la Loi ayant pour objet la modification de la Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et le Code criminel, LC 1974-76, c 76

Loi modifiant la Loi sur la concurrence et d'autres lois en conséquence, LC 1999 c 2

Loi modifiant la Loi sur le tabac, la Loi sur la santé des non-fumeurs et d'autres lois en conséquence, LC 2018, c 9

Loi modifiant la Loi sur les aliments et drogues, la Loi sur les produits dangereux, la Loi sur les dispositifs émettant des radiations, la Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999), la Loi sur les produits antiparasitaires et la Loi canadienne sur

la sécurité des produits de consommation et apportant des modifications connexes à une autre loi, LC 2016, c 9

Loi modifiant la Loi sur les brevets, la Loi sur les marques de commerce et la Loi des aliments et drogues, LC 1968-69, c 49

Loi modifiant la Loi sur les enquêtes sur les coalitions, LC 1951, c 30

Loi modifiant la Loi sur les petits prêts, LC 1956, c 46

Loi nº 1 d'exécution du budget de 2022, LC 2022, c 10

Loi nº 2 d'exécution du budget de 2016, LC 2016, c 12

Loi portant abrogation de certaines lois qui ne sont plus en vigueur ou qui sont devenues inutiles, LC 1980-83, c 159

Loi portant mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, LC 1993, c 44

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, LC 1996, c 19

Loi sur l'agence de la consommation en matière financière du Canada, LC 2001, c 9

Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation, LRC 1985, c C-38

Loi sur l'énergie nucléaire, LRC 1985, c A-16

Loi sur l'étiquetage des textiles, LRC 1985, c T-10

Loi sur l'inspection des viandes, LRC 1985, c 25

Loi sur l'inspection du poisson, LRC 1985, c F-12

Loi sur l'intérêt, LRC 1886, c 127

Loi sur l'intérêt, LRC 1952, c 156

Loi sur l'intérêt, LRC 1970, c. I-18

Loi sur l'intérêt, LRC 1985, c I-150

Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie, LC 1935, c 59

Loi sur la concurrence déloyale, *1932*, LC 1932, c 38

Loi sur la concurrence, LRC 1985, c C-34

Loi sur la Cour suprême, LRC 1927, c 35

Loi sur la modernisation des transports, LC 2018, c 10

Loi sur la radiocommunication, LRC 1985, c R-2

Loi sur la radiodiffusion, LRC 1970, c B-11

Loi sur la radiodiffusion, LRC 1985, c B-9

Loi sur la répression de l'usage du tabac chez les adolescents, LC 1908, c 73

Loi sur la salubrité des aliments au Canada, LC 2012, c 24

Loi sur la sécurité automobile, LC 1993, c 16

Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, LC 2018, c 12

Loi sur le cannabis, LC 2018, c 16

Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, LC 1974-76, c 49

Loi sur le contrôle des renseignements relatifs aux matières dangereuses, LRC 1985, c 24

Loi sur le crédit aux consommateurs (Dispositions temporaires), LC 1950-51, c 3

Loi sur le droit d'auteur, LRC 1985, c C-42

Loi sur le tabac et les produits de vapotage, LC 1997, c 13

Loi sur le transport aérien, LC 1985, c C-26.

Loi sur les aliments et drogues, LRC 1985, c F-27

Loi sur les associations coopératives de crédit, LC 1991, c 48

Loi sur les banques, LC 1966-67, c 87

Loi sur les banques, LC 1991, c 46

Loi sur les brevets, LRC 1927, c 150

Loi sur les brevets, LRC 1985, c P-4

Loi sur les chemins de fer, LRC 1970, c R-2

Loi sur les corporations canadiennes, LRC 1970, c C-32

Loi sur les espèces en péril, LC 2002, c 29

Loi sur les explosifs, LRC 1985, c E-17

Loi sur les marques de commerce, LRC 1927, c 201

Loi sur les marques de commerce, LRC 1970, c T-10

Loi sur les marques de commerce, LRC 1985, c T-13

Loi sur les normes des produits agricoles, LRC 1970, c A-8

Loi sur les petits prêts, LC 1939, c 23

Loi sur les prêteurs d'argent, LC 1906, c 32

Loi sur les prêteurs sur gage, LRC 1886, c 128

Loi sur les produits agricoles au Canada, LRC 1985, c 20

Loi sur les produits dangereux, LRC 1985, c H-3

Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire, LC 1995, c 40

Loi sur les sociétés d'assurances, LC 1991, c 47

Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt, LC 1991, c 45

Loi sur les stupéfiants, LC 1960-61, c 35

Loi sur les télécommunications, LC 1993, c 38

Loi sur les transports au Canada, LC 1996, c 10

PL C-256, *Loi encourageant la concurrence*, *prévoyant la réglementation générale du commerce*, *favorisant l'honnêteté et la loyauté sur le marché*, *créant un Tribunal des pratiques de concurrence et le poste de commissaire*, *abrogeant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et modifiant en conséquence la Loi sur les banques*, 3e sess, 28e parl, 1971 (première lecture le 29 juin 1971)

PL C-27, *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs*, *la Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données et la Loi sur l'intelligence artificielle et les données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois*, 1ère sess, 44e parl, 2022 (première lecture le 16 juin 2022)

PL C-29, *Loi no 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 22 mars 2016 et mettant en œuvre d'autres mesures*, 1ère sess, 42e parl, 2016 (sanctionné le 15 décembre 2016)

PL C-86, *Loi no 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 février 2018 et mettant en œuvre d'autres mesures*, 1ère sess, 42e parl, 2018 (sanctionné le 13 décembre 2018)

Règlement sur l'information relative aux produits du tabac, DORS/2000-272

Règlement sur les aliments et drogues, CRC, c 870

Règlement sur les fruits et les légumes frais, CP 1965-1599

Règlement sur les produits dangereux, DORS/2015-17

Règlement sur les produits du tabac (apparence neutre et normalisée), DORS/2019-107

1.3. Lois, projets de loi et règlements des provinces et territoires

Alberta

An Act to End Predatory Lending, SA 2016, c E-9.5

Class Proceedings Act, SA 2003, c C-16.5

Consumer Protection Act, RSA 2000, c C-26.3

Insurance Act, RSA 2000, c I-3

Sale of Goods Act, RSA 2000, c S-2

The Credit and Loans Agreement Act, 1967, SA 1967, c 11

The Unconscionable Transactions Act, SA 1964, c 99

Tobacco, Smoking and Vaping Reduction Act, SA 2005, c T-3.8

Unfair Trade Practices Act, SA 1975, c 33

Colombie-Britannique

Business Practices and Consumer Protection Act, SBC 2004, c 2

Business Practices and Consumer Protection Authority Act, co , c 3

Class Proceedings Act, SBC 1995, c 21

Consumer Protection Act, SBC 1967, c 14

Pawnbrokers Act, RSBC 1996, c 350

Sale of Goods Act, RSBC 1996, c 410

Tobacco and Vapour Products Control Act, RSBC 1996, c 451

Trade Practices Act, SBC 1974, c 96

Île-du-Prince-Édouard

Class Proceedings Act, RSPEI 1988, c C-9.01

Consumer Protection Act, RSPEI 1988, c C-19

Direct Sellers Act, RSPEI 1988, c D-11

Sale of Goods Act, RSPEI 1988, c S-1

The Unconscionable Transactions Relief Act, SPEI 1964, c 35

Tobacco and Electronic Smoking Device Sales, RSPEI 1988, c T-3.1

Manitoba

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur (contrats de téléphonie cellulaire), LM 2011, c 25

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur, LM 2021, c 31

Loi sur la commercialisation des produits agricoles, CPLM c F47

Loi sur la protection du consommateur, CPLM c C200

Loi sur la réglementation de l'usage du tabac et du cannabis et des produits servant à vapoter, CPLM c N92

Loi sur la vente d'objets, CPLM c S10

Loi sur les recours collectifs, LM 2002, c 14

The Consumers' Credit Act, SM 1965, c 15

The Unconscionable Transactions Relief Act, SM 1964, c 13

Nouveau-Brunswick

Loi sur la communication du coût du crédit et sur les prêts sur salaire, LN-B 2002, c C-28.3

Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation, LN-B 1978, c C-18.1

Loi sur la vente d'objets, LRN-B 2016, c 110

Loi sur le démarchage, LRN-B 2011, c 141

Loi sur les produits naturels, LN-B 1999, c N-1.2

Loi sur les recours collectifs, LN-B 2006, c C.5-15

Loi sur les ventes de tabac et de cigarettes électroniques, LN-B 1993, c T-6

The Cost of Credit Disclosures Act, SNB 1967, c 6

The Unconscionable Transactions Relief Act, SNB 1964, c 14

Nouvelle-Écosse

An Act to Amend Chapter 92 of the Revised Statutes, 1989, the Consumer Protection Act, to Ensure Fairness in Cellular Telephone Contracts, SNS 2012, c 19

An Act to Amend Chapter 92 of the Revised Statutes, 1989, the Consumer Protection Act, and Chapter 6 of the Acts of 2006, the Safer Communities and Neighbourhoods Act, SNS 2014, c 45

Class Proceedings Act, SNS 2007, c 28

Consumer Protection Act, RSNS 1989, c 92

Direct Sellers' Regulation Act, RSNS 1989, c 129

Sale of Goods Act, RSNS 1989, c 408

The Unconscionable Transactions Relief Act, SNS 1964, c 12

Tobacco Access Act, SNS 1993, c 14

Ontario

An Act to prohibit unfair Practices in Sales to Consumers, SO 1974, c 131

An Act to provide for the Protection of Buyers of Consumer Goods and for the Fair Disclosure of the Cost of Credit, SO 1970, c 23

Loi de 1992 sur les recours collectifs, LO 1992, c 6

Loi de 2002 sur la protection du consommateur, LO 2002, c 30

Loi de 2008 concernant les prêts sur salaire, LO 2008, c 9

Loi de 2013 sur les conventions de services sans fil, LO 2013, c 8

Loi de 2017 favorisant un Ontario sans fumée, LO 2017, c 26, ann 3

Loi de 2019 sur le recouvrement des dommages-intérêts et du coût des soins de santé imputables aux opioïdes, LRO 2019, c 17, ann 2

Loi de 2019 visant à rétablir la compétitivité de l'Ontario, LO 2019, c 4

Loi de la taxe sur le tabac, LRO 1990, c T.10

Loi sur la commercialisation des produits agricoles, LRO 1990, c F.9

Loi sur la vente d'objets, LRO 1990, c S.1

Loi sur le prêt sur gages, LRO 1990, c P.6

The Consumer Protection Amended Act,1968-1969, SO 1968, c 14

The Farm Products Grades and Sales Act, RSO 1970, c 161

The Money Lenders Act, SO 1912, c 30

The Securities Act, RSO 1970, c 426

The Travel Industry Act, 1974, SO 1974, c 115

The Unconscionable Transactions Relief Act, RSO 1960, c 410

The Used Car Dealers Act, SO 1964, c 121

Québec

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c C-12

Code civil du Québec, RLRQ c CCQ-1991

Code de procédure civile, RLRQ c C-25

Code de procédure civile, RLRQ c C-25.01

Loi concernant l'impôt sur le tabac, RLRQ c I-2

Loi concernant la lutte contre le tabagisme, RLRQ c L-6.2

Loi concernant les ventes à tempérament, LQ 1947, c 73

Loi concernant principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 26 mars 2015, LQ 2016, c 7

Loi de la protection du consommateur, LQ 1971, c 74

Loi encadrant le cannabis, RLRQ c C-5.3

Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels, LQ 2021, c 25

Loi pour protéger les emprunteurs contre certains abus et les prêteurs contre certains privilèges, LQ 1964, c 67

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ c A-2.1

Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche, RLRQ c M-35.1

Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, RLRQ c P-39.1

Loi sur la protection du consommateur, LQ 1978, c 9

Loi sur la protection du consommateur, RLRQ c P-40.1

Loi sur le recours collectif, LQ 1978, c 8

Loi sur le recouvrement de certaines créances, RLRQ c R-2.2

Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et des dommages-intérêts liés au tabac, RLRQ c R-2.2.0.0.1

Loi sur le salaire minimum, LRQ 1941, c 164

Loi sur les agents de voyage, LQ 1974, c 53

Loi sur les agents de voyage, RLRQ c A-10

Loi sur les arrangements de services funéraires et de sépulture, RLRQ c A-23.001

Loi sur les produits alimentaires, RLRQ c P-29

Loi sur les transports, RLRQ c T-12

PL 197, *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur afin de lutter contre l'obsolescence programmée et de faire valoir le droit à la réparation des biens*, 2e sess, 42e lég, Québec, 2019 (présenté le 9 avril 2019)

Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, RLRQ c P-40.1, r 3

Règlement sur les aliments, RLRQ c P-29, r 1

Saskatchewan

Class Actions Act, SS 2001, c 12.01

Consumer Protection Act, SS 1996, c C-30.1

Pawned Property (Recording) Act, SS 2003, c P-4.2

Sale of Goods Act, RSS 1978, c S-1

The Consumer Products Warranties Act, RSS 1978, c C-30

The Consumer Protection and Business Practices Act, SS 2013, c C-30.2

The Cost of Credit Disclosure Act, SS 1967, c 85

The Tobacco and Vapour Products Control Act, SS 2001, c T-14.1

The Unconscionable Transactions Relief Act, SS 1967, c 86

Terre-Neuve-et-Labrador

Consumer Protection and Business Practices Act, SNL 2009, c C-31.1

Sale of Goods Act, RSNL 1990, c S-6

The Unconscionable Transactions Relief Act, SNL 1962, c 38

Nunavut

Consumer Protection Act, RSNWT (Nu) 1988, c C-17

Sale of Goods Act, RSNWT (Nu) 1988, c S-2

Tobacco Control and Smoke-Free Places Act, SNu 2003, c 13

Territoires du Nord-Ouest

Consumer Protection Act, RSNWT 1988, c C-17

Cost of Credit Disclosure Act, SNWT 2010, c 23

Sale of Goods Act, RSNWT 1988, c S-2

Tobacco and Vapour Products Control Act, SNWT 2019, c 31

Yukon

Consumers Protection Act, RSY 2002, c 40

Sale of Goods Act, RSY 2002, c 198

Tobacco and Vaping Products Control and Regulation Act, SY 2019, c 14

2. Jurisprudence

2.1. Comité judiciaire du Conseil privé

AG Can v AG Alta (Insurance Reference), [1916] 1 AC 588, 26 DLR 288

Attorney General for Ontario c Attorney General for the Dominion (Renvoi sur la prohibition), [1896] AC 348, 11 CRAC 222

Attorney-General for British Columbia v Attorney-General for Canada, [1937] AC 368, 1 DLR 688

Attorney-General for Ontario v Attorney-General for Canada, [1937] AC 405, 1 DLR 702

Canada (Attorney General) c Ontario (Attorney General)((Affaires des conventions de travail), [1937] AC 326, 1 DLR 673

Canada (Attorney General) v Ontario (Attorney General), [1894] AC 189, 11 CRAC 13

Citizens Insurance Co of Canada v Parsons, [1881] 7 AC 96, 8 CRAC 406

City of Montreal v Montreal Street Railway, [1912] AC 333, 1 DLR 681

Donahue v Stevenson, [1932] AC 562, [1932] All ER Rep 1

Grand Trunk Ry of Canada v Attorney-General of Canada, [1907] AC 65, [1907] CRAC 1

Hodge v R, [1883] 9 AC 117, [1883] UKPC 59

In re The Regulation and Control of Aeronautics in Canada, [1932] AC 54, 1 DLR 58

John Deere Plow Co Ltd v Wharton, [1915] AC 330, 18 DLR 353

Maritime Bank of Canada (Liquidators of) c New Brunswick (Receiver-General), [1892] AC 437, 10 CRAC 180

Ontario (Attorney General) v Winner, [1954] AC 541, 4 DLR 657

Proprietary Articles Trade Association v Attorney-General for Canada, [1931] AC 310, 2 DLR 1

R v Great West Saddlery Company, [1921] 2 AC 91, 58 DLR 1

Re Board of Commerce Act, *1919*, *and the Combines and Fair Prices Act*, *1919*, [1922] 1 AC 191, 60 DLR 513

Re Regulation & Control of Radio Communication in Canada, [1932] AC 304, 2 DLR 81

Reference Re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act, Canadian Federation of Agriculture v Attorney-General of Quebec et al (Margarine Case), [1951] AC 179, 4 DLR 689

Reference re: Natural Products Marketing Act, [1937] AC 377, 1 DLR 691

Tennant v Union Bank, [1894] AC 31, 10 CRAC 387

Toronto Corporation c Bell Telephone Co of Canada, [1905] AC 52, 13 CRAC 361

Toronto Electric Commissionner v Snider, [1925] AC 396, 2 DLR 5

2.2. Cour suprême du Canada

114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Town), 2001 CSC 40

Air Canada c Ontario (Régie des alcools), [1997] 2 RCS 581, 148 DLR (4th) 193

Alberta (Procureur général) c *Moloney*, 2015 CSC 51

Alberta Government Telephones c (Canada) Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, [1989] 2 RCS 225, 61 DLR (4th) 193

Attorney General (Ontario) c Barfried Enterprises, [1963] RCS 570, 42 DLR (2d) 137

Avis sur la Loi anti-inflation, [1976] 2 RCS 373, 68 DLR (3d) 452

Banque canadienne de l'Ouest c Alberta, 2007 CSC 22

Banque de Montréal c Hall, [1990] 1 RCS 121, 65 DLR (4th) 361

Banque de Montréal c Marcotte, 2014 CSC 55

Bell c Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, [1975] 1 RCS 25, 42 DLR (3d) 82

Bell Canada c Québec (CSST), [1988] 1 RCS 749, 51 DLR (4th) 161

Brasseries Labatt du Canada Ltée c Procureur général du Canada, [1980] 1 RCS 914, 110 DLR (3d) 594

Canada (Procureur général) c JTI-MacDonald Corp, [2007] 2 RCS 610, 281 DLR (4th) 589

Canada (Procureur général) c PHS Community Services Society, 2011 CSC 44

Canadian Pioneer Management Ltd c Conseil des relations du travail de la Saskatchewan, [1980] 1 RCS 433, 107 DLR (3d) 1

Capital Cities Comm c CRTC, [1978] 2 RCS 141, 81 DLR (3d) 609

Carter c Canada (Procureur général), 2015 CSC 5

Chaoulli c Québec (Procureur général), 2005 CSC 35

Chatterjee c Ontario (Procureur général), 2009 CSC 19

Ciment du Saint-Laurent inc c Barrette, 2008 CSC 64

Clark c Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1988] 2 RCS 680, 54 DLR (4th) 679

Commission de transport de la communauté urbaine de Québec c Canada (Commission des champs de bataille nationaux), [1990] 2 RCS 838, 74 DLR (4th) 23

Commission du Salaire Minimum c Bell Telephone Company of Canada, [1966] RCS 767, 59 DLR (2d) 145

Consolidated Fastfrate Inc c Western Canada Council of Teamsters, 2009 CSC 53

Cowen c The Attorney-General for British Columbia ex rel College of Dental Surgeons for BC, [1941] RCS 321, 2 DLR 687

General Motors of Canada Ltd c City National Leasing, [1989] 1 RCS 641, 58 DLR (4th) 255

Global Securities Corp c Colombie-Britannique (Securities Commission), 2000 CSC 21

Goodyear Tire and Rubber Co v The Queen, [1956] RCS 303, 2 DLR (2d) 11

Hollis c Dow Corning Corp, [1995] 4 RCS 634, 129 DRL (4th) 609

Hunter et autres c Southam Inc, [1984] 2 RCS 145, 11 DLR (4th) 641

Husky Oil Operation Ltd c MRN, [1995] 3 RCS 453, 128 DLR (4th) 1

Huson v South Norwich (Township), [1895] 24 RCS 145, 1895 CarswellOnt 30

Infineon Technologies AG c Option consommateurs, 2013 CSC 59

Irwin Toy Ltd c Québec (Procureur général), [1989] 1 RCS 927, 58 DLR (4th) 577

Jackson c Jackson, [1973] RCS 205, 29 DLR (3d) 641

Johannesson c Municipality of West St Paul, [1952] 1 RCS 292, 4 DLR 609

Kirkbi AG c Gestions Ritvik Inc, 2005 CSC 65

La Reine c Saskatchewan Wheat Pool, [1983] 1 RCS 205, 143 DLR (3d) 9

Lambert c Lastoplex Chemicals Co, [1972] RCS 569, 25 DLR (3d) 121

Law Society of British Columbia c Mangat, 2001 CSC 67

Le procureur général de l'Ontario c SEFPO, [1987] 2 RCS 2, 41 DLR (4th) 1

Letter Carrier's Union of Canada c Canadian Union of Postal Workers et al, [1975] 1 RCS 178, 40 DLR (3d) 105

MacDonald et al c Vapor Canada Ltd, [1977] 2 RCS 134, 66 DLR (3d) 1

Mann c The Queen, [1966] RCS 238, 56 DLR (2d) 1

Marine Services International Ltd c Ryan (Succession), 2013 CSC 44

Multiple Access Ltd c *McCutcheon*, [1982] 2 RCS 161, 138 DLR (3d) 1

Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique, 2014 CSC 44

NIL/TU,O Child and Family Services Society c BC Government and Service Employees' Union, 2010 CSC 45

Nova Scotia Board of Censors c McNeil, [1978] 2 RCS 662, 84 DLR (3d)

Nykorak c Attorney General of Canada, [1962] RCS 331, 33 DLR (2d) 373

O'Grady c Sparling, [1960] RCS 804, 25 DLR (2d) 145

Ontario Hydro c Ontario (Commission des relations de travail), [1993] 3 RCS 327, 107 DLR (4th) 457

Orphan Well Association c Grant Thornton Ltd, 2019 CSC 5

PG (Can) c Transports nationaux du Can, Ltée, [1983] 2 RCS 206, 3 DLR (4th) 16

Pioneer Corp c Godfrey, 2019 CSC 42

Prebushewski c Dodge City Auto (1984) Ltd, 2005 CSC 28

Pro-Sys Consultants Ltd c Microsoft Corporation, 2013 CSC 57

Procureur général (Québec) c Kellogg's Co of Canada et autre, [1978] 2 RCS 211, 83 DLR (3d) 314

Québec (Procureur général) c Canada (Procureur général), 2015 CSC 14

Québec (Procureur général) c Canada (Ressources humaines et Développement social), 2011 CSC 60

Québec (Procureur général) c Canadian Owners and Pilots Association, 2010 CSC 39

Québec (Procureur général) c Lacombe, 2010 CSC 38

Québec Ready Mix Inc c Rocois Construction Inc, [1989] 1 RCS 695, 60 DLR (4th) 124

R c Crown Zellerbach Canada Ltd, [1988] 1 RCS 401, 49 DLR (4th) 161

R c Demers, 2004 CSC 46

R c Hauser, [1979] 1 RCS 984, 98 DLR (3d) 193

R c Hydro-Quebec, [1997] 3 RCS 213, 151 DLR (4th) 32

R c Malmo-Levine; *R c Caine*, 2003 CSC 74

R c Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 RCS 606, 93 DLR (4th) 36

R c Penunsi, 2019 CSC 39

R c s (S), [1990] 2 RCS 254, [1990] SCJ nº 66

R c Swain, [1991] 1 RCS 933, [1991] SCJ nº 32

R c Wetmore, [1983] 2 RCS 284, 2 DLR (4th) 577

R c Wholesale Travel Group Inc, [1991] 3 RCS 154, 84 DLR (4th) 161

R c Wigglesworth, [1987] 2 RCS 541, 45 DLR (4th) 235

R v Campbell, [1966] SCJ nº 67, 58 DLR (2d) 673

Re Bozanich, [1942] RCS 130, 2 DLR 145

Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944 of Saskatchewan, [1947] RCS 394, 3 DLR 689

Reference re legislative jurisdiction of Parliament of Canada to enact the Dominion Trade and Industry Commission Act, [1936] RCS 379, 3 DLR 607

Reference Re Minimum Wage Act of Saskatchewan, [1948] RCS 248, 3 DLR 801

Reference re Regulation and Control of Aeronautics in Canada, [1930] RCS 663, 1 DLR 13

Reference re Section 498A of the Criminal Code, [1936] RCS 363, 3 DLR 593

Reference re Validity of Section 5 (a) Dairy Industry Act, [1949] RCS 1, 1 DLR 433

Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of s 498 of the Criminal Code, [1929] RCS 409, 2 DLR 802

Régie des services publics et autres c Dionne et autres, [1978] 2 RCS 191, 83 DLR (3d) 178

Renvoi relatif à la Loi sur la non-discrimination génétique, 2020 CSC 17

Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, 2010 CSC 61

Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can), 2000 CSC 31

Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, 2011 CSC 66

Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, 2018 CSC 48

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 RCS 3, 150 DLR (4th) 577

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217, 161 DLR (4th) 385

Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services, [1992] 2 RCS 445, 94 DLR (4th) 51

Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, 2021 CSC 11

Richard c Time Inc, 2012 CSC 8

RJR-MacDonald Inc c Canada (Procureur général), [1995] 3 RCS 199, 127 DLR (4th) 1

Rocois Construction Inc c Québec Ready Mix Inc, [1990] 2 RCS 440, [1990] SCJ nº 77

Rogers Communications Inc c Châteauguay (Ville), 2016 CSC 23

Ross c Registrar of Motor Vehicles et al, [1975] 1 RCS 5, 42 DLR (3d) 68

Rothmans, Benson & Hedges Inc c Saskatchewan, [2005] 1 RCS 188, 250 DLR (4th) 411

S & S Industries Inc v Rowell, [1966] RCS 419, 56 DLR (2d) 501

Saskatchewan (Procureur général) c Lemare Lake Logging Ltd, 2015 CSC 53

Schneider c La Reine, [1982] 2 RCS 112, 139 DLR (3d) 417

Shaklee Canada Inc c Canada (Procureur général), [1988] 1 RCS 662, [1988] SCJ nº 29

Siemens c Manitoba (Procureur général), 2003 CSC 3

Smith v The Queen, [1960] RCS 776, 25 DLR (2d) 225

Sun-Rype Products Ltd c Archer Daniels Midland Company, 2013 CSC 58

Supermarchés Dominion Ltd c R, [1980] 1 RCS 844, 106 DLR (3d) 581

Téléphone Guèvremont Inc c Québec (Régie des télécommunications), [1994] 1 RCS 878, 112, DLR (4th) 127

Terre-Neuve-et-Labrador c AbitibiBowater Inc, 2012 CSC 67

Tessier Ltée c Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), 2012 CSC 23

The King v Eastern Terminal Elevator, [1925] RCS 434, 3 DLR 1

Thibodeau c Air Canada, 2014 CSC 67

Thomson Newspapers Ltd c Canada (Directeur des enquêtes et recherches, *commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 RCS 425, 67 DLR (4th) 161

Tomell Investments Ltd c East Marstock Lands Ltd, [1978] 1 RCS 974, 77 DLR (3d) 145

Transport Desgagnés inc c Wärtsilä Canada Inc, 2019 CSC 58

Tropwood AG et autres c Sivaco Wire & Nail Co et autres, [1979] 2 RCS 157, 99 DLR (3d) 235

Uber Technologies Inc c Heller, 2020 CSC 16

Vivendi Canada Inc c Dell'Aniello, 2014 CSC 1

VK Mason Construction Ltd c Banque de Nouvelle-Écosse, [1985] 1 RCS 271, 16 DLR (4th) 598

Ward c Canada (PG), [2002] 1 RCS 569, 210 DLR (4th) 42

Western Canadian Shopping Centres Inc Dutton, 2001 CSC 46

Zacks c Zacks, [1973] RCS 891, 35 DLR (3d) 420

2.3. Cours fédérales

Procureur général du Canada c Quebec Ready Mix Inc, [1985] 2 CF 40, 25 DLR (4th) 373 (CAF)

Bell Canada c British Columbia Broadband Association, 2020 CAF 140

Bensol Customs Brokers Ltd v Air Canada, [1979] 2 CF 575, 99 DLR (3d) 623 (CAF)

Berryland Canning Co Ltd c The Queen, [1974] 1 CF 91, 44 DLR (3d) 568 (CF)

Canada c Shaklee Canada Inc, [1985] 1 CF 593, 38 Alta LR (2d) 289 (CAF)

CE Jamieson & Co (Dominion) c Canada (Attorney General), [1988] 1 CF 590, 46 DLR (4th) 582 (CF)

International Air Transport Association et al c Procureur général du Canada et al, nº A-311-19 (CAF)

Rocois Construction Inc c Quebec Ready Mix Inc, [1980] 1 CF 184, 105 DLR (3d) 15 (CF)

Saputo Inc c Canada (Attorney General), 2011 CAF 69

Wilson v Telus Communications Inc, 2019 FC 276

2.4. Cours provinciales

Alberta

Associated Cab Limousine Ltd v Calgary (City), 2009 ABCA 181

MTS Allstream Inc v Telus Communication Co, 2009 ABCA 372

Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act, 2020 ABCA 74

Colombie-Britannique

Benson and Hedges (Canada) Ltd et al v Attorney-General of British Columbia, [1972] BCJ Nº 417, 27 DLR (3d) 257 (BCSC)

R v Goldsmid, [1932] BCJ nº 37, (1932) 45 BCR 435 (BCSC)

R. v Cariboo Pulp & Paper Company Ltd, 2007 BCSC 1641

Standard Sausage Co v Lee, [1933] BCJ Nº 79, 4 DLR 501; [1934] BCJ Nº 119, [1934] 1 DLR 706 (BCCA)

Unlu v Air Canada, 2012 BCSC 60

Unlu v Air Canada, 2013 BCCA 112

Wakelam v Wyeth Consumer Healthcare/Wyeth Soins de Sante Inc, 2014 BCCA 36

Watson v Bank of America Corporation, 2015 BCCA 362

Manitoba

R v Cosman's Furniture (1972) Ltd, [1976] MJ Nº 97, 73 DLR (3e) 312 (MBCA)

Shaw Cablesystems (SMB) Ltd et al v MTS Communications Inc et al, 2006 MBCA 29

Ontario

Goldman et al v Hoffmann-La Roche Ltd, [1987] 60 OR (2d) 161, 42 DLR (4th) 436 (ONCA)

Kreutner v Waterloo Oxford Co-operative Inc, [2000] 50 OR (3d) 140, OJ Nº 3031 (ONCA)

Nelson v Telus Communications Inc (Part 1), 2021 ONSC 22

Nelson v Telus Communications Inc (Part 2), 2021 ONSC 23

Nelson v Telus Communications Inc (Part 3), 2021 ONSC 24

Nelson v Telus Communications Inc, 2021 ONCA 751

Regina v Campbell, [1964] 2 OR 487, 46 DLR (2d) 83 (ONCA)

Regina v Hoffmann-La Roche Ltd (Nos. 1 and 2), [1981] 33 OR (2d) 694, 125 DLR (3d) 607 (ONCA)

Regina v Steinberg's Ltd, [1977] 17 OR (2d) 559, 80 DLR (3d) 741 (ONSC)

Québec

127097 Canada Ltd c Québec (Procureur général), [1991] RJQ 2526, JE 91-1589 (QCCA)

Association canadienne des télécommunications sans fil c Procureure générale du Québec, 2018 QCCS 3159

Bell Canada c Aka-Trudel, 2018 QCCA 829

Bell Canada c Directeur des poursuites criminelles et pénales (Office de la protection du consommateur); Telus Communications Inc c Directeur des poursuites criminelles et pénales (Office de la protection du consommateur), 2022 QCCA 408

Canada (Procureur général) c Alex Couture inc, [1991] RJQ 2534, 83 DLR (4th) 577 (QCCA)

Canada (Procureur Général) c RJR-MacDonald inc, [1993] RJQ 375, 102 DLR (4th) 289 (QCCA)

Castro c Air Canada, 2012 QCCQ 10869

Choquette c Air Canada, 2017 QCCS 234

Directeur des poursuites criminelles et pénales c Bell Canada, 2019 QCCQ 2144.

Directeur des poursuites criminelles et pénales c Telus Communications inc, 2019 QCCQ 2143

Directeur des poursuites criminelles et pénales c Telus Communications inc, 2020 QCCS 1850

Fédération des chambres immobilières du Québec c DuProprio inc, 2016 QCCS 1633

Gartner c Air Canada, 2011 QCCQ 4450

Hurst c *Air Canada*, 2017 QCCS 223

Imperial Tobacco Canada ltée c Conseil québécois sur le tabac et la santé, 2019 QCCA 358

Masson c Telus Mobilité, 2019 QCCA 1106

Merck Canada inc c Procureur général du Canada, 2022 QCCA 240

Meubles Léon ltée c Option consommateurs, 2020 QCCA 44

Morin c Bell Canada, 2012 QCCS 4191

Paquin c Air Canada Baggage Claims, 2013 QCCQ 6382

PG du Québec c Greenspoon, JE 80-997, [1980] CA 587

Plourde c Service aérien FBO inc, JE 2006-390, EYB 2005-98439 (QCCS)

Préfontaine c Sunwing, 2017 QCCQ 2589

Procureur général du Québec c Association canadienne des télécommunications sans fil, 2021 QCCA 730

Procureur général du Québec c Gallant, 2021 QCCA 1701

Procureur général du Québec c Murray-Hall, 2021 QCCA 1325

Quality Plus Tickets inc c Québec (Procureur général), 2013 QCCS 3780

R c Miracle Mart Inc, [1981] CP 1018, 68 CCC (2d) 242 (QCCS)

Renvoi concernant la compétence du Parlement du Canada en matière de valeurs mobilières, 2011 QCCA 591

Renvoi fait par le gouvernement du Québec en vertu de la Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., ch. R-23, relativement à la constitutionnalité des articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2 (Dans l'affaire du), 2008 QCCA 1167

Riendeau c Cie de la Baie d'Hudson, [2004] RJQ 3013, JE 2004-2138 (QCCS)

Rosenberg c Westjet, 2007 QCCQ 2184

Télébec c 9238-0831 Québec inc (Caféier-Boustifo), 2020 QCCA 1720

Télévision communautaire et indépendante de Montréal (TVCI-MTL) c Vidéotron, 2018 QCCA 527

Union des consommateurs c Air Canada, 2014 QCCA 523

Valois c Factorerie de tapis Ltée/Factory Carpet Ltd, [1986] RJQ 683, JE 86-288 (CSPQ)

Yalaoui c Air Algérie, 2017 QCCS 5479

Saskatchewan

Wuttunee v Merck Frosst Canada Ltd, 2007 SKQB 29

3. Doctrine et autres documents

3.1. Articles de périodiques

Aitken, Melanie L, « The 2009 Amendments to the Competition Act: Reflecting on their Implementation and Enforcement and Looking Toward the Future » (2012) 25:2 Can Competition LR 659

Arbour, Marie-Ève et Simon Johnson-Bégin, « L'encadrement juridique des rappels et des retraits de produits de consommation » (2012) 37 Gestion 17

Arbour, Marie-Ève, « Chronique: Petite visite guidée de la Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation », *Repères*, Cowansville, Yvon Blais, 2012

Arbour, Marie-Ève, « L'obsolescence programmée et la LPC (chronique d'un petit combat annoncé) », *Repères*, Cowansville, Yvon Blais, 2015

Arbour, Marie-Ève, « Sécurité des produits, santé des consommateurs, responsabilités et constitutions: synergies comparées » (2013) RD & santé McGill 169

Averitt, Neil W et Robert H Lande, « Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law » (1997) 65 Antitrust LJ 713

Axworthy, Christopher S, « Recent Developments in Consumer Law in Canada » (1980) 29 ICLQ 346

Beales, Howard, Richard Craswell et Steven C Salop, « The Efficient Regulation of Consumer Information » (1981) 24:3 JL & Econ 491

Belobaba, Edward P, « Unfair Trade Practices Legislation: Symbolism and Substance in Consumer Protection » (1977) 15:2 Osgoode Hall LJ 327

Bernier, Ivan, « La langue d'étiquetage des produits de consommation: Le pouvoir constitutionnel de légiférer » (1974) 15:3 C de D 533

Biddulph, Michelle, « Shifting the Tide of Canadian Federalism: The Operation of Provincial Interjurisdictional Immunity in the Post-Canadian Western Bank Era » (2014) 77 Sask L Rev 45

Bisping, Christopher et Timothy Dodsworth, « Consumer Protection and the Regulation of Mobile Phone Contracts: A Study of Automatically Renewable Long-Term Contracts Across Jurisdictions » (2019) 42 J of Consumer Policy 349

Blakney, John F et al, « Safe Food for Canadians Act » (2013) 54:3 Can Community LJ 396

Blakney, John F, Margot Patterson et Andrew Lanouette, « The Canada Consumer Protection Safety Act: A Review » (2011) 51:2 Can Community LJ 211

Bonin, Bernard, « Le Conseil économique du Canada et la réforme des lois sur les pratiques commerciales restrictives » (1969) 45:2 Actualité économique 326

Boulanger-Bonnelly, Jérémy, « L'Affaire Marcotte à l'intersection du fédéralisme, de la protection du consommateur et de l'accès à la justice » (2021) 103 SCLR (2d) 103

Bourgoignie, Thierry et Guy Delvax, « La fonction de consommation et le droit de la consommation: l'enjeu réel » (1981) 7 RIEJ 1

Bowes, Richard H, « Annual Percentage Rate Disclosure in Canadian Cost of Credit Disclosure Laws » (1998) 29:2 Can Bus LJ 183

Brouillet, Eugénie, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (2004) 45 C de D 7

Brouillet, Eugénie, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada: quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs » (2010) 3 RQDC 1

Brouillet, Eugénie, « The Federal Principle and the 2005 Balance of Powers in Canada » (2006) 34 SCLR (2d) 307

Brown, Nancy E, « Balancing the Powers to Prosecute in Canada: Comment on *A.G. Canada v. C.N. Transport* and *R. v. Wetmore, Kripps Pharmacy* », (1985) 29 McGill LJ 699

Buchwald, Harold, « Consumer Protection in the Community: The Canadian Experience – An Overview » (1977) 2:2 Can Bus LJ 182

Cafaggi, Fabrizio « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée » (2004) 109 Rev fr admin pub 23

Cafaggi, Fabrizio et Hans-W Micklitz, « Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment » (2008) 3 Eur R Priv L 391

Cairns, Alan C, « The Judicial Committee and its Critics » (1971) 4 Can J of Pol Sci 301

Canivet, Guy, « Cycle de conférences de la Cour de cassation: Droit de la concurrence et droit de la consommation: complémentarité ou divergences ? » (2006) 9 Rev Lamy de la concurrence 134

Carrière, Scott A, « The Emergence of a Normative Principle of Co-operative Federalism and its Application » (2021) 58:4 Alta LR 897

Chapman, Ross A, « Recent Changes in Canadian Food and Drug Legislation » (1970) 25:7 Food & Drug LJ 338

Chevrette, François, « La responsabilité du transporteur aérien et la Constitution » (1981) 26:3 RD McGill 607

Chevrette, François, « Problèmes de juridiction » (1971) 108 Maintenant 220

Cleven, Bruce, « Dame Pilon v. Marion, Knapp et les héritiers de Julien Bellemarre » (1964) 10:3 McGill LJ 272

Couture-Ménard, Marie-Ève et Marie-Lynda Pierre-Louis, « La fin des petits cigares au punch tropical: le Canada est-il exemplaire pour contrer les astuces de l'industrie du tabac ? » (2017) 11:2 RD & santé McGill 140

Cuming, Ronald CC, « The Credit Consumer in Trouble: Remedies of Canadian Consumer Creditors » (1968) 15:1 McGill LJ 48

Cumyn, Michelle, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle: leurs finalités, leur efficacité » (2007) 41 RJT 1

Cunningham, Rob, « R.J.R.-MacDonald Inc. V. Canada (A.G.): Reflection from the Perspective of Health » (1995) 40 McGill LJ 229

Curran, R E, « Canada's Food and Drug Act » (1946) 1:4 Food & Drug LJ 492

Diawara, Karounga, « La réforme du droit des ententes anticoncurrentielles: aperçu du domaine du nouveau régime hybride à double volet » (2010) 1:3 Bull de D econ 23

Elliot, Robin, « Interjurisdictional Immunity after Canadian Western Bank and Lafarge Canada Inc: The Supreme Court Muddies the Doctrinal Waters – Again » (2008) 43 SCLR (2d) 433

Elliot, Robin, « Safeguarding Provincial Autonomy from the Supreme Court's New Federal Paramountcy Doctrine: A Constructive Role for the Intention to Cover the Field Test? » (2007) 38 SCLR (2d) 629

Finkelstein, Neil, « General Motors of Canada Limited v. City National Leasing; Quebec Ready Mix Inc. v. Rocois Construction Inc. » (1989) 68:4 Can Bar Rev 802

Fraiberg, Jeremy D et Michael J Trebilcock, « Risk Regulation: Technocratic and Democratic Tools for Regulatory Reform » (1998) 43:4 McGill LJ 835

Furey, John, « Interjurisdictional Immunity: The Pendulum Has Swung » (2008) 42 SCLR (2d) 597

Gagné, Mathieu, « Réflexions sur l'ensemble normatif dans lequel s'organise la régulation des médicaments » (2006) 37 RDUS 59

Garon, Jean-R et Jean-Claude Royer, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial canadien et québécois » (1972) 50:3 R du B can 389

Gaudreault-DesBiens, Jean-François et Noura Karazivan, « Dissipating Normative Fog: Revisiting the POGG's National Concern Test » (2021) 55:1 RJT 103

Gaudreault-DesBiens, Jean-François, « Cooperative Federalism in Search of a Normative Justification: Considering the Principle of Federal Loyalty » (2014) 23:4 Const Forum Const 1

Gélinas, Fabien, « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation » (1994) 28 RJT 507

Gibson, Dale, « And One Step Backward: The Supreme Court and Constitutional Law in the Sixties » (1975) 53 Can B Rev 621

Gibson, Dale, « Case Comment: A Representative Ruling: Attorney General of Quebec v. Irwin Toy Limited » (1990) 69:2 Can Bar Rev 339

Gleixner, Micheline, « Consumer Credit in Canada: A Regulatory Patchwork » (2020) 43:2 Dal LJ 697

Glover, Kate, « Structural Cooperative Federalism » (2016) 76 SCLR (2d) 45

Goudreau, Mistrale et Jennifer Quaid, « De quelques développements récents en droit de la concurrence » (2009) 22:2 CPI 319

Hadfield, Gillian K, Robert Howse et Michael J Trebilcock, « Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy » (1998) 21:2 J of Consumer Policy 131

Hartery, Jesse, « Towards A Restrained Approach to Canadian Federal Paramountcy » (2017), en ligne: http://federalidea.ca/fideawp/wp-content/uploads/2017/08/Hartery_ang.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Hodge, Christopher, « Collective Redress: The Need for New Technologies » (2019) 42:1 J of Consumer Policy 59

Hogg, Peter W et Warren Grover, « The Constitutionality of the Competition Bill » (1976) 1 Can Bus LJ 197

Hogg, Peter W, « Comment on James C. MacPherson's Paper on Economic Regulation and the British North America Act » (1981) 5:2 Can Community LJ 220

Hogg, Peter W, « Narrowing Interjurisdictional Immunity » (2008) 42 SCLR (2d) 623

Honickman, Asher, « Watertight Compartments: Getting Back to the Constitutional Division of Powers » (2017) 55 Alta L Rev 225

Howells, Geraint et Thomas Wilhelmsson, « EC and US Approaches to Consumer Protection – Should the Gap Be Bridged? » (1997) 17:1 Yearbook of Eur L 207

Huppé, Luc, « Le pouvoir accessoire en droit constitutionnel canadien » (1985) 63:4 R du B can 744

Iacobucci, Edward, Michel J Trebilcock et Raph A Winter, « The Canadian Experience with Deregulation » (2006) 56:1 U Toronto LJ 1

Issalys, Pierre, « Les sanctions administratives de l'assurance-emploi: entre solidarité, assurance et répression » (2009) 50:3-4 C de D 825

Jacoby, Jacob, « Perspectives on Information Overload » (1984) 10 J of Cons Research 432

Jamal, Mahmud, « Constitutional Issues in Canadian Competition Litigation » (2004-2005) 41 Can Bus LJ 66

Jamal, Mahmud, « Is PIPEDA Constitutional ? » (2006) 43:3 Can Bus LJ 434

Karazivan, Noura et Jean-François Gaudreault-DesBiens, « On Polyphony and Paradoxes in the Regulation of Securities within the Canadian Federation » (2010) 49:1 Can Bus LJ 1

Karazivan, Noura, « Le fédéralisme coopératif entre territorialité et fonctionnalité: Le cas des valeurs mobilières » (2016) 46 RGD 419

Kerr, Robert, « The Scope of Federal Power in Relation to Consumer Protection » (1980) 12 Ottawa LR 119

Kushner, Howard L, « *Dominion Stores* and *Labatt Breweries*: Signals of a Return to the Theory of Provincial Rights » (1981) 19:1 Osgoode Hall LJ 118

L'Heureux, Nicole, « Des développements en matière de crédit et de protection du consommateur » (1977) 37:1 R du B 99

L'Heureux, Nicole, « L'identification du consommateur, son besoin de protection » (1979) 39:1 R du B 41

LaBrie, F E, « Canadian Constitutional Interpretation and Legislative Review » (1950) 8:2 UTLJ 298

Lacoursière, Marc et Frédéric Lévesque, « Le remboursement par anticipation d'un prêt hypothécaire par un consommateur: enjeux et perspectives de réforme » (2016) 57:4 C de D 583

Lampron, Louis-Philippe, « L'encadrement juridique de la publicité écologique fausse ou trompeuse au Canada: une nécessité pour la réalisation du potentiel de la consommation écologique ? » (2005) 35 RDUS 449

Laskin, Bora, « Peace, Order and Good Government Re-Examined » (1947) 25:10 Can Bar Rev 1054

Leary, Thomas B, « Competition Law and Consumer Protection Law: Two Wings of the Same House » (2005) 72:3 Antitrust LJ 1147

Leclair, Jean, « Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement » (1996) 27:2 RGD 137

Leclair, Jean, « L'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière d'évaluation des incidences environnementales au Canada » (1995) 21:1 Queen's LJ 37

Leclair, Jean, « L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la Loi constitutionnelle de 1867 » (1994) 28:2 RJT 661

Leclair, Jean, « L'interaction entre le droit privé fédéral et le droit civil québécois en matière d'effets de commerce: perspective constitutionnelle » (1995) 40 RD McGill 691

Leclair, Jean, « La Constitution par l'histoire: portée et étendue de la compétence fédérale exclusive en matière de lettres de change et de billets à ordre » (1992) 33:2 C de D 535

Leclair, Jean, « La théorie des dimensions nationales: une boîte à phantasmes – *Canada (Procureur Général)* c. *R.J.R.-MacDonald inc.* » (1993) 72 R du B can 524

Leclair, Jean, « Please, Draw Me a Field of Jurisdiction »: Regulating Securities, Securing Federalism » (2010) 51 SCRL (2nd) 555

Leclair, Jean, « The Elusive Quest for the Quintessential National Interest » (2005) 38:2 UBC L Rev 353

Leclair, Jean, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity » (2003) 28 Queen's LJ 411

Lederman, William R, « Some Forms and Limitations of Co-operative Federalism » (1967) 45:3 Can Bar R 409

Lederman, William R, « The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada » (1963) 9 McGill LJ 185

Lee, Ian B, « The Assisted Human Reproduction Act Reference and The Federal Criminal law Power » (2011) 90 Can Bar Rev 471

Lehaire, Benjamin, « L'action en concurrence déloyale et les recours indemnitaires canadiens en matière de concurrence » (2016) 46 RDUS 507

Lehaire, Benjamin, « La juridicité des programmes de conformité en droit de la concurrence canadien: analyse croisée de la responsabilité pénale de l'entreprise et du droit de la concurrence » (2016) 50:3 RJT 693

Lehaire, Benjamin, « La protection du consommateur par le droit de la concurrence: analyse civiliste et pratique des positions canadienne et européenne » (2016) 3 RIDE 289

MacCrimmon, M T, « Controlling Anticompetitive Behavior in Canada: A Contrast to the United States » (1983) 21:4 Osgoode Hall LJ 569

Macdonald, Vincent C, « Judicial Interpretation of the Canadian Constitution » (1936) 1:2 UTLJ 260

Macdonald, Vincent C, « The Privy Council and the Canadian Constitution » (1951) 29:10 Can Bar Rev 1021

MacGuigan, Mark, « The Privy Council and the Supreme Court: A Jurisprudential Analysis » (1966) 4:3 Alta L Rev 419

MacKenzie, J A, « What is Interest? Tomell Investments Limited v. East Marstock Lands Limited » (1980) 25:1 McGill LJ 121

MacPherson, James C, « Economic Regulation and the British North America Act: *Labatt Breweries* and Other Constitutional Imbroglios » (1981) 5:2 Can Community LJ 172

Mathieu, Catherine, « Do Consumers Really Benefit from the Federal Paramountcy Doctrine? A Critique of *Director of Criminal and Penal Prosecutions v Telus Communications Inc.* » (2020) 29:3 Const Forum Const 11

McDonald, Bruce C, « Constitutional Aspects of Canadian Anti-Combines Law Enforcement » (1969) 47:2 Can Bar Rev 161

McDonald, Bruce C, « Criminality and the Canadian Anti-Combines Laws » (1965) 4:1 Alta L Rev 67

McNairn, Colin H, « Aeronautics and the Constitution » (1971) 49:3 Can Bar Rev 411

Mitchell, Graeme M, « Not a General Regulatory Power – A Comment on Reference re Assisted Human Reproduction Act » (2011) 54 SCLR (2d) 633

Monahan, Patrick J, « At Doctrine's Twilight: The Structure of Canadian Federalism » (1984) 34 U of T LJ 47

Nadeau, Denis, « L'intérêt de l'argent en droit constitutionnel canadien » (1985) 16:1 RDUS 1

Neilson, William A W, « Administrative Remedies: The Canadian Experience with Assurances of Voluntary Compliance in Provincial Trade Practices Legislation » (1981) 19:2 Osgoode Hall LJ 153

Newman, Dwight, « Canada's Re-Emerging Division of Powers and The Unrealized Force of Reciprocal Interjurisdictional Immunity» (2011) 20 Const Forum 1

Newman, Dwight, « The PHS Case and Federalism-Based Alternatives to Charter Activism » (2013) 22:1 Const Forum 85

Newman, Warren J, « The Promise and Limits of Cooperative Federalism as a Constitutional Principle » (2016) 76 SCLR (2d) 67

Nisker, Josh, « PIPEDA: A Constitutional Analysis » (2006) 85:2 Can B Rev 317

Nordhausen Scholes, Annette, « Behavioural Economics and the Autonomous Consumer » (2011-2012) 14 Cambridge YB Eur Legal Stud 297

O'Brien, Marc-Étienne, « Les recours possibles de l'acheteur à l'encontre des pratiques de contrainte à la fidélité ou à la surconsommation (PCFS) en droit de la vente » (2016) 46:1 RGD 71

O'Grady, James M, « Consumer Remedies » (1982) 60 Can Bar Rev 549

Paquette, Richard, « Étude sur les compétences constitutionnelles en matière d'aéronautique et d'aménagement aéroportuaire au Canada » (1979) 57 R du B can 281

Parrish, Michael D, « On Smokes and Oakes: A Comment on RJR-MacDonald Inc v Canada (AG) » (1997) 24 Man LJ 665

Patenaude, Micheline, « L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange » (1990) 21:1 RDUS 1

Patenaude, Pierre, « Érosion graduelle de la règle de l'étanchéité: une nouvelle menace à l'autonomie du Québec » (1979) 20:1/2 C de D 229

Pavlović, Marina, « Contracting out of Access to Justice: Enforcement of Forum-Selection Clauses in Consumer Contracts » (2016) 62:2 McGill LJ 389

Penner, Jonathan, « The Curious History of Interjuridictional Immunity and its (Lack of) Application to Federal Legislation » (2011) 90:1 Can Bar R 1

Pitch, Harvin, « Consumer Credit Reform: The Case for a Renewed Federal Initiative » (1972) 5:2 Ottawa L Rev 324

Pless, Alexander, « Uncooperative Thoughts About Cooperative Federalism » (2020) 99 SCLR (2nd) 135

Poirier, Johanne, « Quand le non-droit fait la loi: les ententes entre partenaires fédéraux et l'hypothèse du pluralisme juridique », Site collaboratif de recherches sur l'avenir du droit public, 2015, en ligne: https://ssrn.com/abstract=2695865 (consultée le 10 novembre 2022)

Poirier, Johanne, « Souveraineté parlementaire et armes à feu: le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire » (2015) 45 RDUS 198

Poirier, Johanne, « The 2018 Pan-Canadian Securities Regulation Reference: Dualist Federalism to the Rescue of Cooperative Federalism » (2020) 94 SCLR (2d) 85

Poirier, Johanne, « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien: les ententes intergouvernementales » (2009) 1 RQDC 1

Ramsay, Iain, « Framework for Regulation of the Consumer Marketplace » (1985) 8:4 J of Consumer Policy 353

Reich, Norbert, « Diverse Approaches to Consumer Protection Philosophy » (1992) 14 J of Consumer Policy 257

Richard, Hugues, « De la constitutionnalité de l'alinéa 7(b) de la Loi sur les marques de commerce » (1988-89) 1 CPI 229

Robitaille, David. « La *Charte de la langue française*: une *entrave* aux activités essentielles des entreprises privées de compétence fédérale au Québec ? » (2013) 43 RDUS 645

Romaniuk, Bohdan S et Hudson N Janisch, « Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition ? » (1986) 18 Ottawa L Rev 561

Ross, Thomas W, « Introduction: The Evolution of Competition Law in Canada » (1988) 13:1/2 Rev of Industrial Organization 1

Ryder, Bruce, « Equal Autonomy in Canadian Federalism: The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers » (2011) 54 SCLR (2d) 565

Ryder, Bruce, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism » (1990-1991) 36 McGill LJ 308

Ryder, Bruce, « The End of Umpire?: Federalism and Judicial Restraint » (2006) 34 SCLR (2d) 245

Schneiderman, David, « A. V. Dicey, Lord Watson, and the Law of the Canadian Constitution in the Late Nineteenth Century » (1998) 16:3 Law & Hist Rev 495

Shaffer, Howard B, « The Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Limited » (1965) 11:3 McGill L J 268

Sharpe, Robert J, « The Constitutional Legacy of Chief Justice Brian Dickson » (2000) 38:1 Osgoode Hall LJ 189

Shaul, Jeffrey C et Michael J Trebilcock, « The Administration of the Federal Hazardous Products Act » (1982) 7:1 Can Community LJ 2

Shavell, Steven, « A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulation » (1984) 15:2 Rand J of Economics 271

Shavell, Steven, « Liability for Harm versus Regulation of Safety » (1984) 13:2 J Leg Stud 357

Smith, Herbert A, « The Residue of Power in Canada » (1926) 4:7 Can Bar Rev 432

Smith, Rhonda et Stephen King, « Does Competition Law Adequately Protect Consumers? » (2007) 28:7 ECLR 412

Swinton, Katherine, « Federalism and Provincial Goverment Immunity » (1979) 29:1 UTLJ 1

Swinton, Katherine, « Federalism under Fire: The Role of the Supreme Court of Canada » (1992) 55:1 Law & Contemp Probs 121

Trebilcock, Michael J, « Consumer Protection in the Affluent Society » (1970) 16:2 McGill LJ 263

Trebilcock, Michael J, « The Supreme Court and Strengthening the Conditions for Effective Competition in the Canadian Economy » (2001) 80 Can Bar Rev 542

Tuck, Raphael, « Canada and the Judicial Committee of the Privy Council » (1941) 4:1 UTLJ 33

Tyrhuts, John S, « Monopoly Lost? The Legal and Regulatory Path to Canadian Telecommunications Competition, 1979-2002 » (2001-2002) 33 Ottawa L Rev 385

Vedder, Hans, « Competition Law and Consumer Protection: How Competition Law can be Used to Protect Consumers Even Better – or Not » (2006) 17:1 Eur Bus L Rev 83

Vézina, Nathalie et Françoise Maniet, « La sécurité du consommateur au Québec… deux solitudes: mesures préventives et sanctions civiles des atteintes à la sécurité » (2008) 49:1 C de D 57

Von Tigerstrom, Barbara, « A Consumer Protection Perspective on Regulation for Healthier Eating » (2016) 39:2 Dal LJ 471

Waldron, Mary Anne, « A Brief History of Interest Caps in Canadian Consumer Lending: Have We Learned Enough from the Past » (2011) 50 Can Bus LJ 300

Waldron, Mary Anne, « The Federal Interest Act: It Sure is Broke, But is It Worth Fixin » (1998) 29:2 Can Bus LJ 161

Waterman, J B, « In Defence of the Unconscionable Transactions Relief Act » (1963) 21 UT Fac L Rev 117

Whyte, John D, « Federal Powers over the Economy: Finding New Jurisdictional Room » (1987) 13:3 Can Bus LJ 257.

Wright, Joshua D, « Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: An Empirical Perspective » (2007) 2:3 New York U J of L & Liberty 470

Wright, Wade, « Facilitating Intergovernmental Dialogue: Judicial Review of the Division of Powers in the Supreme Court of Canada » (2010) 51 SCLR (2d) 625

Ziegel, Jacob S, « Canadian Consumer Law and Policies 40 Years Later: A Mixed Report Card » (2011) 50 Can Bus LJ 259

Ziegel, Jacob S, « Consumer Credit Regulation: A Canadian Consumer-Oriented Viewpoint » (1968) 68:3 Colum L Rev 488

Ziegel, Jacob S, « Recent Developments in Canadian Consumer Credit Law » (1973) 36:5 Mod L Rev 479

Ziegel, Jacob S, « Recent Legislative and Judicial Trends in Consumer Credit in Canada » (1970) 8:1 Alta L Rev 59

Ziegel, Jacob S, « The Legal Regulations of Consumer Credit in Canada » (1966) 31:2 Sask Bar Rev 103

Ziegel, Jacob, « The Future of Canadian Consumerism » (1973) 51 Can Bar Rev 191

3.2. Articles dans un ouvrage collectif

Adam, Marc-Antoine, Josée Bergeron et Marianne Bonnard, « Intergovernmental Relations in Canada: Competing Visions and Diverse Dynamics » dans Johanne Poirier, Cheryl Saunders et John Kincaid, dir, *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 135

Anisman, Philip et Peter W Hogg, « Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation », dans Philip Anisman et al, *Proposals for a Securities Market Law for Canada*, vol 3, Ottawa, Consumer and Corporate Affairs Canada, 1979, 135

Beetz, Jean, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans Paul-André Crépeau et C B MacPherson, dir, *The Future of Canadian Federalism/L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto & Montréal, University of Toronto Press & Les Presses de l'Université de Montréal, 1965, 113

Belley, Jean-Guy, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socio-économique du contrat », dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse: en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 121

Belobaba, Edward P, « L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984 » dans Yvan Bernier et Andrée Lajoie, dir, *La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 1

Bourgoignie, Thierry, « Sustainable Consumption and Obsolescence of Consumer Products », dans Alberto do Amaral Junior, Lucila de Almeida et Luciane Klein Vieira, dir, *Sustainable Consumption – The Right to a Healthy Environment*, Cham, Springer, 2020, 27

Bourgoignie, Thierry, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006 » dans Thierry Bourgoignie, dir, *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, 151

Brouillet, Eugénie et Bruce Ryder, « Key Doctrines in Canadian Legal Federalism » dans Peter C Oliver et al, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 415

Cafaggi, Fabrizio, « A Coordinated Approach to Regulation and Civil Liability in European Law: Rethinking Institutional Complementaries », dans Fabrizio Cafaggi, dir, *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 191

Cheffins, Brian R, « One Step Forward, Two Steps Back, One Step Forward: Canadian Competition Law Reform, 1919 and 1935 », dans R S Khemani et W T Stanbury, dir, *Historical Perspectives on Canadian Competition Policy*, Halifax, Institute for Researh on Public Policy, 1991, 155

Delpérée, Francis et Marc Verdussen, « L'égalité, mesure du fédéralisme » dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et Fabien Gélinas, dir, *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 193

Diawara, Karounga, « La *Loi sur la protection du consommateur* au cœur du régime fédéral: la dualité avec le domaine du droit de la consommation » dans Laurence Bich-Carrière et Geneviève Saumier, dir, *Les 50 ans de la Loi sur la protection du consommateur et l'évolution du droit de la consommation*, Montréal, Yvon Blais, 213

Fairley, H S, « Les dimensions constitutionnelles de la politique en matière de commerce extérieur », dans M Krasmick, dir, *Le partage des pouvoirs: études de cas*, *Volume 62 des études menées dans le cadre de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, 1

Gaudreault-DesBiens, Jean-François et Johanne Poirier, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back?: Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism » dans Peter C Oliver et al, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017

Gleixner, Micheline, « A Canadian Financial Consumer Protection Code: Is Canada Ready for Round Three? » dans Janis P Sarra et Barbara E Romaine, dir, *Annual Review of Insolvency Law 2018*, Toronto, Carswell, 2019, 57

Gleixner, Micheline, « Reconsidering Legislative Competence over Consumer Credit in Canada », dans Janis P Sarra et Barbara E Romaine, dir, *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Carswell, 2017, 153

Gómez Pomar, Fernando et Mireia Artigot Golobardes, « Rational Choice and Behavioural Approches to Consumer Issues », dans Hans-W Micklitz, Anne-Lise Sibony et Fabrizio Esposito, *Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham & Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, 119

Hawes, Cynthia et Christian Twigg-Flesner, « Sales and Guarantees » dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 172

Henderson, Gordon F, « Recent Development in Competition Law: the Limits of the Federal Criminal Law Power », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: The Constitution and the Future of Canada*, Toronto, Richard de Boo Limited, 1978, 109

Howells, Geraint, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, « Consumer Law in its International Dimension », dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 1

Iacobucci, Edward et Michael J Trebilcock, « Canada - The Competition Law System and the Country's Norms », dans Edward Iacobucci et Michael J Trebilcock, dir, *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms*, *Local Choices*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 109

Iacobucci, Edward et Michael J Trebilcock, « Introduction », dans Eleanor M Fox et Michael J Trebilcock, dir, *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*, Oxford, University of Oxford Press, 2013, 1

Karazivan, Noura, « Cooperative Federalism in Canada and Quebec's Changing Attitudes » dans Richard Albert, Paul Daly et Vanessa MacDonnell, dir, *The Canadian Constitution in Transition*, Toronto, University of Toronto Press, 2018, 136

Kroen, Sheryl, « A Political History of the Consumer » (2004) 47 The Historical Journal 709

Lefebvre, Eric C et Charles-Antoine M Péladeau, « Fascicule 31: Recours et procédure en matière de concurrence », dans Pierre-Claude Lafond, dir, JCQ *Droit des affaires - Droit de la consommation et de la concurrence*, à jour le 2 mai 2022 (QL)

MacCulloch, Angus, « The Consumer and Competition Law », dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 64

Mallory, J R, « The Five Faces of Federalism » dans Paul-André Crépeau et C B MacPherson, dir, *The Future of Canadian Federalism/L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto & Montréal, University of Toronto Press & Les Presses de l'Université de Montréal, 1965, 3

Masse, Claude, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Mélanges Claude Masse: en quête de justice et d'équité*, Cowansville, Yvon Blais, 2003, 39

Mathieu, Catherine, « La protection des voyageurs aériens dans le contexte constitutionnel canadien », dans Gabriel-Arnaud Berthold et Louis Jolin, dir, *Le droit du voyage en zone de turbulence*, Cowansville, Yvon Blais, 2021, 43

Mathis, Klaus et Ariel David Steffen, « From Rational Choice to Behavioural Economics », dans Klaus Mathis, dir, *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Lucerne, Law and Economics Conference, 2015, 31

Michel, Patrick, « Droit pénal et sanctions administratives pécuniaires: quelques considérations pour prévenir la confusion des genres et faciliter la cohabitation » dans *XXe Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Yvon Blais, 2013, 529

Micklitz, Hans-W, « The Politics of Behavioural Economics of Law », dans Hans-W Micklitz, Anne-Lise Sibony et Fabrizio Esposito, *Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham & Northampton, Edward Elgar Publishing, 2018, 513

Monahan, Patrick J, « The Supreme Court and the Economy » dans Ivan Bernier et André Lajoie, dir, *The Supreme Court of Canada as an Instrument of Political Change*, Toronto, University of Toronto Press, 1986, 105

Moore, Benoit, « Autonomie ou dépendance: réflexion sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation en droit commun » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, 1

Nottage, Luke, « Product Safety », dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 231

Oliver, Peter C, « The Busy Harbours of Canadian Federalism: The Division of Powers and Its Doctrines in the McLachlin Court » dans David A Wright et Adam M Dodek, dir, *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade*, Toronto, Irwin Law, 2011, 167

Oulaï, Arthur, Serge Kablan et Patrick Mignault, « L'exigence du consentement en matière de protection des données personnelles du consommateur québécois: regards sur les modifications récentes », dans Bernard Korai et al, dir, *Revisiter le consumérisme au Québec: état des lieux, défis et perspectives*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2022, 161

Poirier, Johanne et Cheryl Saunders, « Comparing Intergovernmental Relations in Federal Systems: An Introduction » dans Johanne Poirier, Cheryl Saunders et John Kincaid, dir, *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 1

Poirier, Johanne et Cheryl Saunders, « Conclusion: Comparative Experiences of Intergovernmental Relations in Federal Systems » dans Johanne Poirier, Cheryl Saunders et John Kincaid, dir, *Intergovernmental Relations in Federal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 440

Poirier, Johanne, « Layered Social Federalism: From the Myth of Exclusive Competences to the Categorical Imperative of Cooperation » dans Bea Cantillon, Patricia Popelier et Ninke Mussche, dir, *Social Federalism: The Creation of a Layered Welfare State: The Belgian Case*, Cambridge, Intersentia, 2011, 279

Poirier, Johanne, « Le partage des compétences et les relations intergouvernementales: la situation du Canada » dans Bernard Fournier et Min Reuchamps, dir, *Le fédéralisme en Belgique et au Canada: Un dialogue comparatif*, Bruxelles, de Boeck, 2009, 107

Poirier, Johanne, « Who is Afraid of (Con)Federalism? » dans Johanne Poirier et Kris Deschouwer, dir, *(Con)Federalism: Cure or Curse?*, Bruxelles, Re-BEL Initiative: Re-Thinking Belgian Institutions in a European Context, 2015, 27

Ruault, Céline, « Une analyse du contenu du Règlement sur la protection des passagers aériens (entré en vigueur au Canada en 2019) », dans Gabriel-Arnaud Berthold et Louis Jolin, dir, *Le droit du voyage en zone de turbulence*, Cowansville, Yvon Blais, 2021, 69

Rutherford, Douglas et J S Tyhurst, « Competition Law and the Constitution: 1889-1989 and into the Twenty-First Century », dans R S Khemani et W T Stanbury, dir, *Historical Perspectives on Canadian Competition Policy*, Halifax, Institute for Research on Public Policy, 1991, 253

Saumier, Geneviève et Hans-W Micklitz, « Enforcement and Effectiveness of Consumer Law », dans Geneviève Saumier et Hans-W Micklitz, dir, *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*, Cham (Switzerland), Springer, 2018, 3

Saumier, Geneviève, « Fascicule 23: Recours du consommateur et de l'État », dans Pierre-Claude Lafond, dir, JCQ *Droit des affaires - Droit de la consommation et de la concurrence*, à jour le 31 juillet 2019 (QL)

Scott, Colin, « Enforcing Consumer Protection Laws », dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 466

Thibaudeau, Luc et al, « Fascicule 2: Champ d'application du droit québécois », dans Pierre-Claude Lafond, dir, JCQ *Droit des affaires - Droit de la consommation et de la concurrence*, à jour le 1er janvier 2018 (QL)

Thibaudeau, Luc et Louis Charrette, « Fascicule 3: Champ d'application du droit fédéral », dans Pierre-Claude Lafond, dir, JCQ *Droit des affaires - Droit de la consommation et de la concurrence*, à jour le 1er janvier 2018 (QL)

Tokeley, Kate, « Access to Justice », dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, 2e éd, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 413

Trebilcock, Michael J, « Rethinking Consumer Protection Policy », dans Charles Rickett et Thomas Telfer, dir, *International Perspectives on Consumer Access to Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 68

Weatherill, Stephen, « The Links Between Competition Policy and Consumer Protection » dans Christian Twigg-Flesner et al, dir, *The Yearbook of Consumer Law 2007*, Aldershot, Ashgate, 2007, 187

Ziegel, Jacob, « Note on the History of Food and Drug Legislation in Canada » dans Jacob Ziegel, dir, *Commercial and consumer transaction: cases, text and materials*, Toronto, Edmond-Montgomery Limited, 1981, 308

3.3. Monographies

Beaudoin, Gérald-A, *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, 3e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004

Beaudoin, Gérald-A, *Le partage des pouvoirs*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1983

Belisle, Donica, *Retail Nation: Department Stores and the Making of Modern Canada*, Vancouver, UBC Press, 2011

Bourgoignie, Thierry et David M Trubek, *Consumer Law, Common Markets, and Federalism in Europe and the United States*, Berlin, De Gruyter, 1987

Bourgoignie, Thierry, « Préface » dans Karounga Diawara, *Le contrôle de la puissance de marché: Contribution à une approche juridique du marché*, Cowansville, Yvon Blais, 2011

Bourgoignie, Thierry, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation: au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, E Story-Scientia, 1988

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2014

Calais-Auloy, Jean et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 7e éd, Dalloz, Paris, 2006

Cartwright, Peter, *Consumer Protection and the Criminal Law: Law, Theory, and Policy in the UK*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001

Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon, *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd, Cowansville, Yvon Blais, 1998

Cotnoir, Michel, *La mise en marché du médicament en droit pharmaceutique canadien*, Montréal, Thémis, 1995

Cranston, Ross, *Consumers and the Law*, 2e éd, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1984

Cseres, Katalin J, *Competition Law and Consumer Protection*, The Hague, Kluwer Law International, 2005

Dunlop, Bruce, David McQueen et Michael J Trebilcock, *Canadian Competition Policy – A Legal and Economic Analysis*, Toronto, Canada Law Book Inc, 1987

Duplé, Nicole, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 6e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014

Edgell, Dean F, *Product Liability Law in Canada*, Markham, Butterworths, 2000

Fonseca, Patricia, *Droit de la protection du consommateur au Québec et au Brésil*, Éditions IEIM, Montréal, 2016

Gardner, Daniel, *Le préjudice corporel*, 4e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2016

Gaudreault-DesBiens, Jean-François et Jean Leclair, *Provinces, lutte contre la corruption et fédéralisme*, Montréal, Thémis, 2016

Gorecki, Paul H et W T Stanbury, *The Objectives of Canadian Competition Policy, 1888-1983*, Montréal, Institute for Research on Public Policy, 1984

Grossman, Michael et Philip Price, *Tobacco Smoking and the Law in Canada*, Toronto, Butterworths, 1992

Harrison, Douglas F et Alex Colangelo, *The Law of Product Warnings and Recalls in Canada*, 2e éd, Toronto, LexisNexis Canada, 2019

Hogg, Peter W, *Constitutional Law of Canada*, 5e éd, Toronto, Carswell, 2007 (feuilles mobiles mises à jour en août 2022)

Howells, Geraint, *Consumer Product Safety*, Aldershot, Dartmouth et Ashgale, 1998

Jolin, Louis, Droit du Tourisme au Québec, 2e éd, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2005

L'Heureux, Nicole et Marc Lacoursière, *Droit de la consommation*, 6e éd, Cowansville, Yvon Blais, 2011

Lafond, Pierre-Claude, *Droit de la protection du consommateur: théorie et pratique*, 2e éd, Montréal, Yvon Blais, 2021

Laskin, Bora, *Canadian Constitutional Law*, 4e éd, Toronto, Carswell, 1973

Maniet, Françoise, *Nanotechnologies et produits de consommation Quels risques ? Quels encadrements ?*, Cowansville, Yvon Blais, 2012

Matte, Nicolas Mateesco, *Traité de droit aérien aéronautique*, 3e éd, Paris, Éditions A Pedone, 1980

Palermo, Francesco et Karl Kössler, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford, Hart Publishing, 2017

Parr, Joy, *Domestic Goods. The Material, the Moral, end the Economic in the Postwar*, Toronto, University of Toronto Press, 1999

Piché, Catherine, *The Class Action Effect/L'effet de l'action collective*, Cowansville, Yvon Blais, 2018

Poirier, Johanne, *Legislative Techniques and Cooperative Schemes: A Handbook*, 31 octobre 2022 [à paraître]

Ramsay, Iain, *Consumer Law and Policy: Text and Material on Regulating Consumer Market*, Oxford, Hart Publishing, 2012

Ramsay, Iain, *Rationales for Intervention in the Consumer Marketplace*, London, Office of Fair Trading, 1984

Romero, Louis J, *Les relations fédérales-provinciales en matière de protection du consommateur*, Ottawa, Conseil de recherche en consommation, 1975

Safarian, A E, *Canadian Federalism and Economic Integration*, Ottawa, Bureau du Conseil privé, 1974

Sidor, Nicolas Roy, *Consumer Policy in the Canadian Federal State*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1984

Skeoch, Lawrence Alexander, *Restrictive Trade Practices in Canada: Selected Readings*, Toronto & Montréal, McClelland & Stewart, 1966

Swinton, Katherine, *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Laskin-Dickson Years*, Toronto, Carswell, 1990

Thibaudeau, Luc, *Guide pratique de la société de consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 2013

Trebilcock, Michael J et al, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, 2e éd, Toronto, University of Toronto Press, 2014

Tremblay, André, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967

Trentmann, Frank, *Empire of Things*, New York, Harper, 2016

Van Dam, Cees, *European Tort Law*, 2e éd, Oxford, Oxford University Press, 2013

Watts, Ronald L, *Comparing Federal Systems*, 3e éd, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2008

Wheare, KC, *Federal Government*, 4e éd, London, Oxford University Press, 1963

Ziegel, Jacob et Anthony Duggan, *Commercial and Consumer Sales Transactions: Cases, Text and Materials*, 4e éd, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 2002

3.4. Mémoires et thèses

Beauregard, Sébastien, *La réglementation d'Internet dans le fédéralisme canadien: l'étendue des pouvoirs du parlement fédéral*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2007

Burns, Susan Kathleen, *The Borrowers and Depositors Protection Act: A Case History in Legislative Failure*, mémoire de maîtrise en administration des affaires, Université de la Colombie-Britannique, 1981

Shulamit Edelstein, Chana, *Missed Opportunity: A Critique of the Supreme Court of Canada's Characterization of Quebec Consumer Protection Law in Marcotte*, mémoire de maîtrise en droit, Université McGill, 2016

Talbot-Lachance, Guillaume, *L'engagement volontaire en droit de la consommation québécois*, mémoire de maîtrise en droit, Université Laval, 2010

4. Documents gouvernementaux et rapports

Accord relatif à l'harmonisation des lois sur la divulgation du coût du crédit au Canada, 12 septembre 1996, en ligne: https://ised-isde.canada.ca/site/comite-mesures-consommation/fr/accords-formels/accord-relatif-lharmonisation-lois-divulgation-cout-credit-canada (consultée le 10 novembre 2022)

Accord sur le commerce intérieur (1995) 129 Gaz Can. I, 1323, reconduit par *l'Accord de libre-échange canadien*, entré en vigueur le 1er juillet 2017, en ligne: https://www.cfta-alec.ca/accord-de-libre-echange-canadien-alec/?lang=fr (consultée le 10 novembre 2022)

Agence de la consommation en matière financière au Canada, « Comment déposer une plainte auprès d'une institution financière », Gouvernement du Canada, en ligne: https://www.canada.ca/fr/agence-consommation-matiere-financiere/services/plaintes/deposer-plainte-institution-financiere.html (consultée le 10 novembre 2022)

Agence de la consommation en matière financière au Canada, « Organismes externes de traitement des plaintes: droits et responsabilités », Gouvernement du Canada, en ligne: https://www.canada.ca/fr/agence-consommation-matiere-financiere/services/droits-responsabilites/droits-activites-bancaires/organismes-externes-traitement-plaintes.html (consultée le 10 novembre 2022)

Assemblée nationale, « Résolution adoptée à l'unanimité dénonçant les dispositions introduites dans le projet de loi C-86 qui offrent une protection inférieure à ce que prévoit la législation québécoise en matière de crédit à la consommation et qui créeront de la confusion quant aux règles applicables en la matière et à la distribution de certains contrats d'assurances », 30 novembre 2018, en ligne: https://www.sqrc.gouv.qc.ca/relations-canadiennes/positions-historiques/motions/2018-11-30-loi-c-86.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Assemblée nationale, « Résolution adoptée à l'unanimité exigeant du gouvernement fédéral le retrait des dispositions du projet de loi C-29, *Loi nº 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 22 mars 2016 et mettant en œuvre d'autres mesures* qui rendraient inapplicables celles de la *Loi sur la protection du consommateur* encadrant la relation entre les banques et leurs clients », 29 novembre 2016, en ligne: https://www.sqrc.gouv.qc.ca/relations-canadiennes/positions-historiques/motions/2016-11-29-protection-consommateur.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Bureau de la concurrence du Canada, « Déclarations environnementales et écoblanchiment », en ligne: https://ised-isde.canada.ca/site/bureau-concurrence-canada/fr/comment-nous-favorisons-concurrence/education-sensibilisation/publications/declarations-environnementales-ecoblanchiment (consultée le 10 novembre 2022)

Canada, Parlement, *Rapport sur le crédit au consommateur du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur le crédit au consommateur et le coût de la vie*, février 1967

Conférence pour l'harmonisation des lois du Canada, « Loi uniforme sur la communication du coût de crédit – Commentaires », juin 2001, en ligne: https://www.ulcc-chlc.ca/ULCC/media/FR-Uniform-Acts/Loi-uniforme-sur-la-communication-du-cout-du-credit-commentaire_1.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Conseil économique du Canada, *Rapport provisoire sur la politique de concurrence*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969

Consommation et Corporations Canada, *Réforme de la législation sur la concurrence – Guide*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et services, 1985

CPRST, *Code de procédure*, modifié et refondu le 1er septembre 2017, en ligne: https://www.ccts-cprst.ca/wp-content/uploads/2017/07/CPRST-Code-de-procédures-sep-2017.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

CRTC, « Commission des plaintes relatives aux services de télécom-télévision (CPRST) », dernière date de modification le 25 septembre 2019, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/phone/cprstccts.htm (consultée le 10 novembre 2022)

CRTC, *Code des fournisseurs de services de télévision*, Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2016-1, 7 janvier 2016, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2016/2016-1.htm (consultée le 10 novembre 2022)

CRTC, *Code sur les services Internet*, Politique réglementaire de télécom CRTC 2019-269, 31 juillet 2019, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2019/2019-269.htm (consultée le 10 novembre 2022)

CRTC, *Code sur les services sans fil*, Politique réglementaire de télécom CRTC 2013-271, 3 juin 2013, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2013/2013-271.htm (consultée le 10 novembre 2022)

CRTC, *Création d'une agence indépendante de protection des consommateurs des services de télécommunication*, Décision de télécom CRTC 2007-130, 20 décembre 2007,

en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2007/dt2007-130.htm (consultée le 10 novembre 2022)

CRTC, *Décision sur l'instance visant à déterminer si les conditions dans le marché du sans-fil mobile ont suffisamment changé pour justifier l'intervention du Conseil à l'égard des services sans fil mobiles*, Décision de télécom CRTC 2012-556, 11 octobre 2012, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2012/2012-556.htm (consultée le 10 novembre 2022)

CRTC, *Examen du Code sur les services sans fil*, Politique réglementaire de télécom CRTC 2017-200, 15 juin 2017, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2017/2017-200.htm (consultée le 10 novembre 2022)

CRTC, *Fournisseurs de services de télécommunication qui n'ont pas obtenu le statut de participant de la Commission des plaintes relatives aux services de télécom-télévision inc.*, Décision de télécom CRTC 2021-4, 11 janvier 2021, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2021/2021-4.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

CRTC, *Rapport de non-consensus du CDCI – Ébauche d'un code concernant les politiques de débranchement et de dépôt*, Décision de télécom CRTC 2011-702, 14 novembre 2011, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2011/2011-702.htm?_ga=2.148685374.880357040.1655839463-818899240.1655839463 (consultée le 10 novembre 2022)

CRTC, *Suivi des ordonnances de télécom 2016-396 et 2016-448 – Tarifs définitifs concernant les services d'accès haute vitesse de gros groupé*, Ordonnance de télécom CRTC 2019-288, 15 août 2019, en ligne: https://crtc.gc.ca/fra/archive/2019/2019-288.htm (consultée le 10 novembre 2022)

Débats de la Chambre des communes, 33-2, vol 6 (30 juin 1987)

Débats du Sénat, 41-1, vol 148, nº 88 (11 juin 2012)

Décret donnant au CRTC des instructions relativement à la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication pour promouvoir la concurrence, *l'abordabilité*, *les intérêts des consommateurs et l'innovation*, DORS/2019-227, (2019) Gaz C II, 3978

Décret fixant au 30 juin 2022 la date d'entrée en vigueur de certaines dispositions de cette loi (Loi nº 2 d'exécution du budget de 2018), CP 2021-804, TR/2021-42, (2021) Gaz C II, 2682

Gouvernement du Canada, « Accords formels en matière d'harmonisation et d'application de la loi », en ligne: https://ised-isde.canada.ca/site/comite-mesures-consommation/fr/accords-formels (consultée le 10 novembre 2022)

Gouvernement du Canada, « Historique de l'ACFC », modifié le 9 juin 2021, en ligne: https://www.canada.ca/fr/agence-consommation-matiere-financiere/organisation/historique.html (consultée le 10 novembre 2022)

Gouvernement du Canada, « Le droit de la concurrence à l'heure de la mondialisation et de l'innovation — Perspective canadienne », en ligne: https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03631.html#evolution (consultée le 10 novembre 2022)

Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Le droit et le savoir: rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada*, Ottawa, CRSH, 1983

Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien, *Changement, défis et possibilités*, Ottawa, septembre 1998

Jed Chong, « Les droits des passagers aériens au Canada et ailleurs dans le monde », Bibliothèque du Parlement, publication nº 2018-09-F, 28 février 2018, en ligne: https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/BackgroundPapers/PDF/2018-09-f.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Manitoba, Assemblée legislative, The Standing Committee on Social and Economic Development, « Bill 30–The Consumer Protection Amendment Act », 42-3 (20 avril 2021)

Martha Butler et al, *Résumé législatif du projet de loi S-11: Loi sur la salubrité des aliments au Canada*, publication nº 41-1-S11-F, 7 août 2012, en ligne: https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/LegislativeSummaries/PDF/41-1/s11-f.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Maxime-Olivier Thibodeau, *Résumé législatif du projet de loi C-8: Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, *la Loi sur les marques de commerce et d'autres lois en conséquence*, *Résumé législatif du projet de loi C-8: Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*, *la Loi sur les marques de commerce et d'autres lois en conséquence*, publication nº 41-2-C8-F, 11 février 2014, en ligne: https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/LegislativeSummaries/PDF/41-2/c8-f.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Michel Bédard, Jennifer Bird et Marlisa Tiedemann, *Résumé législatif du projet de loi C-36: Loi concernant la sécurité des produits de consommation*, publication nº 40-3-C36-F, 14 juillet 2010, en ligne: https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/LegislativeSummaries/PDF/40-3/c36-f.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Nouvelle-Écosse, Assemblée législative, « Bill No. 52 - Consumer Protection Act and Safer Communities and Neighbourhoods Act », 62-2 (24 octobre 2014)

Office de la propriété intellectuelle au Canada, *Le Guide des marques de commerce*, Industrie Canada, 2008, en ligne: https://ogq.qc.ca/wp-content/uploads/2022/07/2010marquesdecommerce.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Office des transports du Canada, « Aperçu et FAQ: Différends relatifs au transport fédéral », en ligne: https://otc-cta.gc.ca/fra/apercu-et-faq-differends-relatifs-au-transport-federal (consultée le 10 novembre 2022)

Office des transports du Canada, « Document d'information − Modifications au Règlement sur les transports aériens », 13 août 2019, en ligne: https://www.otc-cta.gc.ca/fra/document-dinformation-modifications-au-reglement-sur-transports-aeriens (consultée le 10 novembre 2022)

Office des transports du Canada, « Le règlement de différends par la médiation – Outil d'information », en ligne: https://publications.gc.ca/collections/collection_2013/otc-cta/TT4-34-2013-fra.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Ontario, Assemblée législative, « Loi de 2019 visant à rétablir la compétitivité de l'Ontario », 42-1, vol 66 (19 février 2019)

Ramsay, Iain, *Accès au crédit sur le marché parallèle du crédit à la consommation*, texte préparé pour le Bureau de la consommation, Industrie Canada et le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, 1er février 2000, en ligne: https://publications.gc.ca/collections/Collection/C2-543-2000F.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation – Décret donnant au CRTC des instructions sur une approche renouvelée de la politique de télécommunication, (2022) Gaz C I, 2854

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation – Règlement sur les produits du tabac (apparence neutre et normalisée), DORS/2019-107, CP 2019-380, (2019) Gaz C II, 1466

Tassé, Roger et Maxime Faille, « Protection des consommateurs en ligne: une étude sur la compétence réglementaire au Canada », étude réalisée pour le Bureau de la consommation d'Industrie Canada, juillet 2001, en ligne: https://www.ulcc-chlc.ca/ULCC/media/FR-Annual-Meeting-2001/Protection-des-consommateurs-en-ligne.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

5. Autres

Association canadienne des radiodiffuseurs, *Code de la publicité radiotélévisée destinée aux enfants*, révisé 1984

Canadian Cancer Society, *Overview Summary of Federal/Provincial/Territorial Tobacco Control Legislation in Canada*¸ 31 octobre 2017, en ligne: http://support.cancer.ca/documents/Legislative_Overview-Tobacco_Control-F-P-T-2017-final.pdf (consultée le 10 novembre 2022)

Coalition des associations des consommateurs du Québec, « Droits des clients des banques: une mauvaise réforme étudiée trop vite à Ottawa », 4 décembre 2018, en ligne: https://defensedesconsommateurs.org/2018/12/04/droits-des-clients-des-banques-une-mauvaise-reforme-etudiee-trop-vite-a-ottawa/ (consultée le 10 novembre 2022)

Competition and Consumer Act 2010 australien, Act nº 51, 1974 (tel qu'amendé en 2011)

Consumer Product Safety Act américain, Public Law 92-573; 86 Stat 1207, Oct 27, 1992

Directive européenne 2001/95/CE relative à la sécurité générale des produits, JO nº L 011

John F Kennedy, *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*, 15 mars 1962, en ligne: https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest (consultée le 10 novembre 2022)

Mémoire de la demanderesse Bell Canada, déposé dans le cadre d'une demande d'autorisation d'appel à la CSC, nº 39957 (20 mai 2022)

Option consommateurs, « Projet de loi C-86: les clients des banques canadiennes seront insuffisamment protégés », 6 décembre 2018, en ligne: https://option-

consommateurs.org/projet-loi-c-86-clientss-banques-canadiennes-seront-insuffisamment-proteges/ (consultée le 10 novembre 2022)

Radio-Canada, « Protection du consommateur: Ottawa recule devant Québec », 12 décembre 2016, en ligne: https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1005396/ottawa-retrait-article-projet-loi-c29-banques-protection-consommateur-quebec (consultée le 10 novembre 2022)