

SÉCURITÉ DES PRODUITS, SANTÉ DES CONSOMMATEURS, RESPONSABILITÉS ET CONSTITUTIONS : SYNERGIES COMPARÉES

*Marie-Eve Arbour**

Are prevention and compensation for damages caused by defective products complementary, or do they rather evolve in a reciprocal ignorance? The question has frequently been asked. Beyond theoretical constructions surrounding this theme, it appears necessary to consider constitutional peculiarities that condition interaction modalities between the *ex ante* and *ex post* dimensions of risks. Indeed, federal structures and the division of powers that underlie it configure differently the spectrum of liability, narrowing its boundaries or leaving it intact. From a comparative perspective, the European Union, Canada and the United States illustrate different attitudes to the coordination between private law and the constitutional aesthetic of these samples.

La prévention et l'indemnisation de l'atteinte à la santé et la sécurité des consommateurs sont-elles complémentaires ou vivent-elles plutôt dans une ignorance réciproque? La question a souvent été posée. Au-delà des constructions théoriques entourant cette problématique, il importe de prendre acte des particularités constitutionnelles qui conditionnent les modalités d'interaction des versants *ex ante* et *ex post* du risque. En outre, les structures fédérales et le partage des compétences qui les accompagnent configurent différemment l'action en responsabilité civile, restreignant son spectre ou le laissant intact. Les exemples de l'Union européenne, du Canada et des États-Unis illustrent, d'un point de vue comparatiste, les différentes attitudes à cet arrimage entre le droit privé et l'esthétique constitutionnelles des échantillons qui se sont ici prêtés à l'observation.

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec.

Remerciements : L'auteure désire remercier la Fondation du Barreau du Québec pour le financement ayant facilité l'aboutissement ce texte, Me Simon Johnson-Bégin pour son indéfectible assistance à la recherche documentaire, ainsi que le personnel des bibliothèques de l'Institut universitaire européen (Florence) et de l'Institute of Advanced Legal Studies (Londres) pour leur aimable hospitalité. Merci, aussi, à mon collègue Charles-Emmanuel Côté, qui a donné la première impulsion à la 3^{ème} section, ainsi qu'aux pairs-lecteurs anonymes, pour leurs commentaires avisés.

© Arbour 2013

Citation: Marie-Eve Arbour “Sécurité des produits, santé des consommateurs, responsabilités et constitutions : synergies comparées” (2013) 7:2 McGill JL & Health 169.

Référence : Marie-Eve Arbour « Sécurité des produits, santé des consommateurs, responsabilités et constitutions : synergies comparées » (2013) 7 : 2 RD & santé McGill 169.

Introduction	171
I. La préemption américaine : du pragmatisme au politique	178
A. <i>Les produits du tabac : de Cipollone à Altria</i>	182
B. <i>Les produits de santé : de Wyeth à Riegel</i>	186
II. L'Union européenne et l'idéal d'une construction <i>sui generis</i>	191
A. <i>La santé et la sécurité des consommateurs</i>	196
B. <i>La centralité de la création du marché intérieur</i>	199
C. <i>La dialectique des bases juridiques et la CJUE</i>	203
1. La prévention des atteintes à la santé des consommateurs	203
2. L'indemnisation du fait des produits défectueux	207
III. Le Canada et l'itinéraire d'une discipline en formation	214
A. <i>Le partage fédératif des compétences et la sécurité des produits</i>	216
1. La compétence fédérale en matière de droit criminel	217
2. La <i>Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation</i>	222
B. <i>L'infléchissement de la responsabilité civile au contact du droit fédéral</i>	224
Conclusion	232

Introduction

C'est chose connue : selon l'intensité et l'étendue des risques que posent les produits pour les consommateurs, différents législateurs préconisent des stratégies de régulation à géométrie variable¹. Situées en amont et en aval de la matérialisation des risques – la survenance d'un préjudice –, les formes qu'elles prennent dépendent de la capacité de l'industrie, des consommateurs et des régulateurs à pouvoir les anticiper, les évaluer, les prévoir. Ces choix de régulation les concernant, leurs gouvernements² regroupent un amalgame d'instruments qui émanent du droit des obligations (la dynamique contractuelle, la responsabilité civile), de lois et règlements particuliers (au premier chef, celles visant la sécurité des produits³), de « droit mou » (*soft law*) (les

¹ Au Québec et au Canada, 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 ; Jeremy D Fraiberg et Michael J Trebilcock, « Risk Regulation: Technocratic and Democratic Tools for Regulatory Reform » (1998) 43 : 1 RD McGill 835. Pour une perspective comparatiste, voir Guido Alpa, « Rapport général » dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le consommateur : Journées colombiennes*, t 57, vol 2, Bruxelles, Bruylant, 2007, 273.

² Christine Noiville, *Du bon gouvernement des risques : Le droit et la question du « risque acceptable »*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003 à la p 11 préconise ce vocable. Nous lui préférions la notion de « régulation », telle qu'appréhendée par Fabrizio Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée » (2004) 109 : 1 Revue française d'administration publique 23 ou Jacques Chevallier, « La gouvernance et le droit » dans Gérard Cohen-Jonathan et al, dir, *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 189 à la p 191.

³ Parmi elles, voir, au Canada, la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, LC 2010, c 21 [LCSPC], notamment commentée par: John F Blakney, Margot Patterson et Andrew Lanouette, « The Canada Consumer Product Safety Act: A Review » (2011) 51 : 2 Rev can dr comm 49 et Marie-Ève Arbour, « Chronique : Petite visite guidée de la Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation » en ligne : *Repères* (Éditions Yvon Blais, *La référence*, EYB2012REP1232 : sept 2012) <<http://www.lareference.editions.yvon-blais.com>>. Au sein de l'Union européenne (UE) : CE, *Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits*, [2002] JOL 11/4 [*Directive « sécurité des produits »*] ; aux États-Unis, le *Consumer Product Safety Act of 1972*, Pub L No 92-573 §2, 86 Stat 1207

normes techniques, les règles de l'art), de processus de certification, d'autorisations de mise en marché et de mécanismes de contrôle après-vente (dont les obligations de suivi ou le rappel des produits⁴): l'inventaire n'est pas exhaustif. Ils évoquent pourtant deux univers distincts: ceux, respectifs, du droit public et du droit privé⁵, lesquels, en dehors des systèmes juridiques de *common law* (et encore, sauf exception⁶), ont classiquement été appréhendés en vase clos, la plupart du temps de manière sectorielle⁷. Dans ce contexte se pose la question de déterminer les modalités de coordination de ces différents instruments pour mieux circonscrire des territoires d'opposition mutuelle, ou, à l'inverse, dégager des zones de contact à l'intérieur desquelles ces deux univers se juxtaposent ou s'influencent réciproquement.

La prévention et l'indemnisation du préjudice causé par le fait des produits dépassent-elles cette dichotomie? Sont-elles complémentaires? Vivent-elles plutôt dans une ignorance réciproque? Ces questions ont retenu l'attention de certains auteurs⁸. En définitive, l'importance respective accordée à la prévention et l'indemnisation

(codifié tel que modifié au 15 USC § 2051 (2000)) [*CPSA*] ou le *Competition and Consumer Act 2010* (Cth), (tel qu'amendé en 2011).

⁴ Voir Luke Nottage, « Product Safety » dans Geraint Howells, Iain Ramsay et Thomas Wilhelmsson, dir, *Handbook of Research on International Consumer Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, 256 à la p 258.

⁵ Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations : Responsabilité civile et quasi-contrats*, t 2, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, aux pp 4-5.

⁶ Voir les contributions colligées par Fabrizio Cafaggi, dir, *The Institutional Framework of European Private Law*, New York, Oxford University Press, 2006 ; Noiville, *supra* note 2.

⁷ Voir notamment Keith Hylton, « When Should We Prefer Tort Law to Environmental Regulation ? » (2002) 41 Washburn LJ 515 ; Kenneth S Abraham, « The Relation Between Civil Liability and Environmental Regulation: An Analytical Overview » (2002) 41 Washburn LJ 379.

⁸ Voir Fabrizio Cafaggi, « A Coordinated Approach to Regulation and Civil Liability in European Law: Rethinking Institutional Complementarities » dans Cafaggi, *supra* note 6 à la p 196 (il postule que les dimensions ex ante et ex post du risque « are functional complements and not necessarily functional equivalents » – et ajoute – « [i]n fact they often reflect different approaches to individual and collective responsibilities associated with the harmful consequences of unlawful conduct » [nos italiques]).

procéderait de choix essentiellement politiques, dès lors que devant des risques similaires (pensons à l'alimentation ou aux médicaments), différentes stratégies quant à leur gestion et leur prise en charge sont préconisées. En ce sens, Geraint Howells a déjà posé l'hypothèse voulant que devant un risque donné, les réponses institutionnelles opposent, par exemple, l'Union européenne (« UE ») aux États-Unis⁹, ces derniers étant plus enclins à concevoir l'indemnisation du préjudice à travers le prisme de la vie économique. Car il suffit d'admettre, avec d'autres¹⁰, que la responsabilité civile est un instrument de régulation comme un autre pour insuffler à la réflexion une perspective nouvelle¹¹, permettant de concevoir le domaine de la sécurité des produits de consommation et son double, la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs, d'une manière holistique, chapeautant le droit public et le droit privé.

⁹ Voir *The Tobacco Challenge: Legal Policy and Consumer Protection*, Farnham (R-U), Ashgate, 2011 aux pp 1, 297 [Howells, *Tobacco*]. D'un point de vue méthodologique, certains doutent de l'opportunité de comparer ces deux modèles, en raison, surtout, du patriotisme américain qui n'a d'équivalent au sein de l'UE et qui teinte, en définitive, tout le débat constitutionnel : voir Paul Magnette et Justine Lacroix, « EU Constitutionalism and the 'American Experience' » dans Gráinne De Búrca et Joanne Scott, dir, *Law and New Governance in the EU and the US*, Portland (Or), Hart Publishing, 2006, 363 aux pp 375-79. La présente étude comparative n'est suspendue, avec Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p 405 qu'à « existence d'un partage de la compétence législative assurant une décentralisation relativement parfaite ».

¹⁰ Voir par ex Andrew P Morrise, Bruce Yandle et Andrew Dorchak, *Regulation by Litigation*, New Haven, Yale University Press, 2009 ; W Kip Viscusi, dir, *Regulation through Litigation*, Washington, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002 ; Peter Cane, « Tort Law as Regulation » (2002) 31 : 4 C L World Rev 305 à la p 305 (selon qui « The placing of core areas of private law, such as contract and tort, within an instrumentalist regulatory frame can therefore also be seen as part of a larger project of exploring and mapping the public/private divide in the context of what is often called the 'regulatory state' » [nos italiques]). Voir aussi Cafaggi, *supra* note 6 à la p 203.

¹¹ Même dans le contexte de la common law, Morton Horwitz semblait s'étonner du fait qu' « [i]n most general historical studies, fields like torts and contracts, when they are examined at all, are treated as if they stand apart from content or policy » : Morton Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 à la p xii.

En amont de toute réflexion entourant l’interaction entre cet amalgame d’instruments de régulation, deux variables conditionnent leur interaction : l’architecture fédérale – entendue très largement¹² – et la structure des marchés intégrés. Malgré l’existence de plusieurs études s’étant intéressées à la seconde¹³, peu d’entre elles ont proposé une analyse comparative des bases juridiques constitutionnelles desquelles s’autorise le domaine de la sécurité des produits. D'où la problématique qui anime la présente contribution, liminaire, en quelque sorte, à tout approfondissement des ramifications de ce thème : comment, au regard de la sécurité des produits et la santé des personnes, le droit constitutionnel conditionne-t-il les rapports entre les sphères du droit public et du droit privé? Cette question en appelle une autre : de quelle manière le droit de matrice fédérale module-t-il la mise en œuvre d’un droit d’action en responsabilité civile? Les réponses à ces interrogations sont tributaires des paramètres juridiques qui conditionnent l’exercice des compétences fédérales autant que des différentes et mentalités, dirait Pierre Legrand¹⁴, que véhicule le fédéralisme. Celles-ci justifient et expliquent à la fois l’étendue des marges discrétionnaires dont disposent les législateurs pour assurer la prévention et l’indemnisation des atteintes à la santé et à la sécurité des consommateurs, de même que l’intensité de ces protections.

Preemption, principe d’attribution, subsidiarité, proportionnalité, partage fédératif des compétences, *paramountcy*, suprématie : cette sémantique constitutionnelle est destinée à dépeindre l’articulation entre des sources du droit plurielles, par moment superfétatoire, sou-

¹² Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Carswell, Toronto, 2012 aux pp 5-3, 5-4 [Hogg].

¹³ David Vogel, *Trading Up: Consumer and Environmental Regulation in a Global Economy*, Cambridge, Harvard University Press, 1995 ; David Trubek et Thierry Bourgoignie, dir, *Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States*, New York, Walter de Gruyter, 1987. Ceci est d’autant plus pertinent dans le cadre des négociations entourant la conclusion de l’Accord économique et commercial global entre le Canada et l’Union européenne (AECG). À ce sujet, voir notamment Stanko S Krstic, « Regulatory Cooperation to Remove Non-tariff Barriers to Trade in Products: Key Challenges and Opportunities for the Canada-EU Comprehensive Trade Agreement » (2012) 39 : 1 LIEI 3.

¹⁴ « À propos d’une réflexion sur la comparaison juridique » (1993) 45 : 4 RIDC 879.

vent dénaturée par des traductions approximatives. Cryptique, elle masque fréquemment des réalités distinctes, qui recoupent, d'un point de vue théorique, un double phénomène conjectural et particulier visant, d'un côté, la légitimité de l'occupation, par la sphère fédérale d'un champ du droit particulier¹⁵ et, de l'autre, l'antagonisme entre une norme fédérale et une norme étatique. Variable dans le temps¹⁶, l'étude de leur évolution s'avère pourtant nécessaire parce qu'elle permet de tracer les contours respectifs de la responsabilité civile et de la prévention des atteintes à la santé des personnes. Cet exercice a tôt fait d'ébranler la prémissse beaucoup trop simpliste voulant que la seconde échoie à l'État fédéral alors que la première demeure l'apanage des États fédérés¹⁷. La superposition est bien imparfaite, sauf, peut-être, au sein de l'UE, qui propose une harmonisation (encore que partielle) des deux les versants de la sécurité des produits (prévention et indemnisation¹⁸). En cela, cette harmonisation se distingue des droits canadien et américain¹⁹. Les différentes angulations de cette hypothèse

¹⁵ Voir Peter H Schuck, « FDA Preemption of State Tort Law in Drug Regulation: Finding the Sweet Spot » (2008) 13 Roger Williams UL Rev 73 à la p 80 et s, qui distingue entre *conflict pre-emption* et *field pre-emption*.

¹⁶ Voir la contribution classique de KC Wheare, *Federal Government*, 4^e éd, London (R-U), Oxford University Press, 1963 aux pp 10-11. Hogg, *supra* note 12 à la p 5-3, observe une décentralisation croissante des pouvoirs au tournant de la Deuxième guerre mondiale.

¹⁷ Même au risque de pécher par excès de simplification, l'expression réfère ici autant aux « États membres » de l'UE, aux « États » américains et aux provinces canadiennes.

¹⁸ Communauté économique européenne (CEE), *Directive 85/374/CEE du conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, [1985] JOL 210/29 [*Directive « produits défectueux »*].

¹⁹ Par contraste, les *Restatements* publiés par l'American Law Institute, dont le *Restatement of Torts (Second)* §402A (1965) et le *Restatement of Torts (Third)* (1998) ont un impact fondamental sur la responsabilité du fait des produits (*product liability*). Mais à la différence de la *Directive « produits défectueux »*, *ibid*, les États ne sont pas contraints de les adopter ; ils n'ont qu'une autorité persuasive. Au sujet de la sur-importance qui leur est accordée par la comparaison juridique, voir Matthias Reimann, « American Private Law and European Legal Unification: Can the United States be a Model? » (1996) 3 MJECL 217. Concernant la multiplicité de re-

se vérifient à l'étude du droit comparé, qui se fait particulièrement éclairant quant à l'ancrage juridique du domaine de la sécurité des produits de consommation. Mi-figue, mi-raisin, ce domaine du droit s'érite sur des bases juridiques plurielles, allant de la libre-circulation des marchandises à la protection des consommateurs, en passant par la protection de la santé des personnes, voire le droit criminel.

Par-delà leurs profondes différences historiques, économiques et politiques, l'analyse comparative des expériences américaine (SECTION I), canadienne (SECTION III), et de l'UE (SECTION II) met en relief les contours des points de contact et de répulsion qu'induisent des structures constitutionnelles à géométrie variable, que conditionnent les principes juridiques qui sous-tendent la coordination des compétences. Ces systèmes juridiques qui invitent à l'immersion²⁰ partagent une conception plutôt similaire de la vie économique (rationalité, compétitivité, déréglementation des marchés²¹) et de la démocratie (parlementarisme, *rule of law*), lesquelles s'observent à travers leur adhésion commune à des traités internationaux²² ou des accords de principe²³ destinés à assujettir la sécurité des

cours qui subsistent, voir Jane Stapleton, « Restatement (Third): An Anglo-Australian Perspective » (2000) Wash LJ 362 à la p 374.

²⁰ Voir Vivian Grosswald Curran, « Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law » (1998) 46 Am J Comp Law 43 aux pp 57-61.

²¹ Il faudrait, afin de saisir entièrement toute la matière, dépeindre toutes les nuances qui accompagnent les stratégies de régulation préconisées par les systèmes étudiés (voir parmi beaucoup d'autres Olivier Godard et al, *Traité des nouveaux risques : précaution, crise, assurance*, Paris, Gallimard, 2002; Cass Sunstein, *Risk and Reason: Safety, Law and the Environment*, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 2002). Contrainte à y renoncer, la lecture de Maria Rosaria Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione, diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologne, Il Mulino, 2000; Harm Schepel, *The Constitution of Private Governance : Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, Hart, 2005 suffit à tout le moins à poser l'hypothèse d'une convergence des modèles économiques dans le sens suggéré.

²² Voir par ex *Accord général sur les tarifs douanier et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187, RT Can 1947 n° 27 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948, révisé en 1994) [GATT] ; *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17

produits au respect de normes techniques ou éthiques et à subordonner l'exercice de régulation des marchés aux préceptes de la méthode scientifique. Au prix, certes, de la simplification de certains archétypes constitutionnels (la séparation des pouvoirs, les théories de l'État, etc.²⁴), la présente contribution formule l'hypothèse d'un frein que posent des donnees constitutionnelles entrecroisées à la circulation, souvent acquise, d'un triple modèle juridique axé sur l'élimination des obstacles au commerce, la (re)(co)régulation des marchés par des tiers (régulateurs, agences de normalisation) et la responsabilité du fait des produits défectueux (*product liability*).

De fait, la mise en exergue de plusieurs particularités juridiques propres aux États-Unis, au Canada ou à l'UE tend plutôt à dépeindre un panorama juridique éclaté, tributaire de la centralité de l'État nation et du partage des compétences qui accompagne inévitablement les modèles fédéraux. Assez étrangement, la protection de la santé des consommateurs n'est pas le paradigme juridique qui fait contrepoids aux excès du marché, réduite qu'elle est sinon à une peau de chagrin, du moins à une variable secondaire.

Animée surtout du désir de préciser les contours et les limites du droit des systèmes juridiques objet de la présente comparaison, la démarche se veut positiviste²⁵, inductive et sectorielle, dans la mesure où

décembre 1992, RT Can 1994 n° 2, 32 ILM 289 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1994) [ALÉNA].

²³ Voir par ex, dans le domaine pharmaceutique, *l'International Conference of Harmonization*, en ligne : ICH <<http://www.ich.org/>>.

²⁴ Concernant les difficultés méthodologiques liées à la comparaison des textes constitutionnels, voir Joseph H Weiler et Joel P Trachtman, « European Constitutionalism and Its Discontents » (1996-1997) 17 Nw J Int'L L & Bus 354 aux pp 355-57 ; Günter Frankenberg, « Comparative Constitutional Law » dans Mauro Bussani et Ugo Mattei, dir, *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge (NY), Cambridge University Press, 2012, 171 aux pp 177-78.

²⁵ Ce positivisme s'étend toutefois à l'étude des « formants », une notion heuristique qui concourt à expliquer la formation et l'interprétation du droit de chacun de ces systèmes. Leur paternité est attribuable à Rodolfo Sacco, « Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II) » (1991) 39 : 1 Am J Comp L aux pp 24-39.

c'est l'apport de la réflexion constitutionnelle au domaine de la sécurité des produits de consommation qui est ici alimenté, et non l'inverse. En cela, elle pêchera peut-être par son résultat pareil à un archipel, mais elle atteindra plus facilement son but, qui est surtout celui de rendre compte, dans une logique comparatiste descriptive et analytique²⁶, de l'impact asymétrique des institutions et des structures fédérales sur la régulation des produits de consommation. À ce titre, cette contribution n'emprunte aucun sentier destiné à proposer une piste interprétative plutôt qu'une autre²⁷. Elle poursuit, plus modestement, une finalité dialogique²⁸ (touristique²⁹ ?) qui consiste à mettre en exergue les points de contact et de répulsion des approches constitutionnelles ici retenues³⁰, sur la base d'un *a priori* essentiel – leur esthétique fédérale – mais aussi du tissu socio-économique qu'ils partagent nécessaire à la comparaison³¹. Sous cet angle, l'originalité de la présente contribution est probablement à trouver davantage dans l'objet de son étude – un pan du droit oblique, au corps informe – que dans la méthodologie, classique, qui sous-tend tout le parcours analytique.

I. La préemption américaine : du pragmatisme au politique

Aux États-Unis comme au Canada, un débat politico-historique nourrit la question suivante : dans quelle mesure une norme décrétée

²⁶ Plusieurs auteurs dénoncent l'absence de cadre méthodologique d'études « comparatives » : voir Cécile Vigour, *La comparaison dans les sciences sociales : pratiques et méthodes*, Paris, La Découverte, 2005; Giovanni Sartori, « Bien comparer, mal comparer » (1994) 1 : 1 Revue Internationale de Politique Comparée 19.

²⁷ En ce sens, elle ne peut s'autoriser d'aucun des modèles (fonctionnalisme, expressivisme, bricolage) mis de l'avant par Mark Tushnet, « The Possibilities of Comparative Constitutional Law » (1999) 108 : 6 Yale LJ 1225.

²⁸ Sujit Choudhry, « Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation » (1998-1999) 74 Ind LJ 819 aux pp 855-66 ; Gunther Frankenberg, « Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law » (1985) 26 : 2 Harv Int'l LJ 411 à la p 414.

²⁹ La métaphore est empruntée à Frankenberg, *ibid* à la p 412.

³⁰ Rodolfo Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991 à la p 9.

³¹ Selon ce critère, d'autres systèmes auraient pu se prêter à la présente étude, dont l'Australie, le Brésil ou la Suisse. L'analyse relève donc de l'échantillonnage plus que de l'exhaustivité.

par le Parlement fédéral fait-elle obstacle à la mise en œuvre du droit étatique? Connue sous le nom de la *preemption* – « préséance », dirons-nous³² – la problématique est enracinée dans la clause de suprématie (*Supremacy Clause*) prévue à l'article IV §2 de la Constitution telle qu'adoptée en 1789. Elle édicte que « [t]his Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; [...] shall be the supreme Law of the land [...] » [nos italiques]. En synthèse et pour des raisons qui dépassent largement le cadre de la présente analyse³³, cette préséance chère au juge Marshall veut que le domaine d'action législative fédérale ne soit pas mis à mal par l'immixtion indue des législateurs étatiques. Comme au Canada et à la différence de l'UE, la prépondérance du droit de matrice fédérale est acquise³⁴, d'où l'importance de circonscrire avec précision les sphères de compétence respectives de l'entité fédérale d'un côté et, de l'autre, celle des États qui composent l'UE. Mais à la différence de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou du *Traité sur le fonctionnement de*

³² Et non « préemption », qui évoque un droit de premier refus sans lien avec la présente étude. Retenons la définition proposée par Richard A Epstein et Michael S Greve, « Introduction: Preemption in Context » dans Richard A Epstein et Michael S Greve, dir, *Federal Preemption: States' Powers, National Interests*, Washington, AEI Press, 2007 à la p 1, selon laquelle « preemption means the federal government's ability to trump, supersede, or displace state and local law [...] ».

³³ Voir l'efficace exposition des raisons sous-jacentes de Robert RM Verchick et Nina Mendelson, « Preemption and Theories of Federalism » dans William W Buzbee, dir, *Preemption Choice: The Theory, Law, and Reality of Federalism's Core Question*, Cambridge (NY), Cambridge University Press, 2009, 13 aux pp 15-19.

³⁴ Au Canada, *paramountcy* trouve son équivalent, en français, dans la « doctrine de la prépondérance ». Voir *Loi constitutionnelle de 1982*, art 52(1), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11, qui la consacre ; *Multiple Access Ltd c McCutcheon*, [1982] 2 RCS 161, 138 DLR (3^e) 1 [*McCutcheon*] ; *Rothmans, Benson & Hedges Inc c Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 RCS 188 (la théorie ne s'applique pas lorsqu'il est possible de se plier, simultanément, aux prescriptions de l'une et de l'autre). Au sein de l'UE, semblable articulation des sources du droit s'observe à travers la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE). Voir *Costa c ENEL*, C-6/64, [1964] ECR I-1149 [*Costa*] ; *Van Gend Loos*, C-26/62, [1963] ECR 1 ; *Brasserie du pêcheur et Factortame III*, aff. jointes C-46/93 et 48/93, [1996] ECR I-1029 [*Brasserie du pêcheur*].

l'Union européenne (« *TFUE* »)³⁵, la Constitution américaine de 1787 ne décline une liste de compétences qu'à l'endroit de l'appareil fédéral³⁶, laissant aux États l'exercice des pouvoirs résiduaires. La flexibilité théorique de cette structure explique probablement l'émergence du « quatrième pouvoir » qu'exercent les agences fédérales (la *Food and Drug Administration* (« *FDA* ») ou la *Consumer Product Safety Commission*³⁷) qui concourent, à la différence du Canada, à dessiner gradauellement les pourtours de véritables domaines du droit, dont celui de la sécurité des produits.

En parallèle, une tendance s'observe au sein du Canada, des États-Unis et, dans une moindre mesure, au sein de l'UE : les positions polarisées, dualistes, « étanches³⁸ » au fédéralisme semblent perdre du terrain dans le discours constitutionnel contemporain, qui préfère aux théories de la souveraineté une approche réaliste, pragmatique, qui sied probablement mieux à la régulation des risques que posent les produits de consommation³⁹. L'engouement est plutôt à la coopération, la polyphonie⁴⁰, voire à la détermination de « planchers » et de « plafonds » normatifs fédéraux : pour William Buzbee, « [i]n statuto-

³⁵ 30 mars 2010, C 83/49 [*TFUE*].

³⁶ US Const art I § 8, incluant la clause 3 portant compétence sur le commerce interétatique (*commerce clause*).

³⁷ Créeée en vertu du *Consumer Safety Act* de 1972, 15 USC §§ 2051–2089. Concernant le contexte présentant à son adoption, voir Nicole L'Heureux, « La sécurité des produits de consommation et le libre-échange », (1988) 29 C de D 323 à la p 326 et s.

³⁸ La référence est à *Canada (PG) c Ontario (PG)*, [1937] AC 326 à la p 354.

³⁹ Voir Morton Horwitz, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1977 aux p xii-xiv (il observe que « New Deal historians were much more concerned with finding evidence of governmental intervention than they were in asking in whose interest these regulations were forged »).

⁴⁰ L'expression est empruntée à Robert A Shapiro, « From Dualism to Polyphony » dans Buzbee, *supra* note 33 à la p 33, pour qui « [f]rom the polyphonic perspective, federalism consists of independent state and federal voices that interact together » (à la p 42). Il ajoute : « the polyphonic approach produces a system of governance that is more innovative and resilient than the compartmentalized system of dual federalism » (à la p 43).

ry and regulatory regimes, [...] Congress and agencies have for many years overwhelmingly manifested a preference for regulatory overlap and interaction, *harnessing the strengths of state and federal institutional actors and forcing the two to interact* »⁴¹.

À ce sujet, une question récurrente nourrit la jurisprudence de la Cour suprême américaine : du fait de sa préséance, l'exercice de compétences fédérales en lien avec la sécurité des produits met-il en échec la mise en œuvre de recours civils intentés en vertu du droit positif étatique (les *torts*, la *product liability*)? Autrement dit, l'occupation, par le législateur fédéral, d'un pan de droit public visant la sécurité des produits (*in primis*, leur étiquetage) subsume-t-il, à moins d'indications contraires, l'action en responsabilité exercée en vertu du droit étatique, dès lors qu'elle aurait déjà été comptabilisée dans le choix de régulation effectué? Un élargissement de la problématique est nécessaire pour comprendre les enjeux politiques qui apparaissent en filigrane car la réponse n'est pas linéaire.

En général et à l'instar du droit de l'environnement, la responsabilité civile échappe la plupart du temps au joug de la préséance par le truchement de clauses de sauvegarde (*saving clauses*) savamment négociées, ayant l'avantage de la clarté⁴². Par exemple, l'article §23(c) de la *Consumer Product Safety Act* aménage des sanctions destinées à se superposer aux actions étatiques en réparation du préjudice : « [t]he remedies provided for in this section shall be in addition to and not in lieu of any other remedies provided by common law or under Federal or State law »⁴³. Ici, l'ex ante (la prévention des risques) et l'ex post (l'indemnisation du préjudice) vivent dans une ignorance à peu près réciproque, animés qu'ils sont par des raisons politiques hétérogènes. C'est dire que le droit fédéral n'a pas pour effet d'annihiler les recours civils qu'aménage le droit des États.

⁴¹ « Federal Floors, Ceilings, and the Benefits of Federalism's Institutional Diversity » dans Buzbee, *supra* note 33, 98 à la p 99 [nos italiques].

⁴² *Ibid* à la p 101.

⁴³ CPSA, *supra* note 3 [nos italiques].

En dehors de la *Consumer Product Safety Act*, en revanche, des interventions législatives sectorielles, *ad hoc*, dessinent autour de la préséance un paysage juridique irrégulier. Un quatuor de décisions rendues par la Cour suprême américaine alimente une controverse doctrinale (et politique) au regard de certains produits de consommation, dont ceux dérivés du tabac (SOUS-SECTION A) ou les produits de santé (SOUS-SECTION B). À leur endroit, des solutions judiciaires claires-obscurées ont été esquissées autour de la question de déterminer dans quelle mesure, par exemple, les normes visant l'étiquetage des produits subsument l'action en indemnisation du préjudice nichée dans le défaut d'information⁴⁴.

A. *Les produits du tabac : de Cipollone à Altria*

À moins d'indications claires par le législateur à cet effet (par exemple la *Consumer Product Safety Act*), les tribunaux américains n'ont jamais réellement considéré, avant 1992, que des actions en responsabilité civile puissent entrer en conflit avec les normes fédérales de matrice préventive⁴⁵. Une décision rendue par la Cour suprême dans le contexte du tabagisme – *Cipollone v Liggett*⁴⁶ – a abordé les modalités de coexistence des droits fédéral et étatiques. L'affaire est née d'une action en dommages-intérêts intentée par des fumeurs, exercée en vertu des règles étatiques et ancrée dans un défaut d'information concernant l'étendue des risques associés au tabagisme (en clair, une asymétrie informationnelle).

⁴⁴ Restatement (Third) §2 (i) (1997) (« [c]ommercial product sellers must provide reasonable instructions and warnings about risks of injury posed by products. Instructions inform persons how to use and consume products safely » [nos italiques]).

⁴⁵ La préséance a pourtant eu droit de cité dans d'autres domaines du droit : voir *McCulloch v The State of Maryland et al.*, 17 US 316 (1819) ; *Rice v Santa Fe Elevator Corp*, 331 US 218 (1947) (où la Cour recentre la préséance autour de l'intention du Congrès de conférer, ou non, préséance à la loi fédérale) ; *Maryland v Louisiana*, 451 US 725 (1981) ; *Malone v White Motor Cor.*, 435 US 497 (1978) ; *EPA v State Water Resources Control Board*, 426 US 200 (1976) ; *Hancock v Train*, 426 US 167 (1976) ; *Mayo v United States*, 319 US 441 (1943).

⁴⁶ *Cipollone v Liggett Group Inc*, 505 US 504 (1992) [*Cipollone*], commenté notamment par Howells, *Tobacco*, *supra* note 9 à la p 124 et s.

La démarche a été jugée irrecevable à l'issue d'une demande de *certiorari* au terme de laquelle la Cour suprême, préconisant une position mitoyenne, a statué que la *Public Health Cigarette Smoking Act* fédéral adopté en 1969 prohibe un tel recours, dès lorsqu'il prescrit ce qui suit : « [n]o requirement or prohibition based on smoking and health shall be imposed under State law with respect to the advertising or promotion of any cigarettes the packages of which are labelled in conformity with the provisions of this chapter »⁴⁷. L'argument mis de l'avant par les défendeurs – qu'avait d'ailleurs avalisé la Cour d'appel fédérale⁴⁸ – voulait que l'action en réparation du préjudice, après tout, est un instrument de régulation des produits dérivés du tabac, du fait qu'elle met à charge de l'industrie des obligations d'informations supplémentaires dont l'étendue incertaine est précisée au fil du temps par les tribunaux étatiques. À ce titre et parce que la responsabilité civile est ici assimilable à un *requirement* (lire une « exigence »), elle entre dans le « champ magnétique » d'une loi fédérale qui comptabilise déjà les effets connus de la responsabilité civile (indemnisation, prévention, punition) dans le compromis qu'elle matérialise.

S'exprimant par la plume du juge Stevens, la Cour suprême refuse néanmoins de tracer, autour de cette dernière, les linéaments d'une construction théorique, préconisant plutôt une approche éclatée et pragmatique au fédéralisme qui la porte à analyser chaque conflit à la lumière de l'intention du Congrès pour mieux délimiter le spectre de présence (qui ne s'étend pas nécessairement à tous les motifs qui

⁴⁷ *Public Health Cigarette Smoking Act of 1969*, Pub L 91-222, 84 Stat 87, tel qu'amendé, 15 USC §§ 1331-1340 [nos italiques] [*Loi de 1969*] (rédigé en lettres majuscules, l'avertissement précise : « Warning: The surgeon general has determined that cigarette smoking is dangerous to your health »).

⁴⁸ *Cipollone v Liggett Group Inc*, 789 F2d 181 (CA3 1986). Elle précise (à la p 187) :

The Act pre-empts those state law damages actions relating to smoking and health that challenge either the adequacy of the warning on cigarette packages or the propriety of a party's actions with respect to the advertising and promotion of cigarettes. Where the success of a state law damages claim necessarily depends on the assertion that a party bore the duty to provide a warning to consumers in addition to the warning Congress has required on cigarette packages, such claims are pre-empted as conflicting with the Act [notes omises].

sous-tendent l'action en réparation du préjudice corporel). En l'espèce, il faut en comprendre que si la portée de la *Loi de 1969* embrasse toute la sphère de l'étiquetage des cigarettes⁴⁹ (et pour cela pose un obstacle à l'action en réparation du préjudice ancrée dans le défaut d'information), elle laisse en revanche la porte ouverte à d'autres recours en responsabilité basés sur les fausses représentations, les pratiques de commerce illégales, le défaut de conception, le non-respect des garanties contractuelles, la conspiration, etc.⁵⁰. La préséance ne place pas complètement les fabricants à l'abri de toute poursuite civile, en même temps qu'elle soustrait du domaine étatique la riche problématique de la détermination de l'intensité et de l'étendue du devoir d'information dont sont débiteurs les fabricants devant les consommateurs. Le compromis est éclatant. Mais en distillant le litige à la seule intention du législateur (dans un élan de positivisme qui masque à peine les écueils politiques que la Cour suprême voulait précisément éviter), celle-ci réussit ce double exploit qui consiste à esquiver toute référence au fondement ou aux fonctions de l'indemnisation du préjudice, ainsi qu'à aplanir d'autant les différentes attitudes au fédéralisme.

Pour ou contre la *preemption*? La question est trop simpliste. Le banc *Cipollone* décline bien trois hypothèses de préséance⁵¹, sans pour autant ériger une construction théorique qui s'écroulerait de toute ma-

⁴⁹ La disposition pertinente (§1331) prévoit ce qui suit :

It is the policy of the Congress, and the purpose of this Act [...], to establish a comprehensive Federal program to deal with cigarette labeling and advertising with respect to any relationship between smoking and health, whereby: (1) the public may be adequately informed about any adverse health effects of cigarette smoking by inclusion of warning notices on each package of cigarettes and in each advertisement of cigarettes; and (2) commerce and the national economy may be (A) protected to the maximum extent consistent with this declared policy and (B) not impeded by diverse, nonuniform, and confusing cigarette labeling and advertising regulations with respect to any relationship between smoking and health (*Cipollone*, *supra* note 46 [nos italiques]).

⁵⁰ *Cipollone*, *supra* note 46 à la p 531.

⁵¹ Howells, *Tobacco*, *supra* note 9 aux pp 124-25 (pour le juge Scalia, la préséance recoupaît, après 1969, toutes les causes d'action ; pour le juge Blackmun, le droit fédéral ne posait aucun obstacle à l'exercice d'actions en responsabilité civile).

nière au gré du *pendulum* politique gauche/droite que l'on connaît. Et la suite des choses était prévisible. Aidée de l'extrême porosité d'un *stare decisis* réductible à la recherche de l'intention du législateur, la jurisprudence successive a réveillé deux positions polarisées⁵²: celle voulant que la responsabilité civile soit, par essence, complémentaire et parallèle aux autres modes de régulation des activités économiques (et, qu'à ce titre, elle ne soit jamais éclipsée par le droit fédéral⁵³), et celle suggérant plutôt qu'elle chevauche indûment des stratégies de régulation établies, s'avérant, par conséquent, superfétatoire⁵⁴.

En particulier, les enseignements de l'arrêt *Cipollone* ont été réitérés dans le contexte de la saga des cigarettes dites « légères »⁵⁵, à l'occasion de laquelle le même signataire a dégagé au sein du banc un consensus légèrement plus significatif, malgré son manque, avoue-t-il, « d'élégance théorique »⁵⁶. S'agissant – encore – de déterminer l'étendue du faisceau de préséance de la *Loi de 1969*, la Cour conclut que cette dernière laisse libre cours à une action intentée, cette fois, sur la base de publicités trompeuses interdites au sens d'une loi étatique (la *Maine Unfair Trade Practices Act*⁵⁷). Cette fois, elle estime

⁵² Voir par ex *Geier v Honda Motors Co*, 529 US 861 (2000) [*Geier*] (où la Cour suprême a jugé que l'inclusion d'une clause de sauvegarde (*saving clause*) maintenant l'action en responsabilité à une loi sur la sécurité des véhicules automobile ne faisait pas obstacle à ce que la théorie de la *preemption* puisse s'appliquer). Contra *Sprietsma v Mercury Marine*, 537 US 51 (2002) ; *Bates v Dow Agrosciences LLC*, 544 US 431 (2005) [*Bates*].

⁵³ Voir *New York State Conference of Blue Cross & Blue Shield Plans v Travelers Ins Co*, 514 US 645 (1995); *Hillsborough County v Automated Medical Labs*, 471 US 707 (1985) ; *Bates*, *supra* note 52.

⁵⁴ Voir *Geier*, *supra* note 52 ; *Buckman Co v Plaintiffs' Legal Comm*, 531 US 341 à la p 348 (2001) (impliquant des dispositifs médicaux) ; *International Paper Co v Ouellette*, 479 US 481 à la p 494 (1987) (dans le contexte d'une *nuisance* causant la pollution de l'eau) ; *Chicago & North Western Transp Co v Kalo Brick & Tile Co*, 450 US 311 à la p 321 (1981) (en matière de transport ferroviaire).

⁵⁵ *Altria Group Inc v Good*, US LEXIS 9127, 555 US 70 (2008) [*Altria*] ; *Lorillard Tobacco Co v Reilly*, 533 US 525 (2001).

⁵⁶ *Altria*, *ibid* à la p 14, juge Stevens [notre traduction].

⁵⁷ *Me Rev Stat Ann*, tit 5, §207 (Supp 2008).

néanmoins que la loi fédérale ne saurait faire obstacle au devoir qui s'impose à tous et qui consiste à éviter de s'adonner à des pratiques interdites de commerce (ce que sanctionne, ultimement, le droit privé⁵⁸). Sous cet angle, le recours intenté se superpose légitimement aux prescriptions fédérales, induisant l'idée d'une stratégie de régulation capillaire, qui naît à Washington et se prolonge ensuite en autant de solutions législatives ex post imaginées par les États.

Le domaine des produits de santé connaît aussi des soubresauts judiciaires similaires.

B. Les produits de santé : de Wyeth à Riegel

La question éminemment politique a de nouveau été abordée à l'occasion des affaires remarquées *Wyeth v Levine*⁵⁹ et *Riegel v Medtronic Inc*⁶⁰ dans le domaine, cette fois, des produits de santé et des dispositifs médicaux. Les faits qui sous-tendent la première affaire sont simples. La demanderesse s'est pourvue devant les tribunaux américains afin d'obtenir l'indemnisation du préjudice causé par un médicament anti-nauséeux fabriqué par le défendeur, utilisé dans le traitement des migraines. À la suite d'une erreur dans la procédure d'injection intraveineuse⁶¹, le médicament a pénétré l'artère de la patiente, provoquant une gangrène à l'origine de l'amputation de son avant-bras. Elle allègue que l'avertissement du fabricant se devait de faire état des contre-indications relatives à cette technique d'injection, considérant les risques élevés qu'elle pose pour la santé des patients.

À la différence de l'arrêt *Cipollone*, la Cour rejette l'argument des défendeurs voulant que l'autorisation de mise en marché délivrée par

⁵⁸ *Cipollone*, *supra* note 46 à la p 529, repris aussi dans *Altria*, *supra* note 55 à la p 16, juge Stevens (« the phrase ‘based on smoking and health’ fairly but narrowly construed does not encompass the more general duty to not make fraudulent statements »).

⁵⁹ 129 S Ct 1187, 555 US 555 (2009) [*Wyeth*].

⁶⁰ 552 US 312 (2008) [*Riegel*].

⁶¹ Soulignons que le jury n'a pas considéré que cette erreur professionnelle constituait un *novus actus interveniens* susceptible d'occulter la responsabilité du défendeur dans *Wyeth*, *supra* note 59.

les autorités fédérales (ici, la FDA) fasse obstacle à l'introduction de l'action en responsabilité civile en vertu du droit positif étatique. Ces derniers posaient l'hypothèse de la préséance du droit fédéral sur le droit étatique à la lumière de deux arguments inspirés de l'affaire *Cipollone*. D'abord, et à supposer que le feuillet informatif eût dû, à l'issue d'une condamnation à des dommages-intérêts, être précisé pour satisfaire aux exigences posées par l'État du Vermont, la chose n'aurait pu être effectuée sans enfreindre le droit fédéral⁶², d'où un conflit de lois. Aussi, le maintien d'une action en responsabilité créerait un obstacle indésirable « à l'accomplissement et l'exécution des finalités et des objectifs que poursuit le Congrès »⁶³, parce qu'elle porterait, au regard de l'évaluation du ratio risque/bénéfice du médicament, à préférer le jugement des membres du jury à celui des experts de la FDA.

La Cour rappelle que la dimension constitutionnelle du litige appelle une analyse de l'intention du Congrès, « [*t*]he ultimate touchstone in every pre-emption case »⁶⁴ – et d'ajouter – « we start with the assumption that the historic police powers of the States were not to be superseded by the Federal Act unless that was the clear and manifest purpose of Congress »⁶⁵. En l'absence d'un texte législatif clair – comme celui du *Consumer Protection Act* déjà évoqué –, la recherche de l'intention du Congrès dicte une analyse exégétique des textes de loi qui habilitent la FDA à prendre des mesures pour protéger la santé des personnes et assurer la sécurité des médicaments⁶⁶. Aux yeux de la Cour et à la différence de loi contestée à l'occasion de l'affaire *Cipollone*,

⁶² L'argument a été notamment mis de l'avant dans *Fidelity Federal Savings & Loan Association v De la Cuesta*, 458 US 141 (1982).

⁶³ *Hines v Davidowitz*, 312 US 52 à la p 67 (1941), cité dans *Wyeth*, *supra* note 59 à la p 7 [notre traduction].

⁶⁴ *Medtronic Inc v Lohr*, 518 US 470 à la p 485 (1996), cité dans *Wyeth*, *supra* note 59 à la p 8 [nos italiques]. Voir aussi *Retail Clerks v Schermerhorn*, 375 US 96 à la p 103 (1963), et les autres exemples cités par David C Vladeck, « Preemption and Regulatory Failure Risks » dans *Buzbee*, *supra* note 33 aux pp 61-64.

⁶⁵ *Wyeth*, *supra* note 59 à la p 8, référant à *Rice v Santa Fe Elevator Corp*, 331 US 218 à la p 230 (1947) [nos italiques].

⁶⁶ *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*, §202 52 Stat 130 (1937-38).

lone, le Congrès n'aurait jamais écarté l'idée qu'une action en responsabilité civile puisse être intentée sur la base d'un défaut d'information⁶⁷. C'est dire que le fabricant répond, devant les victimes, des défauts d'information d'un médicament, même si la commercialisation de son produit est tributaire d'une autorisation de mise en marché qui s'étend à la teneur du feuillet informatif. La majorité du banc réitère ainsi la jurisprudence s'étant opposée auparavant à la dilatation de la préséance au droit pharmaceutique⁶⁸.

Dissidents, les juges Alito et Scalia militent en faveur de la préséance du droit fédéral (et de la FDA). Ils s'expriment ainsi : « turning a common-law tort suit into a ‘frontal assault’ on the FDA’s regulatory regime for drug labeling upsets the well-settled meaning of the Supremacy Clause and our conflict pre-emption jurisprudence »⁶⁹. Selon eux et dès lors qu'une stratégie de régulation a été esquissée à Washington, elle porte à l'effacement de la responsabilité civile⁷⁰. C'est à cette solution que la Cour avait adhéré en 2008, à peine un an auparavant, dans le domaine des dispositifs médicaux.

Riegel v Medtronic Inc relate un cas d'espèce où la victime a tenté d'obtenir la réparation du préjudice causé par un cathéter médical défectueux. La même Cour s'est penchée sur la portée de la section 21

⁶⁷ En outre – c'est là l'opinion de la Cour – le Congrès n'a jamais conditionné la mise à jour, par le fabricant, des avertissements contenus au feuillet informatif à un nouveau processus d'approbation par la FDA ; et même après lui conférer, en 2007, une compétence lui permettant d'exiger une modification dudit avertissement, il n'a pas davantage suggéré que l'industrie soit exemptée de l'obligation de mettre à jour les informations y contenues. La note prévoit : « Instead, it adopted a rule of construction to make it clear that manufacturers remain responsible for updating their labels » (*Wyeth, supra* note 59 aux pp 10-11).

⁶⁸ Voir notamment *Tobin v Astra Pharmaceutical Products*, 993 F2d 528 aux pp 537-38 (6^e Cir 1993) ; Catherine Sharkey, « Federalism in Action : FDA Regulatory Preemption in Pharmaceutical Cases in State Versus Federal Courts » (2007) 15 JL & Pol'y 1013.

⁶⁹ *Wyeth, supra* note 59 à la p 3 [nos italiques].

⁷⁰ Voir par ex *In re Bextra and Celebrex Marketing Sales Practices and Product Liability Litigation*, 2006 US Dist LEXIS 95500 (ND Cal 2006).

USC §360k adoptée en 1976 au lendemain du très médiatisé scandale de Dalkon Shield⁷¹, voulant que

- (a) [...] no State [...] may establish or continue in effect with respect to a device intended for human use *any requirement* –
 - (1) which is different from, or in addition to, any requirement applicable under this chapter to the device, and
 - (2) which relates to the safety or effectiveness of the device or to any other matter included in a requirement applicable to the device under this chapter⁷².

La disposition emporte-t-elle la préséance? Dans quelle mesure? Avec David Vladeck⁷³, la seule véritable difficulté est celle de déterminer si le vocable *requirement* s'étend, ou non, à la responsabilité du fait des produits. S'exprimant au nom de la majorité, la Cour convient que la disposition sous examen formule bien une hypothèse de préséance⁷⁴. En ce sens, elle observe : « State tort law that requires a manufacturer's catheters to be safer [...] disrupts the federal scheme no less than state regulatory law to the same effect »⁷⁵. La solution proposée par la Cour a pour effet de soustraire le secteur des dispositifs médicaux du domaine de la responsabilité civile.

En marge d'une rhétorique qui affaiblit les motivations, l'effet le plus déplorable de cette jurisprudence éclatée réside dans la variété des manifestations de préséances au regard de la nature du produit, malgré la similitude de textes normatifs héritiers de la volonté du législateur. Ceci concourt à fractionner la discipline des produits défec-

⁷¹ Voir notamment Joseph A Page, « Asbestos and the Dalkon Shield: Corporate America on Trial » (1987) 85 Mich L Rev 1324 à la p 1326, n 15.

⁷² 21 USC §360k (a) (2011) [nos italiques].

⁷³ *Supra* note 64 aux pp 59-60.

⁷⁴ *Riegel*, *supra* note 60 à la p 898.

⁷⁵ *Ibid* à la p 903. (Dissidente, la juge Ginsburg conteste la trop vaste portée attribuée à la disposition objet du litige. Selon elle : « Congress [...] did not intend § 360k(a) to effect a radical curtailment of state common-law suits seeking compensation for injuries caused by defectively designed or labeled medical devices » (aux pp 911-912) [nos italiques]. Dans la foulée de l'arrêt *Wyeth*, la disposition en litige n'aurait jamais voulu restreindre le domaine qui échoit à la responsabilité civile en vertu du droit étatique.)

tueux et embrumer d'autant la compréhension et la mise en œuvre du fédéralisme à l'américaine. Alors que les dispositifs médicaux et les produits dérivés du tabac sont assujettis à la règle de la suprématie du droit fédéral et bénéficient de son effet protecteur (et, pour autant, ils sont soustraits de la sphère de la responsabilité civile), les médicaments défectueux peuvent faire l'objet d'une action en indemnisation du préjudice fondée sur un *tort* issu du droit étatique. Les opinions majoritaires et dissidentes, qui matérialisent des positions en apparence irréconciliables, s'expliquent au regard de différences conceptions des liens qu'entretiennent les versants ex ante et ex post de l'effort de régulation des produits de santé.

D'un côté, l'on soutient que parce qu'elle revêt un caractère scientifique (du fait de l'immixtion de la FDA dans le processus de régulation), l'approche préventive au risque se suffit à elle-même et ne se prolonge pas au-delà de la matérialisation du dommage; de l'autre, on suggère (du moins implicitement) que la responsabilité civile agira par défaut, en présence de failles dans l'exercice de régulation préventif. Sur le plan strictement constitutionnel⁷⁶, la réflexion finit par recouper l'opposition entre les conceptions (néo)dualistes et polyphoniques d'un fédéralisme à l'américaine en quête évidente de repères conciliateurs⁷⁷. Et l'on peut probablement supputer que de ces différentes opinions transparaît une propension à croire que les régulateurs sont plus à mêmes de définir les contours de la sécurité des produits que la magistrature (ou vice-versa).

L'UE propose une dynamique bien différente, même si des tensions politiques similaires s'observent en filigrane du cadre strictement juridique qu'il importe pourtant d'exposer.

⁷⁶ Buzbee, *supra* note 33 à la p 100 et s.

⁷⁷ Voir par ex la reconstruction proposée par Erin Ryan, *Federalism and the Tug of War Within*, New York, Oxford University Press, 2011 (proposant un nouvel équilibre fédéral après avoir notamment constaté que la résurgence du dualisme alimente, *inter alia*, les litiges, surtout en matière de santé, d'environnement et de sécurité des produits, résumé aux pp 369-72) [Ryan].

II. L'Union européenne et l'idéal d'une construction *sui generis*

L'on conviendra, par-delà les débats entourant le « désert constitutionnel » dans lequel se trouve l'Europe (et que le *Traité de Lisbonne* n'a que partiellement irrigué)⁷⁸, que si la nature du projet politique qu'elle poursuit demeure ambiguë, elle nourrit en revanche abondamment la réflexion entourant la régulation suprationaliste des produits de consommation. Dans un tel contexte, le mot « fédéralisme » n'a longtemps été prononcé qu'au risque de la polémique⁷⁹. Bien qu'il dépeigne une réalité palpable, on préfère encore le maquiller derrière des « bricolages sémantiques » (« eurosceptiques », « pro-européens », etc.)⁸⁰, plus susceptibles de dégager un consensus autour de l'opportunité, pour les États membres, d'abdiquer des parcelles de souveraineté au profit d'une entité supranationale politique et juri-

⁷⁸ Joseph HH Weiler, « In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional *Sonderweg* » dans Joseph HH Weiler et Marlene Wind, dir, *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 2003, 7 à la p 7. Pour une reconstruction doctrinale et une synthèse théorique, voir Paul Craig, « Constitutions, Constitutionalism and the European Union » (2001) 7 Eur LJ 125 (à la p 135 et s), ou, plus récemment, Armin Von Bogdandy, « Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch » (2010) 16 Eur LJ 95 (qui discute à l'apport des principes au discours constitutionnel de l'UE aux pp 96-97) ; Neil Walker, « The Shifting Foundations of the European Union Constitution », University of Edinburgh School of Law Research Paper Series No 2012/18. Le refus, par l'Irlande et les Pays-Bas, d'adopter le Projet de constitution pour l'Europe a posé un important frein à cette évolution constitutionnelle, ayant plutôt débouché sur le moins évocateur (*Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, 13 décembre 2007, JOC 306 [*Traité de Lisbonne*]). Cela dit, la proclamation de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* du 7 décembre 2000, laquelle, au sens de l'art 6 (1) TFUE, a « la même valeur que les traités », est à notre avis un adjuvant constitutionnel fort significatif.

⁷⁹ Hans-W Micklitz, Thomas Roethe et Stephen Weatherill, dir, *Federalism and Responsibility: A Study on Product Safety Law and Practice in the European Community*, Londres, Graham & Trotman, 1994.

⁸⁰ Voir François Vergniolle de Chantal, *Fédéralisme et antifédéralisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005 à la p 4.

dique⁸¹. Robert Schütze explique: « [i]n the absence of a theory of federalism beyond the State, European thought invented a new word – supranationalism – and proudly announced the European Union to be *sui generis* »⁸². Dans ce contexte, le vocable préséance n'a pas, jusqu'à tout récemment, véritablement intégré le vocabulaire des européanistes pour désigner la coordination des compétences de l'Union et des États membres.

Par contraste, les générations de juristes émergentes⁸³ semblent beaucoup moins réfractaires à la sémantique que secrète un peu partout l'esthétique fédérale à l'américaine. Amedeo Arena, par exemple, décrit comme suit l'apport de la préséance au discours constitutionnel européen : « [c]ompetence-based definitions [...] identify the notion of preemption as a phenomenon indistinguishably linked either to the existence of an E.U. competence in the Treaties or to its actual exercise through the adoption of legislation »⁸⁴. L'on en comprend qu'à la différence du modèle américain, cette forme de préséance beaucoup plus vaste recoupe la détermination de l'étendue d'une compétence d'attribution autant que la légalité de sa mise en œuvre.

Un peu à l'instar de l'expérience canadienne⁸⁵, on le verra⁸⁶, les compétences de l'UE s'exercent au gré d'une approche mixte, à la fois

⁸¹ Costa, *supra* note 34. Le principe de la primauté du droit communautaire s'observe à travers Van Gend Loos, *supra* note 34 et Brasserie du pêcheur, *supra* note 34.

⁸² Robert Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism*, New York, Oxford University Press, 2009 à la p 3.

⁸³ Voir, *latu sensu*, Amedeo Arena, « The Doctrine of Union Preemption in the EU Internal Market: Between *Sein* and *Sollen* » (2010-11) 17 : 3 Colum J Eur L 477 aux pp 481-85 ; António Goucha Soares, « Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity » (1998) 23 Eur L Rev 132. Voir aussi Anne van Aaken, « Supremacy and Preemption: A View from Europe » dans Epstein et Greve, *supra* note 32. Van Aaken précise que si la notion de « préséance » est surtout utilisée pour désigner le droit dérivé, elle dépend aussi de l'essence du droit primaire. Selon nous, sous cet angle, les sources du droit sont indissociables l'une de l'autre.

⁸⁴ Arena, *supra* note 83 à la p 483 [nos italiques].

⁸⁵ Voir *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 5 (la constitution canadienne qui prévoit plutôt le partage des compétences par domaines en vertu des articles 91 et 92) [*LC 1867*].

fonctionnaliste et sectorielle. Dans la foulée de la conclusion du *Traité de Nice* (2000)⁸⁷ et de la *Déclaration de Laeken* (2001)⁸⁸, la signature du *Traité de Lisbonne* (2007)⁸⁹ marque un effort de résolution au fameux « problème des compétences » entre l’Union et les États membres⁹⁰, compétences que l’on veut exclusives (i.e. l’union douanière), partagées (dont la construction du marché intérieur) ou d’appoint, de coordination (dont la protection de la santé). Dépositaire d’un équilibre que cristallise le principe d’attribution et que véhiculent les bases juridiques⁹¹, le respect des principes de subsidiarité (qui cherche à « régler l’exercice des compétences de l’Union qui sont des compétences d’attribution »⁹²) et de proportionnalité (en vertu de laquelle « le contenu et la forme de l’action de l’Union n’excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités »⁹³) sont notamment (et notoirement) surveillées par la Cour de Justice de l’Union européenne (« CJUE », anciennement la Cour de justice des

⁸⁶ Voir la section III, ci-dessus.

⁸⁷ *Traité de Nice modifiant le traité sur l’Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes*, 10 mars 2001, JOC 80.

⁸⁸ Conseil européen (CE), *Déclaration sur l’avenir de l’Union européenne*, 15 décembre 2001.

⁸⁹ *Supra* note 78.

⁹⁰ Pour une première introduction, voir Paul Craig et Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 5^e éd, New York, Oxford University Press, 2011, ch 3 (portant sur la compétence).

⁹¹ Voir le *Traité sur l’Union européenne*, art 5(2), 7 février 1992, JOC 83 [TUE] (« [e]n vertu du principe d’attribution, l’Union n’agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l’Union dans les traités appartient aux États membres » [nos italiques]).

⁹² Jean-Louis Clergerie, Annie Gruber et Patrick Rambaud, *L’Union européenne*, 9^e éd, Paris, Dalloz, 2012 au para 334 [italiques dans l’original]. Voir aussi Hans-W Micklitz et Stephen Weatherill, « Federalism and Responsibility » dans Micklitz, Roethe et Weatherill, *supra* note 79 (« [s]ubsidiarity is, in fact, itself a shorthand for questions about competence division, which is in turn inextricably linked with the federalist process » à la p 33).

⁹³ *TUE*, *supra* note 91, art 5, para 4, al 1. Voir aussi Clergerie, Gruber et Rambaud, *supra* note 92 aux paras 341-44.

communautés européennes)⁹⁴. La détermination des marges discrétionnaires que module le partage des compétences s'effectue sous l'éclairage des normes de matrice « constitutionnelle » (soit le *Traité sur l'Union européenne* (« TUE »))⁹⁵), et non à partir d'une reconstruction interprétative à l'américaine, qui trouverait son point de départ dans la loi faisant l'objet du litige. Déductive dans le premier cas, inductive dans l'autre, le recours à ces différentes techniques s'explique probablement par le caractère moderne plus fonctionnel du *TUE* que le texte constitutionnel américain, notamment, esquissé à une autre époque.

La sécurité des produits de consommation appartient-elle exclusivement au domaine de la création du marché intérieur? Est-elle dénuée de toute composante socialisante? Ces questions posent la problématique du fondement même de la protection des consommateurs et de la sécurité des produits, en même temps qu'elles soulèvent l'épineuse question de déterminer si la matière ne devrait pas acquérir ses lettres de noblesse. Au sein de l'UE, l'opportunité de doter celle-ci d'une politique sociale communautaire est à l'ordre du jour, bien qu'il ne soit pas certain qu'elle embrasse le domaine de la sécurité des produits (sauf à adopter une définition large qui agrée l'idée que les risques associés à la consommation *sont* une faille du marché). En effet, dans l'état actuel des choses, la politique sociale semble davantage viser le

⁹⁴ Voir *TUE, supra* note 91, art 5(3):

dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.

Voir à ce sujet CE, Commission, *Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité : 19e rapport «Mieux légiférer» 2011*, COM(2012) 373 Bruxelles, CE, 2012 à la p 7. Voir aussi Hogg, *supra* note 12 aux pp 5-12, 5-13 ; Erika Arban, « La subsidiarité en droit européen et canadien : une comparaison » (2013) 56 Administration publique du Canada 199 aux pp 225-30 ; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 RCS 241, 200 DLR (4^e) 419 au para 3 [Spraytech].

⁹⁵ *TUE, supra* note 91.

droit de l'emploi, du logement, l'égalité des sexes ou la sécurité sociale⁹⁶. La prééminence de la libéralisation des marchés maintes fois dénoncée par plusieurs civilistes européanistes pose un frein à la poursuite d'objectifs qui ne sont pas étroitement liés à la construction du marché intérieur⁹⁷. En matière de sécurité des produits de consommation (incluant la responsabilité du fait des produits défectueux), l'exercice de ces compétences gravite autour de la création du marché intérieur (SOUS-SECTION B) et, dans une mesure moindre, la protection de la santé et la sécurité des consommateurs (SOUS-SECTION A), habituée qu'est cette discipline à osciller entre la protection d'intérêts économiques, consuméristes et relatifs à la santé des personnes. Leur coexistence, néanmoins, n'est pas toujours pacifique : des tensions sont d'ailleurs perceptibles à la lecture de la jurisprudence de la CJUE (SOUS-SECTION C). À bien y voir, le contentieux constitutionnel né de la synchronisation de ces objectifs semble graduellement rapprocher l'UE des parcours canadien et américain, par-delà le caractère beau-

⁹⁶ Voir généralement Stephan Leibfried et Paul Pierson, « Multitiered Institutions and the Making of Social Policy » dans Stephan Leibfried et Paul Pierson, dir, *European Social Policy, Between Fragmentation and Integration*, Washington, The Brookings Institution, 1996 à la p 1 ; David M Trubek et Louise G Trubek, « Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination » (2005) 11 Eur LJ 343.

⁹⁷ Voir par ex Geraint Howells et Stephen Weatherhill, *Consumer Law Protection*, 2^e éd, Dartmouth, Ashgate, 2005 aux pp 2-8 ; Trubek & Bourgoignie, *supra* note 13 aux pp 1, 6-12 ; Christian Joerges et Ernst-Ulrich Petersmann, dir, *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford, Hart, 2006 ; Stephen Weatherill, « The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice » (2006) 2 European Review of Contract Law 136 aux pp 139-41 ; Tamara K Hervey et Jean V McHale, « Law, Health and the European Union » (2006) 25 LS 228 à la p 242 (qui soulignent que « [a]ny social policy regime within the EU (including health policy) must now take its place within the ‘constitutional’ construct of the internal market, the law of which has been one of the fundamental drivers of the internal market » [nos italiques]). Un débat similaire anime le droit des contrats. Voir par ex Thomas Wilhelmsson, « The Legal, The Cultural and the Political: Conclusions from Different Perspectives on Harmonisation of European Contract Law » (2002) 13 Eur Bus L Rev 541. Comparer Oliver Gertensberg, « Private Law and the New European Constitutional Settlement » (2004) 10 Eur LJ 766.

coup plus centralisateur de ce dernier (du moins lorsqu'il s'agit de la régulation des produits de consommation)⁹⁸.

A. La santé et la sécurité des consommateurs

D'un point de vue historique⁹⁹, de fragiles racines d'une compétence communautaire en matière de santé et de sécurité des personnes sont ancrées dans le *Traité Euratom* de 1957 visant la prolifération des industries nucléaires¹⁰⁰. Jusqu'en 1992, cependant, la Communauté économique européenne était dépourvue de toute compétence expresse en matière de santé, même si des traces d'une gestion supranationale des risques étaient perceptibles au travers du droit dérivé¹⁰¹. De fait, il aura fallu attendre l'entrée en vigueur du *TUE* et de son article

⁹⁸ À titre d'exemple, la jurisprudence et la doctrine tissées autour du Xième amendement sont révélatrices de ces parcours constitutionnels distincts; voir US Const Amend X (« [t]he powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people »). Certains auteurs voient toutefois dans cet amendement le fondement juridique permettant une approche dialogique au partage des compétences. Voir Ryan, *supra* note 77 à la p 370. D'autres fondements constitutionnels concourent aussi à configurer le fédéralisme américain (la *commerce clause*, le XI^{ème} amendement). Voir George A Bermann, *Regulatory Federalism: European Union and United States* (*Académie de droit international : Recueil des cours*, t 263), La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1997 aux pp 100-114.

⁹⁹ Voir Johannes Dommers, « An Introduction to European Union Health Law » (1997) 4 Eur J Health L 19 ; Anne Pieter Van der Mei et Lisa Waddington, « Public Health and the Treaty of Amsterdam » (1998) 5 Eur J Health L 129; et surtout Tamara K Hervey, « Mapping the Contours of European Union Health Law and Policy » (2002) 8 European Public Law 1.

¹⁰⁰ Celui-ci contient des dispositions spécifiques visant la protection des populations contre les radiations ionisantes (art 30-39). Certaines directives s'autorisent de cette base juridique. Voir par ex CE, *Directive 96/29/Euratom du Conseil du 13 mai 1996 fixant les normes de base relatives à la protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les dangers résultant des rayonnements ionisants*, [1996] JOL 314/20.

¹⁰¹ Exacerbée par la libre circulation des marchandises, la crise des vins austro-italiens frelatés – des produits auxquels de l'éthanol avait été ajouté dans le but d'en faciliter la fermentation – a pourtant illustré, en 1985, les dangers liés à une pluralité de registres en matière de gestion des risques. Voir CJCE du 4 juillet 1989, *Francesconi et Commission*, affaires jointes C-326/86 et C-66/88 [1989] ECR II-2087.

129A¹⁰² pour voir poindre à l'horizon une politique sociale de matrice communautaire. Pour la première fois, le droit primaire prenait acte de la spécificité de la protection des consommateurs en lui réservant un *Titre* distinct (« Protection des consommateurs »), chapeautant des dispositions enjoignant à la communauté européenne d'atteindre des niveaux élevés de protection des consommateurs et de la santé humaine « dans la mise en œuvre de toutes ses politiques », incluant le marché intérieur¹⁰³. Cette formule souple cristallisait un compromis visant à concilier la volonté de certains États membres à doter la communauté européenne d'une compétence spécifique en matière de santé avec l'attitude réfractaire de ceux qui préféraient qu'elle demeure l'apanage des États membres.

Malgré sa portée limitée, subordonnée à l'exercice des autres compétences qui échoient aux institutions de l'UE (dont, *in primis*, la création du marché intérieur)¹⁰⁴, cette disposition marquait l'insertion d'un agenda juridique transversal, jusqu'à ce que les crises de la vache folle et du sang contaminé viennent à ébranler ce nouvel équilibre « confédératif » que l'on croyait avoir atteint. Ceci explique qu'à peine cinq ans plus tard, le *Traité d'Amsterdam* (1997) est venu remodeler l'arrimage entre les compétences communautaires et nationales. En marge de certains domaines énumérés de manière exhaustive par le législateur¹⁰⁵ (dont le sang et les produits y dérivés¹⁰⁶ ou la sécurité ali-

¹⁰² *Supra* note 91. L'article 129A est devenu, après modification, l'art 168 *TFUE*, *supra* note 35).

¹⁰³ *TFUE*, *supra* note 35 art 168.

¹⁰⁴ Tamara K Hervey et Jean McHale, *Health Law and the European Union*, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, 2004, aux pp 73-74. Voir aussi Howells et Weatherill, *supra* note 97 aux pp 462-63, et plus généralement Vassilis Hatzopoulos, « Health Law and Policy: The Impact of the EU » dans Gráinne de Búrca, dir, *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 111.

¹⁰⁵ *Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, 10 novembre 1997, JOC 340, art 152, aux para 4 et 5 [*Traité d'Amsterdam*]. Le choix de ne pas procéder à un « catalogue de compétences » – à l'instar du Canada – découle pourtant d'un choix éclairé du législateur. Quant à contexte, voir Bermann, *supra* note 98 à la p 79.

mentaire¹⁰⁷, justement), la protection des consommateurs, comme d'autres politiques sociales de l'UE, demeure avant tout subordonnée à l'atteinte de l'objectif de libéralisation des marchés, entretenant avec lui un rapport synergétique¹⁰⁸. Son caractère programmatique a maintes fois été rappelé par la CJUE, qui lui reconnaît néanmoins un rôle interprétatif de premier plan.

À ce jour, donc, la santé et la sécurité des consommateurs demeure avant tout une affaire étatique, même si les institutions communautaires sont dorénavant investies d'un pouvoir de coordination des diverses actions nationales. Le *Traité de Lisbonne*¹⁰⁹ réitère implicitement cet équilibre qu'atteint le droit primaire. L'article 168 *TFUE*¹¹⁰

¹⁰⁶ Voir par ex CE, *Directive 2002/98/CE du Parlement et du Conseil du 27 janvier 2003 établissant des normes de qualité et de sécurité pour la collecte, le contrôle, la transformation, la conservation et la distribution du sang humain, et des composants sanguins, et modifiant la directive 2001/83/CE*, [2003] JOL 33/30.

¹⁰⁷ Voir par ex CE, *Règlement 999/2001/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 fixant les règles pour la prévention, le contrôle et l'éradication de certaines encéphalopathies spongiformes transmissibles*, [2001] JOL 147/1 ; CE, *Directive 2003/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 modifiant la directive 96/22/CE du Conseil concernant l'interdiction d'utilisation de certaines substances à effet hormonal ou thyréostatique et des substances β-agonistes dans les spéculations animales*, [2003] JOL 262/17 ; CE, *Règlement 2160/2003/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 sur le contrôle des salmonelles et d'autres agents zoonotiques spécifiques présents dans la chaîne alimentaire*, [2003] JOL 325/1 ; CE, *Règlement 1829/2003/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 concernant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux génétiquement modifiés*, [2003] JOL 268/1 qui prennent ancrage dans le *Traité d'Amsterdam*, *supra* note 105 art 152, para 4(b).

¹⁰⁸ En ce sens, pour le CE, « [l]es consommateurs sont, avec les entreprises, des acteurs clés au sein du marché intérieur. Le bon fonctionnement du marché intérieur favorisant la confiance des consommateurs dans les transactions transfrontalières aura un effet bénéfique sur la concurrence, ce qui profitera aux consommateurs » [nos italiques] (CE, *Résolution du Conseil du 2 décembre 2002 relative à la stratégie pour la politique des consommateurs de la Communauté 2002-2006*, [2003] JO, C11/1 au para 3).

¹⁰⁹ *Supra* note 78.

¹¹⁰ *Supra* note 35.

accorde une attention particulière aux effets et aux causes de la dégradation de la santé humaine; il se juxtapose pourtant aux autres politiques communautaires sans jamais s'en affranchir totalement¹¹¹. En ce sens, ses deuxième et troisième paragraphes aménagent les relations entre l'UE et les États membres en termes de coopération.

L'interprétation conjuguée des articles 168 et 169 *TFUE* peut-elle poser les bases à une véritable politique permettant d'accroître la sécurité des produits, à travers, précisément, le prisme de la création du marché¹¹²? La réponse est nuancée.

B. La centralité de la création du marché intérieur

Au sein de l'UE, le marché intérieur occupe « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité »¹¹³. À ce titre, il poursuit l'objectif plus général décrit à l'article 3h intégré au *TFUE*, en vertu duquel « [l']action de la communauté comporte le *rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun* »¹¹⁴. Techniquelement, les compétences communautaires poursuivant cette finalité puisent leur source des processus d'unanimité¹¹⁵ et de codécision (à majorité qualifiée du Conseil et du Parlement)¹¹⁶. À la diffé-

¹¹¹ Voir par ex *TUE*, *supra* note 91, art 3, para 1 et art 152, para 1 ; *Commission c Conseil*, C-269/97, [2000] ECR I-02257 ; CE, *Résolution du Conseil du 18 novembre 1999 concernant la garantie de la protection de la santé dans toutes les politiques et actions de la Communauté*, [2000] JOC 86/3.

¹¹² Le *Règlement 1829/2003*, *supra* note 104 (17e considérant) et CE, *Règlement 1371/2007/CE du Parlement Européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les obligations des voyageurs ferroviaires*, [2007] JOL 315/14 font figure d'exception. Pourtant, la CE, *Résolution du Conseil du 31 mai 2007 relative à la stratégie communautaire en matière de politique des consommateurs pour la période 2007-2013*, [2007] JOC 166/1 les appréhende ensemble.

¹¹³ *TFUE*, *supra* note 35, art 26, al 2.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*, art 115.

¹¹⁶ *Ibid.*, art 114 (1) qui réfère à la « procédure ordinaire » née de l'*Acte unique européen* (1986) destiné à catalyser la formation du marché commun. Il dispose que le Conseil peut à l'unanimité « arrête[r] des directives pour le rapprochement des dis-

rence – on l'a dit – des compétences diaphanes portant sur la santé des personnes et la protection des consommateurs¹¹⁷, ces dispositions habilitent les institutions de l'UE à générer du droit dérivé, incluant des directives et des règlements¹¹⁸.

Il dispose que le Conseil peut, à l'unanimité « arrêter des directives pour le rapprochement des législations des États membres qui ont une *incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun* »¹¹⁹. Parce que ledit rapprochement, l'harmonisation, vise souvent les conditions de fabrication, d'emballage, ou d'étiquetage, plusieurs directives « de première génération » adoptées sous son égide (dont celles visant les denrées alimentaires et les automobiles) produisent des effets bien palpables en matière de santé des personnes. Les exemples abondent¹²⁰. Or c'est aussi de cette base juridique que s'autorise la Directive « produits défectueux »¹²¹.

positions législatives [...] des États membres qui ont une *incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur* » (*ibid*, art 115 [nos italiennes]).

¹¹⁷ *Ibid*, art 168-169.

¹¹⁸ *Ibid*.

¹¹⁹ TUE, *supra* note 91, art 94 [nos italiennes].

¹²⁰ Michel Bélanger, *Les communautés européennes et la santé*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 1985 à la p 9. Voir par ex CEE, *Directive du Conseil du 26 janvier 1965 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, relatives aux spécialités pharmaceutiques*, [1965] JOL 369/65 ; CEE, *Directive du Conseil du 21 mai 1973 modifiant la directive, du 27 juin 1967, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses*, [1973] JOL 167/1 ; CEE, *Directive du Conseil du 6 février 1970 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au niveau sonore admissible et au dispositif d'échappement des véhicules à moteur*, [1970] JOL 42/16 ; CEE, *Directive du Conseil du 13 juillet 1970 relative au rapprochement des législations des États membres concernant les substances ayant des effets antioxygènes et pouvant être employées dans les denrées destinées à l'alimentation humaine*, [1970] JOL 157/31 ; CEE, *Directive du Conseil relative au rapprochement des réglementations des États membres concernant les matières colorantes pouvant être employées dans les denrées destinées à l'alimentation humaine*, [1962] JOL 2645/62 ; CEE, *Directive du Conseil du 26 juin 1964 relative à des problèmes sanitaires en matière d'échanges intracommunautaires de viandes*

D'un point de vue politique, pourtant, la mise en œuvre de cette base juridique a soulevé d'importantes difficultés d'une nature avant tout procédurale¹²² : devant l'élargissement imminent de la Communauté économique européenne, son processus d'adoption à l'unanimité était menacé de paralysie. Il devenait alors opportun de lui adjoindre une procédure d'adoption plus flexible, matérialisant un consensus majoritaire. En 1987 naissait l'article 100A CEE (devenu 95 CE, puis 114 *TFUE*) devant contribuer au parachèvement du marché intérieur, permettant en même temps la prise d'actes communautaires touchant accessoirement la santé des personnes et la consommation¹²³. En ce sens, l'article 114, paragraphe 3 *TFUE* prévoit que dans l'harmonisation réalisée, un niveau élevé de protection de la santé des personnes est garanti¹²⁴. Mue par des pulsions ordolibérales, cette

fraîches, [1964] JOL 2013/64 ; CEE, *Directive du Conseil du 27 juillet 1970 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux portes des véhicules à moteur et de leurs remorques*, [1970] JOL 176/5 ; CEE, *Directive du Conseil du 22 juillet 1974 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'aménagement intérieur des véhicules à moteur (résistance des sièges et de leur ancrage)*, [1974] JOL 221/1.

¹²¹ *Supra* note 18. La prémissé qui la sous-tend veut qu'une responsabilité civile fragmentée se pose en porte-à-faux du principe de la sécurité juridique. En ce sens, son 1^{er} considérant pose que le rapprochement des législations « est nécessaire du fait que leur disparité est susceptible de fausser la concurrence, d'affecter la libre circulation des marchandises au sein du marché commun et d'entraîner des différences dans le niveau de protection du consommateur contre les dommages causés à sa santé et à ses biens par un produit défectueux » [nos italiques]. Parce que la responsabilité des produits défectueux entretient des liens étroits avec l'idée d'une distribution à grande échelle, l'on suppose que de telles variations législatives freinent la vie économique.

¹²² Scott Crosby, « The Single Market and the Rule of Law » (1991) 16 : 6 Eur L Rev 451.

¹²³ Voir par ex CEE, *Directive du Conseil du 16 juin 1988 modifiant la directive 70/220/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux mesures à prendre contre la pollution de l'air par les gaz provenant des moteurs équipant les véhicules à moteur (Limitation des émissions de particules polluantes par les moteurs diesel)*, [1988] JOL 214/1.

¹²⁴ *Supra* note 35. Il précise que :

[...]a Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des Consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte

symbiose entre l'objectif de libéraliser des marchés et celui de protéger la santé des consommateurs a ceci de nouveau que pour la première fois, le droit primaire verbalise l'importance respective de ces deux finalités¹²⁵.

Par exemple, la Directive 2001/95/CE sur la sécurité des produits dicte, à l'instar de la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*¹²⁶ et la *Consumer Product Safety Act*¹²⁷, que tous les produits doivent être sûrs¹²⁸. Elle s'autorise exclusivement de cette base juridique¹²⁹, bien que son premier considérant traduise également la nécessité de prendre acte de l'évolution d'un acquis communautaire qui se forme autour de la santé publique, la protection des consommateurs, et le principe de précaution¹³⁰. Cette Directive dépeint une approche préventive à la matérialisation des risques, qu'accompagnent des mécanismes d'autorégulation et de certification visant à assurer un haut niveau de qualité des produits. La dialectique de l'harmonisation

notamment de toute nouvelle évolution base sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif [nos italiques].

¹²⁵ Faut-il toutefois préciser que dans le contexte de la création du marché interne et dès 1957, le couple que formaient les art 30 (posant le principe de la libre circulation des marchandises) et 36 CEE (mesures de sauvegardes possibles dans certaines circonstances) proposait un équilibre inspiré de la même idée.

¹²⁶ *Supra* note 3.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Directive « sécurité des produits », *supra* note 3, art 3 au para 1.

¹²⁹ *Ibid.*, 3^e considérant :

[e]n l'absence de dispositions communautaires, la législation horizontale des États membres sur la sécurité des produits [...] pourrait diverger quant au niveau de protection offert aux consommateurs ». Le texte rappelle encore que « [c]es disparités, ainsi que l'absence de législation horizontale dans certains États membres, sont susceptibles de créer des obstacles aux échanges et des distorsions de la concurrence dans le marché intérieur [nos italiques].

¹³⁰ *Ibid.*, 1^{er} considérant.

des législations n'est pas théorique; une base juridique bancale, purement cosmétique, emporte l'*ultra vires*¹³¹.

C. La dialectique des bases juridiques et la CJUE

La coordination entre le droit primaire (issu des Traités constitutionnels) et le droit dérivé (les directives ou les règlements) induit une composante constitutionnelle qui infléchit inévitablement les choix de régulation des produits, dès lors que la validité du second est tributaire de la pertinence de la base juridique de laquelle elle s'autorise. En pratique, les décisions rendues par la CJUE à l'issue d'un contrôle de légalité¹³², en manquement¹³³ ou en réponse à des questions préjudiciales¹³⁴ forment un corpus jurisprudentiel qui évoque un véritable contrôle de constitutionnalité des directives ou des règlements communautaires, qu'éclairent les principes de proportionnalité et de subsidiarité. D'un point de vue herméneutique, ce sont souvent les motivations contenues aux « considérants »¹³⁵ des textes harmonisés qui permettent d'extraire les éléments permettant de juger de l'adéquation entre le but visé par le législateur et les mesures prises pour y parvenir. Deux exemples jurisprudentiels recouvrant les hypothèses avancées par Amadeo Arena¹³⁶ permettent d'illustrer ce phénomène : les affaires portant sur la publicité du tabac (1) et l'interprétation de la Directive «produits défectueux»¹³⁷ (2). De leur analyse, on comprend que la variable constitutionnelle configure réellement le partage des compétences entre les États membres et le législateur de l'UE.

¹³¹ Voir Bertrand Peter, « La base juridique des actes communautaires en droit européen » (1994) Rev Marché Com 324 ; Nicholas Emiliou, « Opening Pandora's Box : The Legal Basis of Community Measures Before the Court of Justice » (1994) 19 : 5 Eur L Rev 488.

¹³² *TFUE*, *supra* note 35, art 263.

¹³³ *Ibid*, art 258.

¹³⁴ *Ibid*, art 267.

¹³⁵ Art 253 CE.

¹³⁶ *Supra* note 83.

¹³⁷ *Supra* note 18.

1. La prévention des atteintes à la santé des consommateurs

*Allemagne c Parlement et Conseil*¹³⁸ : la célèbre affaire portant sur la publicité du tabac est emblématique des obstacles auxquels se heurte la discipline de la santé et la sécurité des consommateurs dans sa tentative d'accéder à l'autodétermination. Elle témoigne de la déconfiture d'un acte communautaire dont la charpente s'est écroulée, à défaut de s'être érigée sur des bases constitutionnelles appropriées. Le contexte factuel est le suivant. Dans la mouvance occidentale, l'UE a subordonné la vente de produits dérivés du tabac au respect de certaines exigences liées à leur fabrication et aux modalités de leur mise en marché¹³⁹. Dans cette optique, la Directive 98/43/CE annonçait son tribut à la création du marché intérieur¹⁴⁰, « considérant qu'il existe des divergences entre les dispositions législatives réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac; que [...] ces disparités sont de nature [...] à faire de cette façon obstacle au fonctionnement du marché intérieur »¹⁴¹. Afin d'obtenir l'annulation de l'acte communautaire, la demanderesse – portée par de puissants lobbies – a allégué la prépondérance de l'objectif réel visant à protéger la santé des consommateurs sur celui, artificiel, visant faciliter le fonctionnement du marché, et ce, contrairement à la lettre et à l'esprit de l'*ex article 95* du

¹³⁸ *Allemagne c Parlement et Conseil de l'Union européenne*, C-376/98, [2000] ECR 8419 [Affaire Tabac], commentée notamment par Tamara Hervey, « Community and National Competence in Health After Tobacco Advertising » (2001) 38 : 6 CML Rev 1421 ; Devika Khanna, « The Defeat of the European Tobacco Advertising Directive: A Blow for Health » (2001) 20 YEL 113. Voir Stephen Weatherill, « European Private Law and the Constitutional Dimension » dans Cafaggi, *supra* note 6 à la p 79.

¹³⁹ Voir Tamara Hervey, « Up in Smoke? Community (Anti)-Tobacco Law and Policy » (2001) 26 : 2 Eur L Rev 101.

¹⁴⁰ CE, *Directive du conseil du 30 juillet 1998 en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac*, [1998] JOL 213/9 à la p 11 (celle-ci laissait aux États membres toute la latitude voulue pour « prescrire, dans le respect du traité, des exigences plus strictes qu'ils estiment nécessaires pour assurer la protection de la santé des personnes en matière de publicité ou de parrainage de produits du tabac », traduisant une forme d'harmonisation minimale [nos italiques]).

¹⁴¹ *Ibid*, 1^{er} considérant [nos italiques].

*Traité instituant la communauté européenne*¹⁴², qui prévoit plutôt, on l'a dit, la subordination du premier au second. De leur opinion, l'acte communautaire s'avérait, tout court, *ultra vires* à défaut par les institutions communautaires d'avoir été investies des compétences d'attribution lui permettant de l'arrêter.

Avalisant cet argument, la CJCE observe que l'« objectif principal » de la directive est celui de la protection de la santé publique, un domaine qui échoit aux états membres. Elle rappelle qu'étant de nature programmatique, l'*ex article 129* du *Traité instituant la communauté européenne* visant la protection de la santé exclut expressément toute forme d'harmonisation des législations nationales : inchoative, sa dynamique ne lui permet que de jouer un rôle à *l'intérieur des autres politiques* de l'UE¹⁴³. En l'espèce, c'est surtout l'absence de marché intégré autour des publicités du tabac (qui prennent souvent acte des particularités socioculturelles locales pour mieux attendre leur clientèle cible) qui porte la Cour à conclure à l'absence de proportionnalité entre la Directive 98/43/CE¹⁴⁴ et la finalité réelle poursuivie (la protection des consommateurs). Pour cette raison, elle a annulé la directive en son ensemble¹⁴⁵.

¹⁴² 24 décembre 2002, C 325/35.

¹⁴³ *Ibid* aux paras 77 à 79.

¹⁴⁴ *Supra*, note 140.

¹⁴⁵ *Affaire Tabac, supra* note 138 aux para 83 et 84. Voir aussi *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, C-491/01, [2002] ECR 11453 au para 60 ; *The Queen c Secretary of State for Health*, C-491/01, [2002] ECR 11453 (soulignons ici l'étrange position du R-U, qui s'est rallié à la position de la Commission dans la défense de la 1^{re} directive et qui s'est porté demandeur afin de rechercher l'annulation de la 2^e) ; *Arnold André c Landrat des Kreises Herford*, C-434/02, [2004] ECR 11825 au para 30 ; *Swedish Match c Secretary of State for Health*, C210/03, [2004] ECR 11893 au para 29 [*Swedish Match*] ; *Alliance for Natural Health c Secretary of State for Health*, C-154/04 et C-155/04, [2005] ECR 6451 au para 28. D'autres directives issues de domaines différents ont fait l'objet de procédures en annulation pour le même motif : voir, en matière environnementale, *Nina Ost, « European Parliament v. Council, Joined Cases C-164/97 and C-165/97 (Legal Basis for Forest Protection Measures) »* (1999) 8 : 3 RECIEL 349 ; en propriété intellectuelle : *Pays-Bas c Parlement et Conseil de l'Union européenne*, C-377/98, [2001] ECR 7079, et en matière de collecte de données person-

Par contraste, la CJCE a statué que la Directive 2001/37/CE en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac esquissée en réponse à l'annulation de sa prédécesseure, s'érite sur une base juridique adéquate¹⁴⁶. S'agissant, cette fois, de juger de l'opportunité d'asseoir la prohibition de la mise en circulation de « snus » (poudre de tabac humide) au regard de l'*ex article 95* du *Traité instituant la communauté européenne*, la CJCE prend acte de l'exigence de protection de la santé des personnes et anticipe l'apparition de disparités des législations, parce qu'il est « vraisemblable que des obstacles à la libre circulation de ces produits [surgissent] en raison de l'adoption par les États membres de nouvelles règles, reflétant cette évolution, destinées à décourager plus efficacement la consommation de ces produits »¹⁴⁷. Tempérant fortement la rigidité de la jurisprudence cristallisée dans l'*Affaire Tabac*, la CJCE statue que « le législateur communautaire ne saurait être empêché de se fonder sur [la base juridique relative à la création du marché] du fait que la protection de la santé publique est déterminante dans les choix à faire »¹⁴⁸.

Même à l'issue de cette brève analyse, on peut supposer que dans la foulée des expériences canadienne et américaine, l'UE est de moins en moins réfractaire à la centralisation des compétences en matière de sécurité des produits et son double, la protection des consommateurs. Or, cette préséance graduelle du droit de l'UE sur le droit privé des États membres qu'insuffle la CJCE est aussi visible à l'étude de responsabilité civile. S'agissant de sa composante constitutionnelle, celle-ci s'articule autour de la dialectique de l'harmonisation minimale

nelles : *Irlande c Parlement et Conseil de l'Union européenne*, C-301/06, [2009] ECR 0000. En 2003, d'importantes retouches ont permis à une nouvelle directive portant sur la publicité et le parrainage des produits du tabac de satisfaire aux prescriptions dictées par le droit primaire : voir CE, *Directive du conseil du 20 juin 2003 en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac*, [2003] JOL 152/16.

¹⁴⁶ CE, *Directive du conseil du 18 juillet 2001*, [2001] JOL 194/26 (le litige est né d'une question préjudicelle posée dans le contexte du refus, par le R-U, d'accès au marché d'un produit du tabac nommé « snus » en provenance de la Suède).

¹⁴⁷ *Swedish Match, supra* note 145.

¹⁴⁸ *Ibid* au para 30.

(*bottom up*, plancher) et de l’harmonisation totale (*top down*, centralisatrice). Ceci n’est pas sans rappeler, dans une certaine mesure, l’interprétation que préconisent ici et là les cours suprêmes canadienne et américaine au regard, d’un côté, de la théorie de la prépondérance, et, de l’autre, de la *preemption*.

2. L’indemnisation du fait des produits défectueux

Subsidiarité oblige, l’harmonisation minimale est souvent privilégiée dans le domaine de la protection des consommateurs parce qu’elle permet le nivelingement des législations sans écarter la possibilité que les États membres puissent maintenir des formes de protection plus favorables aux consommateurs¹⁴⁹. Paradoxalement, elle tend aussi à fragmenter un marché qu’elle tente pourtant d’unifier : ajoutant à une pluralité de règles juridiques nationales une strate normative supranationale optionnelle¹⁵⁰, elle produit en quelque sorte des résultats contraires aux effets recherchés, dès lors qu’elle laisse libre-cours à des solutions juridiques multiples, éclatées. Voilà pourquoi on lui préfère parfois l’harmonisation totale, qui réduit – sinon anéantit – les marges de transposition discrétionnaires des États membres au profit

¹⁴⁹ Dans un autre domaine, voir par ex CE, *Directive du conseil du 7 avril 2004 relative à l’établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l’obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains*, [2004] JOL 102/48 (où l’art 4 prévoit un seuil d’harmonisation minimale: « La présente directive n’empêche pas un État membre de maintenir ou d’introduire des mesures de protection plus strictes [...]»).

¹⁵⁰ Marie-Eve Arbour, « Armonizzazione del diritto, protezione delle tradizioni giuridiche e l’interpretazione della Corte di giustizia della direttiva 374/85/CEE » [2003] Danno e responsabilità 375. Plus récemment, l’argument est aussi repris dans CE, *Proposition de Directive relative à l’harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché d’articles pyrotechniques*, [2011] COM/2011/0764 final – 2011/0358 à la p 8. Voir aussi, par analogie, un phénomène australien, là où le *Trade Practices Act* a, selon certains, « added another layer of complexity to tort law without creating any real prospect of a uniform Australian product-liability regime » (Kit Barker et al, *The Law of Torts in Australia*, South Melbourne, Oxford University Press, 2012 aux pp 656-57).

d'une solution uniforme¹⁵¹. Entre ces deux pôles, plusieurs autres techniques de régulation des marchés existent (autorisations administratives, références à des normes techniques, etc.) : c'est chose déjà dite.

Or, l'absence de précisions claires quant au modèle envisagé soulève d'importantes difficultés qu'engendre la juxtaposition de ces méthodes de rapprochement des normes juridiques au sein d'un même texte juridique, et dont témoigne une célébrissime trilogie rendue par la CJCE le 25 avril 2002¹⁵². Ces décisions naissent toutes trois des difficultés d'interprétation soulevées par l'article 13 de la Directive « produits défectueux » qui précise que « [la Directive] ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir *au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité [national]* ».¹⁵³

Deux d'entre elles sont nées d'un recours en manquement intenté par la Commission pour défaut de conformité aux prescriptions de la Directive; la troisième, d'une question préjudicielle adressée à la CJCE par un tribunal national espagnol. Elles semblent toutefois soulever une problématique similaire. C'est qu'au passage du processus de transposition, les législateurs nationaux avaient réitéré certaines protections favorables aux consommateurs, dont le principe de la transmissibilité des obligations accessoires au contrat et le renversement du fardeau de la preuve relative à la défense des risques de développements. Était-ce contraire à l'esprit du texte communautaire? La CJCE a écarté l'hypothèse de l'harmonisation minimale en condam-

¹⁵¹ Un arrêt rendu dans le contexte de la libre circulation des données à caractère personnel semble étayer cette hypothèse, alors que la CJCE conclut au caractère total de l'harmonisation poursuivie par le législateur communautaire : *Lindqvist*, C-101/01, [2003] ECR I-12992 aux paras 96-98. Voir aussi, en droit des contrats, CE, *Proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente*, [2011] COM/2011/0635 final – 2011/0284 à la p 11.

¹⁵² La référence est à la trilogie de la CJCE rendue le 25 avril 2002, composée de : *Commission c France*, C-183/00 [2002] Rec CE 3827 ; *Gonzalez Sanchez c Medicina Asturiana SA*, C-183/00 [2002] Rec CE 3901 [Sanchez] ; *Commission c Grèce*, C-154/00, [2002] Rec CE 3879.

¹⁵³ *Supra* note 18 [nos italiques].

nant les défenderesses pour défaut de transposition, pour le motif que ces ajouts constituaient un déphasage inopportun entre les sources du droit communautaire et nationales, contraire à l'économie générale de la Directive¹⁵⁴. Aux yeux de la Cour, la Directive « produits défectueux » propose, dirons-nous, un menu du jour : il n'est pas loisible au client d'en substituer certaines composantes par les choix qu'offre, par ailleurs, la carte, sauf si le restaurateur le lui permet. Elle estime qu'en marge des possibilités expressément prévues à même le communautaire¹⁵⁵, la base juridique « marché intérieur » (art 115 *TFUE*) dont se réclame le 1^{er} considérant « ... ne prévoit aucune faculté pour les États membres de maintenir ou d'établir des dispositions s'écartant des mesures d'harmonisation communautaires »¹⁵⁶. C'est là que le bât blesse : la Directive ne consacrera pas exclusivement une logique de protection des consommateurs. Elle traduirait plutôt un compromis – est-il mauvais? – entre les intérêts du monde des affaires (la sécurité juridique) et ceux des victimes (l'indemnisation du préjudice subi) au regard des risques que posent les défauts d'un produit. En clair et aux yeux de la CJCE, la Directive est un texte d'harmonisation *partiellement totale...*

¹⁵⁴ Soit les art 15 (1) b) et 16, et quelques références qui sont faites aux droits nationaux. Voir Simon Whittaker, *Liability for Products: English Law, French Law, and European Harmonization*, Oxford, Oxford University Press, 2005, à la p 440 ; Denis Mazeaud, « Rapports entre le régime mis en place par la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité des produits défectueux et les autres régimes de responsabilité » (2003) Recueil Dalloz 464. Pour une critique de la multiplicité des actions dans un contexte analogue, voir Stapleton, *supra* note 19. Soulignons que la France, qui n'était pas au bout de ses peines, a été à nouveau condamnée au terme d'une procédure en manquement: *Commission c France*, C-177/04 [2006] Rec CE 246.

¹⁵⁵ Directive « produits défectueux », *supra* note 18, art 15 (1)(b) et 16, et les renvois explicites aux différentes solutions nationales. Voir aussi Simon Taylor, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux : Étude comparative du droit anglais et du droit français*, Paris, LGDJ, 1999 aux pp 28-29 et Miquel Martin Casals et Josep Sole Feliu, « Responsabilidad por productos en España y (des)armonización europea » (2001) 4 Revista de responsabilidad civil y seguros 1 à la p 4 (qui avaient déjà anticipé la solution).

¹⁵⁶ Sanchez, *supra* note 151 au para 23. Voir aussi Jean-Sébastien Borghetti, *La responsabilité du fait des produits : Étude de droit comparé*, Paris, LGDJ, 2004 aux pp 510-12.

Par conséquent, la CJCE a explicitement condamné, au regard des aspects de la Directive qui ressortent de l'UE¹⁵⁷, le maintien, par les États membres, de mesures visant à augmenter le niveau de protection juridique accordé aux victimes de certains produits défectueux¹⁵⁸. La doctrine s'était déjà divisée entre les auteurs qui avaient perçu cette matrice « d'harmonisation totale » de la Directive¹⁵⁹, et ceux qui y voyaient là un seuil d'harmonisation minimal¹⁶⁰. Que le niveau de protection des consommateurs ait pu être réduit au passage de l'acte de transposition de la Directive « produits défectueux » en droit interne est une idée qui a heurté la sensibilité de plusieurs juristes. Pourtant, l'interprétation préconisée par la Cour semble bien refléter l'intention du Conseil en 1985, qui émerge à l'exégèse du texte¹⁶¹.

¹⁵⁷ Voir *Moteurs Leroy Somer*, C285/08 [2009] ECR 4733 aux paras 24-25, commentée notamment par Carole Aubert de Vincelles, « Harmonisation totale et directive n° 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux » (2009) Revue des contrats 1448 et par Jean-Sébastien Borghetti, « La responsabilité du fait des produits et la protection des intérêts professionnels » (2009) Recueil Dalloz 1731 (où il a été statué que certains aspects périphériques du droit de la responsabilité sont en dehors du faisceau harmonisant de la Directive). Voir aussi *Aventis Pasteur SA c OB*, C-358/08, [2012] JO C 049/12 et CJUE (Grande chambre) du 21 décembre 2011, *Centre hospitalier universitaire de Besançon c Thomas Dutruex*, [2012] JOC 049/11.

¹⁵⁸ Cette insertion a notamment été critiquée, surtout en France, par Geneviève Viney, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux » (1998) Recueil Dalloz 291.

¹⁵⁹ Voir quant à ce contexte Borghetti, *supra* note 156 à la p 508, qui note que « [c]ela revenait à considérer que la directive ne visait pas tant à harmoniser les droits européens qu'à instaurer une protection minimale de consommateurs » ; Geneviève Viney et Patrice Jourdain, *Traité de droit civil*, dans J Ghestin, dir, *Les conditions de la responsabilité*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 1998 à la p 758 et s ; Hans C Taschner, « Harmonization of Product Liability Law in the European Community » (1999) 34 Tex Int'l LJ 21.

¹⁶⁰ Jacques Ghestin, « De la responsabilité du fait des produits défectueux. L'application en France de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi no. 98-389 du 19 mai 1998 » (1998) JCP G I-148 à la p 1201.

¹⁶¹ Céline Rondey, « Responsabilité du fait des produits défectueux : la France à nouveau condamnée » (2002) Recueil Dalloz 1670.

Un second exemple permet d'illustrer des difficultés de coordinations similaires. Né d'une question préjudiciable, l'arrêt *Skov c Bilka*¹⁶² porte sur la licéité d'une disposition danoise prévoyant, à l'instar du parcours emprunté par la France, l'extension du domaine des responsables à tous les opérateurs économiques impliqués dans la chaîne de commercialisation des produits. Au départ, une intoxication alimentaire induite par la salmonelle après l'ingestion d'œufs explique la demande d'indemnisation du préjudice causé formulée par les victimes qui ont assigné en justice la société distributrice *Bilka*, laquelle a appelé en garantie le producteur (*Æg*). La Cour rappelle les conclusions formulées à l'occasion de la trilogie précitée et réitère qu'au titre du premier article de la Directive « produits défectueux », seul le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit¹⁶³.

À l'instar de la France et de la Grèce, le Danemark, par évolution prétorienne autant que législative, a étendu les règles de responsabilité objective dérivant des produits défectueux à tous les opérateurs économiques de la chaîne de commercialisation¹⁶⁴. *A priori*, une telle dynamique apparaît contraire au mécanisme d'application de la Directive « produits défectueux » telle qu'interprétée par la CJCE. Si ce n'est que dans une tentative raffinée de sauvetage de la norme nationale, les représentants danois ont fait valoir que le fondement juridique de cette protection juridique procède d'une double source normative : la pre-

¹⁶² *Skov Æg c Bilka Lavprisvarehus A/S c Mikkelsen*, C-402/03, [2006] ECR I-223 à la p I-234 [*Bilka*]. Pour une analyse raffinée de cette thématique, voir Marinella M Baschiera, « Dialogo antagonista tra la Corte di Giustizia delle Comunità Europee e corti nazionali : armonizzazione e responsabilità del fornitore-distributore » (2007) 23 : 1 Nuova Giurisprudenza Civile Commentata 80 ; Judith Rochfeld, « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne » (2009) 30 Recueil Dalloz 2047.

¹⁶³ *Supra* note 18 (ce n'est que dans une mesure réduite, subsidiaire, que la responsabilité s'étend à certains intermédiaires de marché, soit, selon l'art 3, s'ils importent un produit à l'intérieur de l'UE ou encore ils fournissent un produit pour lequel il est impossible d'identifier le producteur à l'intérieur d'un délai raisonnable).

¹⁶⁴ *Loi No 371 du 7/06/1989 portant sur les produits défectueux*, modifiée par la *Loi No 1041 du 28/11/2000*, dont l'art 10 prévoit l'extension de l'action à tous les acteurs de la chaîne de commercialisation.

mière, législative, et la seconde, prétorienne, constituant une extension de la responsabilité *pour faute* aux autres opérateurs économiques. Le nœud gordien à trancher devenait celui de déterminer si la Directive pose un obstacle à la survie d'une mesure indemnitaire qui a pour seul effet de *transférer* au fournisseur la responsabilité objective ou ancrée dans la faute imputée au fabricant¹⁶⁵.

Dans la foulée de la tortueuse expérience française, l'argument mis de l'avant par le Danemark préconisait une interprétation *a contrario* de la Directive, centrée sur les articles 1 et 3, laquelle aurait permis de conclure que parce que le texte communautaire n'harmonise pas la responsabilité de ce fournisseur qu'il ne définit même pas, a fortiori peut-on penser que le Conseil a laissé intacte la marge discrétionnaire dont disposent les États membres en la matière¹⁶⁶. C'est toutefois à la conclusion inverse à laquelle parvient la CJCE, lorsqu'elle observe ce qui suit :

[...] les articles 1^{er} et 3 de la directive *ne se limitent donc pas à réglementer la responsabilité du producteur d'un produit défectueux*, mais déterminent, parmi les professionnels ayant participé aux processus de fabrication et de commercialisation, *celui qui devra assumer la responsabilité instituée par la directive*¹⁶⁷.

Aux prises avec les conclusions dégagées de la trilogie de 2002, la Cour du Luxembourg réitère que la mesure de protection danoise ne constituait, en soi, ni un « régime spécial de responsabilité » (c'est-à-

¹⁶⁵ *Bilka*, *supra* note 162.

¹⁶⁶ C'est d'ailleurs ce sentier qu'emprunte la Cour dans les affaires CJCE, *Leroy Somer*, C-285/08, [2009] ECR I-04733 (où elle affirme, interprétant l'art 9, que « rien dans le texte de la directive 85/374 ne permet de conclure que le législateur communautaire, en limitant la réparation des dommages aux biens en vertu de cette directive aux choses d'usage privé ou de consommation privée, a entendu priver les États membres, [...] de la faculté de prévoir, en ce qui concerne la réparation des dommages causés à une chose destinée à l'usage professionnel et utilisée pour cet usage, un régime de responsabilité qui correspond à celui instauré par ladite directive » (point 30) [nos italiques]), et *O'Byrne c Sanofi Pasteur MSD Ltd*, C-127/04, [2006] ECR I-313, au regard de la notion de mise en circulation.

¹⁶⁷ *Bilka*, *supra* note 162, au point 30 [nos italiques].

dire limité à un secteur d'activité particulier) ni un régime « basé sur des éléments différents », enraciné dans un autre fondement juridique (c'est-à-dire la garantie des vices cachés ou la faute), qui aurait justifié le maintien du recours de matrice nationale¹⁶⁸. Au contraire, elle entre dans le « menu du jour » que propose la Directive et ne saurait, pour cette raison, être maintenue¹⁶⁹.

Ayant sans doute anticipé cette prévisible conclusion, le Royaume du Danemark s'était armé d'un argument subsidiaire. Ses représentants ont mis en relief que la mesure de protection nationale réitérée lors du processus de transposition de la Directive « produits défectueux » procède, en réalité, de la responsabilité *pour faute* du fabricant, même si l'exercice du recours s'étend aux intermédiaires de marché afin de faciliter l'indemnisation du préjudice subi par les victimes. L'on en comprend qu'à la différence des affaires grecque ou française, le recours danois se base sur des éléments distincts de ceux qui sous-tendent la Directive : la faute (ici extra-contractuelle). Précisément pour cela, elle échappe au joug de ce faisceau d'harmonisation totale partielle qu'aménage le texte communautaire, puisque l'intermédiaire de marché, dans une telle situation, revêt plutôt la qualité de fidéicommiss. Il en résulte que la Directive « produits défectueux » ne pose aucun obstacle à une telle forme de responsabilité, même si un tel recours, en définitive, aboutit lui aussi à une prolifération potentielle d'actions en garantie.

Pour notre propos, on doit retenir que le seuil d'harmonisation effectué par la Directive sous examen dépend de la capacité des juristes

¹⁶⁸ *Ibid* au para 22 (de cette manière, la CJCE consacre l'impossibilité que l'intermédiaire de marché puisse internaliser les coûts liés à l'indemnisation du préjudice corporel en cas d'insolvabilité du producteur, réduisant d'autant la protection des consommateurs).

¹⁶⁹ Le tout s'inscrit dans la foulée de principes chers à l'analyse économique du droit : voir Anna Lisa Bitetto, « Responsabilità oggettiva solo per il produttore » (2006) 131 : 6 *Il Foro italiano* 317. Le Danemark a par la suite été condamné pour manquement : voir *Commission c Danemark*, C-327/05, [2007] ECR I-93 ; Duncan Fairgrieve et Geraint Howells, « Rethinking Product Liability: A Missing Element in the European Commission's Third Review of the European Product Liability Directive » (2007) 70 : 6 *Mod L Rev* 962.

nationaux à détacher leurs recours de la séquence défaut-lien causal-préjudice qui sous-tend la responsabilité du fait des produits défectueux. Et la chose a ceci d'insidieux que seul un repli vers la responsabilité pour faute ou l'ancrage à d'autres fondements juridiques (le risque, la dangerosité d'une activité) permet aux voies d'action nationale de subsister. Ce parcours interprétatif pour le moins alambiqué que préconise la CJCE illustre, à l'instar de l'expérience américaine, un phénomène de rétrécissement de la souveraineté des États membres rattaché à une conception somme toute centralisatrice du partage des compétences. À l'issue de cette analyse, on en comprend que le degré d'harmonisation est surtout tributaire de la nature des bases juridiques utilisées au soutien de l'acte communautaire qui se donne à l'interprétation – ici, la création du marché intérieur – et qui induisent une véritable composante fédérale dans un discours qui semble pourtant appartenir à la sphère des civilistes.

L'instinct (la logique?) voudrait pourtant que si la Directive « produits défectueux » eût effectivement aménagé une protection majorée pour les victimes, l'harmonisation se serait effectuée par le seul effet du temps¹⁷⁰, dans la mesure où le texte communautaire aurait généré un « droit désirable ». Là n'est pourtant pas la clef de lecture adéquate, en raison d'une architecture constitutionnelle beaucoup plus complexe, soucieuse de respecter l'acquis communautaire.

Le Canada a ceci en commun avec l'UE qu'aucune compétence expresse ne vise la sécurité des produits. Il s'en distingue pourtant en ce que les pulsions centralisatrices ont généralement puisé leur légitimité de la compétence portant sur le droit criminel.

III. Le Canada et l'itinéraire d'une discipline en formation

L'on pourrait croire qu'au Canada, la prévention et l'indemnisation des atteintes à la sécurité des consommateurs se superposent, respectivement, au partage des compétences qu'esquissent les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (« LC 1867 »), en vertu desquels, *grossost modo*, les lois de police échoient au législateur fédéral, alors que celles destinées à régir les rapports de droit privé sont de compé-

¹⁷⁰ Voir CE no 241/19, *Responsabilité du fait des produits*, Bull inf 30 à la p 20.

tence provinciale. Cette image simpliste appelle une analyse plus approfondie, capable de rendre compte d'une complexe synergie unissant les sources du droit sécrétées, d'une part, par le Constituant, et, de l'autre, les différents législateurs. À l'instar notamment de la protection de l'environnement¹⁷¹ ou de la santé publique¹⁷², la protection de la santé des consommateurs et son double, la sécurité des produits, ne s'imbrique dans aucune des compétences issues du partage fédératif de 1867. Comme aux États-Unis ou au sein de l'UE, la matière n'est pourtant pas dépourvue de toute dimension fédérale – tant s'en faut –, dès lors qu'elle fait souvent l'objet d'une récupération par d'autres pouvoirs attributifs d'une compétence exclusive.

Dans le sillon tracé par la métaphore de l'« arbre vivant susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles¹⁷³ », le fédéralisme canadien invite à une approche souple à la coordination des compétences¹⁷⁴. À la différence du droit de l'UE, il importe moins de préciser la nature des liens qu'entretient la sécurité des produits avec protection des consommateurs ou la création du marché intérieur que de documenter sa filiation avec le droit criminel (SOUS-SECTION A). De fait, l'exercice de cette compétence¹⁷⁵ a enfanté en 2011 la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, un texte législatif transversal auquel le droit des obligations ne pourra demeurer indifférent¹⁷⁶. Pour friable, son fondement constitutionnel contraste avec le socle exclusivement provincial sur lequel

¹⁷¹ *Friends of the Oldman River Society c Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 RCS 3 à la p 64, 88 DLR (4^e) 1 («[l'environnement est] au sens constitutionnel, une matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude »).

¹⁷² Voir *Schneider c La Reine*, [1982] 2 RCS 112 à la p 142, 139 DLR (3^e) 417.

¹⁷³ *Edwards c Canada (PG)*, [1930] AC 124 à la p 136, Lord Sankey.

¹⁷⁴ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 aux paras 56-57, [2011] 3 RCS 837 (la Cour précise néanmoins au para 62 que « [l]e ‘courant dominant’ du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l’équilibre constitutionnel inhérent à l’État fédéral canadien »).

¹⁷⁵ Nicole L'Heureux et Marc Lacoursière, *Droit de la consommation*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 à la p 10.

¹⁷⁶ Voir à ce sujet Arbour, *supra* note 3.

s'assoit, en vertu de l'article 92(13) *LC 1867*, une action en réparation du préjudice corporel qui ne peut pour autant demeurer indifférence aux influx normatifs venus d'Ottawa (SOUS-SECTION B). Suivant son acception la plus large, la sécurité des produits est donc à cheval entre l'exercice de compétences fédérales et provinciales.

A. *Le partage fédératif des compétences et la sécurité des produits*

Par analogie, l'analyse du panorama constitutionnel américain ou de l'UE serait de nature à induire l'idée qu'au Canada, la sécurité des produits est étroitement liée au commerce interprovincial. Historiquement, c'est plutôt la compétence portant sur le droit criminel que cristallise l'article 91(27) *LC 1867* qui sous-tend l'adoption de lois destinées à accroître la sécurité des produits (1). Fort de cet héritage interprétatif, on ne s'étonnera guère que le législateur fédéral se soit autorisé de celle-ci pour promulguer sa *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation* (2). Au fil de l'évolution historique canadienne, le partage des compétences s'est livré à différentes constructions théoriques. Par-delà différentes attitudes devant cette nomenclature imparfaite des pouvoirs¹⁷⁷, cette élasticité, qui propose un calibrage nouveau des rapports fédéral-provinciaux, contourne l'écueil d'une vision dualiste, binaire, étanche¹⁷⁸. La Cour suprême promeut depuis quelques années une approche beaucoup plus flexible au partage des compétences : celle promouvant un fédéralisme coopératif,

¹⁷⁷ Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 9 à la p 445 (qui observent que « dès le départ, on s'est aperçu que la liste des pouvoirs fédéraux et la liste des pouvoirs provinciaux entraient en concurrence sur plusieurs points »).

¹⁷⁸ Dans le cadre de l'arrêt *Canada (PG) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44 au para 58-60, [2011] 3 RCS 134 [*PHS Community Services*], la Cour explique que « [...] la doctrine de l'exclusivité des compétences repose sur la prémissse que les chefs de compétence [respectifs] ont un 'contenu minimum élémentaire et irréductible', qui doit être protégé contre l'ingérence de l'autre ordre de gouvernement ». Elle ajoute : « [s]'il est établi que la doctrine [...] trouve application, la mesure législative adoptée par l'autre ordre de gouvernement demeure valide, mais ne s'applique pas à l'égard de ce 'contenu essentiel' ». Voir aussi *Bell Canada c Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 RCS 749 à la p 839, 51 DLR (4^e) 161; *Québec (PG) c Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39 au para 52, [2010] 2 RCS 536.

qui ne saurait pourtant « autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l'équilibre constitutionnel inhérent à l'État fédéral canadien »¹⁷⁹. L'exercice de la compétence fédérale en matière de droit criminel n'échappe pas à cette mouvance.

1. La compétence fédérale en matière de droit criminel

Une loi prise sous l'égide de l'alinéa 92(17) *LC 1867* sera jugée valide « pour peu que la conduite à réprimer mérite le stigmate de criminalité »¹⁸⁰. Appréhendée très largement, cette exigence peut comporter un aspect préventif¹⁸¹. En effet, sous son égide, la Cour suprême a récemment approuvé des interventions ciblées dans les domaines de la santé publique¹⁸², de la bioéthique¹⁸³ et, pour notre propos, en matière de sécurité des produits (parmi lesquels les aliments et drogues, les produits dangereux et ceux issus du tabac)¹⁸⁴.

¹⁷⁹ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, *supra* note 174 au para 62.

¹⁸⁰ Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 9 à la p 495. Il embrasse non seulement la paix, l'ordre et la sécurité, mais encore la santé ou l'environnement. Voir à ce sujet *L'Affaire de la margarine*, [1951] AC 179, [1949] RCS 1 ; *R c Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS 213, 151 DLR (4^e) 32 ; *Scowby c Glendinning*, [1986] 2 RCS 226 à la p 238, 32 DLR (4^e) 161.

¹⁸¹ *R c Swain*, [1991] 1 RCS 933 à la p 999, 63 CCC (3^e) 481, juge Lamer.

¹⁸² Concernant le couple droit criminel/santé, voir *PHS Community Services*, *supra* note 178, de même que *R c Morgentaler*, [1988] 1 RCS 30, 44 DLR (4^e) 385 ; *R c Morgentaler*, [1976] 1 RCS 616, 55 DLR (3^e) 161 ; *R c Morgentaler*, [1993] 3 RCS 463, 107 DLR (4^e) 537.

¹⁸³ Voir la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, LRQ c A-5.01 et son *Règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée*, RRQ c A-5.01, r 1, contestés et partiellement invalidés à la demande du Québec : *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 RCS 457.

¹⁸⁴ Voir *R c Wetmore*, [1983] 2 RCS 284, 2 DLR (4^e) 577 où la Cour a statué que les art 8 et 9 de la *Loi des aliments et drogues*, SRC 1970, c F-27, interdisant la vente de drogues préparées dans des conditions non hygiéniques et la publicité trompeuse à leur égard constituaient un exercice valide de la compétence prévue à l'art 92 (27), *LC 1867*, *supra* note 85. Il en va de même avec la *Loi sur les produits dangereux*, LRC (1985), c H-3 (jugée valide par la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R c Cosman's Furniture* (1972) *Ltd* (1976), 32 CCC (2^e) 345, 73 DLR (3^e)

On le savait déjà : une loi fédérale n'est pas nécessairement invalide même si elle produit certains effets secondaires sur une autre compétence qui échoit aux provinces¹⁸⁵. Dès lors, un empiétement accessoire de part et d'autre sera toléré, pour peu qu'il n'entrave pas l'exercice de la compétence convoitée. Des constitutionnalistes expliquent :

[qu'e]n ce qui concerne le degré d'intrusion requis, la Cour suprême a établi [...] qu'il ne suffit plus de ‘toucher’ ou ‘affecter’ le cœur d'une matière fédérale pour entraîner l'inapplicabilité de la loi provinciale. Il faut plutôt qu'il y ait ‘entrave’ ou qu'on porte atteinte à ce noyau de compétence (ou à un élément vital ou essentiel d'une entreprise relevant de cette compétence), qu'il y ait en d'autres termes des ‘conséquences fâcheuses’, sans nécessairement stériliser ou paralyser¹⁸⁶.

L'analyse jurisprudentielle entourant la conformité constitutionnelle de lois visant la sécurité des produits révèle que le droit criminel sert d'assise constitutionnelle aux initiatives législatives fédérales¹⁸⁷.

La Cour suprême convient le plus souvent de sa pertinence, puisque « [l]e fédéral possède une vaste compétence pour ce qui est de l'adoption de lois en matière criminelle relativement à des questions de santé, *et 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* [nos

312 et *RJR-MacDonald c Canada (PG)*, [1995] 3 RCS 199, 127 DLR (4^e) 1 [*RJR-McDonald*], où une loi restreignant la publicité et l'affichage des produits du tabac a été jugée valide au regard du même article. En revanche, l'exercice de cette même compétence ne s'étend pas à la détermination de la composition d'un produit : voir *Brasserie Labatt du Canada Ltée c Canada (PG)*, [1980] 1 RCS 914, 1979 CanLII 190.

¹⁸⁵ Voir *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, [2007] 2 RCS 3 au para 28, 281 DLR (4^e) 125 ; *Global Securities Corp c Colombie Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 RCS 494 au para 23, 185 DLR (4^e) 439.

¹⁸⁶ Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 9 aux pp 462-63.

¹⁸⁷ *LC 1867*, *supra* note 85, art 91(27).

italiques] »¹⁸⁸. Et d'ajouter : « [s]i une loi fédérale donnée possède ces caractéristiques et ne constitue pas par ailleurs *un empiétement ‘spécieux’ sur la compétence provinciale*, c'est alors une loi valide en matière criminelle »¹⁸⁹. Il semble que la limite de la compétence du droit criminel se trouve dans la dialectique de la prohibition et de la régulation, cette dernière se situant à l'extérieur de la zone législative fédérale que circonscrit, précisément, l'alinéa 92 (17) de la *LC 1867*.

En 1995, la Cour suprême a validé, à l'occasion de l'arrêt *RJR McDonald*, la conformité constitutionnelle de la *Loi réglementant les produits du tabac*¹⁹⁰. Pour sept juges d'un banc plénier, la compétence jouit d'une large portée, pour peu qu'elle n'empiète pas « spécieusement »¹⁹¹ sur les domaines de compétences qui échoient aux provinces. C'est ce que la recherche du caractère véritable de la loi – son « objet principal », son « idée maîtresse »¹⁹² – permet de déterminer. D'entrée de jeu, la loi annonçait son intention « de s'attaquer, sur le plan législatif, à un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave et d'envergure nationale »¹⁹³. Contrairement à l'*Affaire Tabac* rendue par la CJCE¹⁹⁴, la Cour suprême canadienne fait peu de cas de l'importance que revêt la santé publique au sein de la loi incriminée. Au contraire, elle affirme sans ambages que

[v]u que la santé comme matière constitutionnelle présente un caractère « informe » et qu'il s'ensuit que *tant le Parlement que les législatures provinciales peuvent validement légiférer dans ce domaine*, il importe de faire ressortir [...] la nature plénière de la compétence en matière de droit criminel¹⁹⁵.

¹⁸⁸ *RJR-MacDonald*, *supra* note 184 au para 32 (juge La Forest, dissident sur d'autres points).

¹⁸⁹ *Ibid* [nos italiques].

¹⁹⁰ LC 1988, c 20.

¹⁹¹ *RJR-MacDonald*, *supra* note 184 au para 28 (juge La Forest).

¹⁹² *Ibid* au para 29.

¹⁹³ *Loi réglementant les produits du tabac*, *supra* note 190 [nos italiques].

¹⁹⁴ *Supra* note 138.

¹⁹⁵ *RJR-MacDonald*, *supra* note 184 au para 32, juge La Forest dissident [nos italiques]. Ce faisant, la Cour réitere les conclusions auxquelles elle était parvenue

En conséquence – de préciser la Cour – la loi dont il est question saurait être qualifiée de « spacieuse », du fait que la criminalisation de la publicité et la promotion des produits dérivés du tabac en soit l'objet¹⁹⁶.

Pourtant, à la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité d'un article visant l'auto-attribution d'avertissemens par les compagnies de tabac¹⁹⁷, la loi a été amendée dans le sens indiqué par la Cour suprême¹⁹⁸. Décrivant son objet sans même, au passage, mentionner sa filiation constitutionnelle avec le droit criminel, elle réitère la nécessité de protéger la santé publique¹⁹⁹. Reprenant pour l'essentiel les termes de l'article 3 de sa première mouture, l'article 4 – toujours en vigueur – dispose :

La présente loi a pour objet de s'attaquer, sur le plan législatif, à
un problème qui, dans le domaine de la santé publique, est grave et d'envergure nationale et, plus particulièrement :

dans l'affaire *Schneider c La Reine*, *supra* note 172, qui statuait comme suit : « la ‘santé’ n'est pas l'objet d'une attribution de constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé que les lois fédérales ou provinciales valides peuvent aborder » (juge Estey, à la p 142).

¹⁹⁶ *RJR McDonald*, *supra* note 184 au para 43 (*obiter dictum*, juge La Forest précise même que l'interdiction, tout court, de vente desdits produits serait constitutionnelle, « pour le motif que ces produits constituent un danger pour la santé publique »).

¹⁹⁷ L'analyse des critères dégagés de l'arrêt *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103, 4 OAC 335 porte la Cour à conclure que l'objectif de protection de la santé des personnes justifie bien certaines restrictions à la liberté d'expression. Sous cet angle, il existe bien un lien rationnel entre les mesures destinées à baliser l'étiquetage et la publicité des produits dérivés du tabac adoptées et la finalité de santé publique poursuivie. En revanche, de préciser la Cour, l'atteinte aux droits constitutionnels des compagnies de tabac n'est pas minimale, dès lors que la loi interdisait aux appellantes d'attribuer les messages d'avertissement au gouvernement (i.e. Santé Canada), suggérant ainsi que les fabricants en étaient les auteurs (*RJR-McDonald*, *supra* note 184 au para 73, juge McLachlin). C'est en raison de cette « signature forcée » que les articles ont été jugés inopérants en vertu de l'art 52 de la même *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c-11.

¹⁹⁸ *Loi sur le tabac*, LC 1997, c 13.

¹⁹⁹ *Ibid.*

- a) de protéger la santé des Canadiennes et des Canadiens compte tenu des preuves établissant, de façon indiscutable, un lien entre l'usage du tabac et de nombreuses maladies débilitantes ou mortelles;
- b) de préserver notamment les jeunes des incitations à l'usage du tabac et du tabagisme qui peut en résulter;
- c) de protéger la santé des jeunes par la limitation de l'accès au tabac;
- d) de mieux sensibiliser la population aux dangers que l'usage du tabac présente pour la santé [nos italiques].

Un litige articulé autour de la mise en œuvre des mêmes compétences est né en Saskatchewan lorsque la validité des dispositions contenues à une loi provinciale – le *Tobacco Control Act*²⁰⁰ – prohibant plusieurs aspects relatifs à la promotion et à la vente des produits du tabac a été contestée par les fabricants de ceux-ci. Il s'agissait, cette fois, de résoudre un conflit potentiel entre la *Loi sur le tabac* fédérale à peine évoquée et celle provinciale, sous l'éclairage de la théorie de la prépondérance législative fédérale (*paramountcy*) qui veut qu' « en cas de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale qui sont validement adoptées, mais qui se chevauchent, la loi provinciale devient inopérante dans la mesure de l'incompatibilité »²⁰¹. Saisie du litige, la Cour du banc de la Reine s'emploie à dégager le caractère véritable

²⁰⁰ SS 2001, c T-14.1.

²⁰¹ *Gouvernement de la Saskatchewan c Rothmans, Benson & Hedges Inc*, 2005 CSC 13 au para 11, 1 RCS 188. À ce sujet, voir plus largement *Smith c R*, [1960] RCS 776, 25 DLR (2^e) 225, *McCutcheon*, *supra* note 34 à la p 191, juge Dickson (où la Cour convient que « there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says ‘yes’ and the other says ‘no’ [...] compliance with one is defiance of the other » ; *Bank of Montreal c Hall*, [1990] 1 RCS 121, JE 90-294 (où la Cour spécifie qu'une incompatibilité peut aussi naître si la loi provinciale supplanter la loi fédérale ou se pose en porte à faux de la réalisation de son objet), citées dans *Rothmans, Benson & Hedges Inc v Saskatchewan*, 2002 SKQB 382 au para 43, [2002] 10 WWR 733, juge Barclay, de même que *Rio Hotel Ltd c Nouveau Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 RCS 59 et *Spraytech*, *supra* note 94. Ces sentiers interprétatifs restrictifs de la théorie de la prépondérance sont autant de manifestations du fédéralisme coopératif.

(*pith and substance*) de deux lois par ailleurs intra vires, avant de constater – pour mieux rejeter l’action – l’absence de conflit entre les deux lois. À la différence de la Cour d’appel²⁰², la Cour suprême avale les conclusions du tribunal de première instance²⁰³. Elle conclut que l’absence d’incompatibilité entre les deux lois incriminées suffit à disposer du litige dans le sens voulu par le gouvernement saskois, s’étant porté à la défense d’une loi qui n’entrave pas la réalisation de l’objet de la loi fédérale, non plus qu’elle ne place les justiciables dans l’impossibilité de se conformer aux deux textes²⁰⁴.

Cette interprétation libérale de la compétence de droit criminel permet au législateur fédéral de valablement promulguer des lois portant sur la sécurité des produits. La suite des choses est connue : sous l’égide de l’alinéa 92 (17) *LC 1867*, le Parlement a adopté un texte législatif parapluie, faisant naître un véritable domaine du droit, n’eût-il été de l’exclusion naturelle des recours civils, toujours nichés dans le droit provincial.

2. La *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*

L’objectif que poursuit la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation* est clair : il s’agit de « *protéger le public en remédiant au danger pour la santé ou la sécurité humaines* que présentent les produits de consommation qui se trouvent au Canada, notamment ceux qui y circulent et ceux qui y sont importés, et *en prévenant ce danger* »²⁰⁵. Ce danger auquel réfère la loi est défini comme suit²⁰⁶ :

²⁰² *Rothmans, Benson & Hedges Inc v Saskatchewan*, 2003 SKCA 93 au para 88, [2003] 232 DLR (4^e) 495 (où la Cour conclut ce qui suit: « we are of the opinion that the better view of this admittedly uncertain matter is that there is sufficient inconsistency [between these two tobacco laws] as to engage the doctrine of federal legislative paramountcy »).

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid* aux para 22-25.

²⁰⁵ *LCSPC*, *supra* note 3, art 3 [nos italiques]. Voir aussi le 1^{er} attendu.

²⁰⁶ *Ibid*, art 2.

Risque déraisonnable – existant ou éventuel – qu'un produit de consommation présente au cours ou par suite de son utilisation normale ou prévisible et qui est susceptible de causer la mort d'une personne qui y est exposée ou d'avoir des effets négatifs sur sa santé – notamment en lui causant des blessures – même si son effet sur l'intégrité physique ou la santé n'est pas immédiat. Est notamment visée toute exposition à un produit de consommation susceptible d'avoir des effets négatifs à long terme sur la santé humaine.

À l'instar de la Directive 2001/95/CE dite « sécurité des produits »²⁰⁷ et de ses clones nationaux, le texte législatif fait état de cette nécessité, dans le contexte « du nombre croissant de produits de consommation qui traversent les frontières dans le cadre d'un marché qui se mondialise »²⁰⁸. Le lien avec la création du marché apparaît sans équivoque, même si l'analyse du fondement juridique des lois canadiennes visant la sécurité des produits révèle qu'à la différence des modèles que proposent l'UE ou les États-Unis, la compétence fédérale visant le commerce inter-provincial, rappelons-le, a peu souvent servi d'assise à la production législative canadienne²⁰⁹. Par contraste et comme la *Loi sur les aliments et drogues*²¹⁰, semble-t-il²¹¹, la loi s'autorise plutôt, dans la foulée de l'arrêt *RJR-McDonald*, de la compétence du Parlement fédéral en matière de droit criminel.

La Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation redimensionnera néanmoins les rapports de droit privé, dans la mesure

²⁰⁷ Directive « sécurité des produits », *supra* note 3.

²⁰⁸ *Ibid*, 2^e attendu.

²⁰⁹ Voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 9 à la p 508 et s, de même que l'étude longitudinale de François Chevrette, « Prolégomènes à l'étude de la notion de droit criminel en droit constitutionnel canadien » (1969) 4 RJT 17.

²¹⁰ LRC (1985), c F-27.

²¹¹ Pour un historique de l'adoption de cette loi et de son fondement constitutionnel, voir Mathieu Gagné, *Droit des médicaments*, 2^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010 (qui souligne la controverse entourant son fondement (droit criminel? paix ordre et bon gouvernement?), bien que « sa constitutionnalité ne semble plus faire de doute », aux pp 11-12)).

où elle crée une « maxi-obligation » de sécurité²¹² qui interdit aux opérateurs économiques de fabriquer, importer ou autrement mettre sur le marché un produit qui ne satisfait pas aux exigences réglementaires²¹³ ou qui « présente un danger pour la santé ou la sécurité humaines » et si, notamment, il « est visé par un rappel »²¹⁴. Si les sanctions qui y sont prévues sont de nature administrative, il n'en reste pas moins que la violation de la loi fédérale naît, en amont, d'un contenu contractuel imparfait, en deçà du seuil de sécurité que dicte désormais la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*. Cette dimension privatiste n'est-elle pas, au passage, sans également moduler les conditions d'exercice des recours en dommages-intérêts que pourraient intenter, par exemple, les victimes d'un produit défectueux? Au Québec, cette nouvelle donne venue d'Ottawa n'est pas anodine, considérant les difficultés théoriques qu'éprouvent déjà la *Loi sur la protection des consommateurs*²¹⁵ et le *Code civil du Québec* (CcQ) à s'arrimer parfaitement. C'est là un tout autre débat.

B. L'infléchissement de la responsabilité civile au contact du droit fédéral

À la lueur, surtout, de l'expérience américaine, une problématique émerge: le droit fédéral canadien portant sur la sécurité des produits se pose-t-il en porte-à-faux de l'action en responsabilité civile de matrice provinciale ? Infléchit-il à tout le moins l'exercice d'actions en responsabilité civile? Au Canada, le domaine de l'indemnisation du préjudice corporel est conditionné par la dialectique de la *common law* et du droit civil qu'a maintenu l'alinéa 92(13) *LC 1867*. C'est dire, de manière générale, que la responsabilité civile (ou les *torts*, dépendamment) échoit avant tout aux législateurs provinciaux. Au Québec, l'on s'en remet à la responsabilité extra-contractuelle (art. 1457, 1468

²¹² L'expression est empruntée à 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.

²¹³ *LCSPC*, *supra* note 3, art 6.

²¹⁴ *Ibid*, art 7.

²¹⁵ *LRQ 1994*, c P-40.1.

et 1469 CcQ), contractuelle (articles 1458, 1726 et suivants CcQ), ou de matrice consumériste (articles 37, 38, 53 de la *Loi sur la protection du consommateur*) pour octroyer compensation aux victimes de produits défectueux. Les provinces de *common law* s'autorisent plutôt de la *negligence* ou des garanties contractuelles, réfractaires qu'elles sont à l'idée d'une responsabilité objective ancrée dans la notion de défaut.

S'autorisant de compétences enchevêtrées, le pouvoir fédéral a toutefois apporté des correctifs ciblés dans les sphères d'activités nucléaires²¹⁶, maritimes²¹⁷ et, plus généralement, au regard de la responsabilité de la Couronne²¹⁸, induisant une composante fédérale à l'action en indemnisation du préjudice. Soulignons que le droit canadien a bien une « loi » uniforme intitulée *Loi sur la responsabilité en matière de produits défectueux*²¹⁹ imaginée dans le cadre purement technocratique de la Conférence pour l'harmonisation des lois. Elle n'a, à notre connaissance, aucun impact pratique, ni même, à l'instar des *restatements* américains, persuasif.

À la différence de la jurisprudence dégagée de la Directive « produits défectueux »²²⁰, donc, la zone de contact entre la responsabilité civile – qui est peu harmonisée – et le droit fédéral est différemment délimitée. Et même encore: la synergie entre la sécurité préventive des produits et la responsabilité civile n'a pas soulevé les passions que do-

²¹⁶ Voir la *Loi sur la responsabilité nucléaire*, LRC 1985, c N-28. Cette loi aurait été prise en vertu du pouvoir résiduaire « paix, ordre et bon gouvernement » ou l'art 92A, *LC 1867*, *supra* note 85. Voir aussi *Energy Probe v Canada* (AG), 1994 CanLII 7247 au para 61 (CS Ont). Aux États-Unis, voir *Price-Anderson Act*, 42 USC § 2210 (1957) ; *Duke Power Co v Carolina Environmental Study Group Inc* (1978), 438 US 59 à la p 83.

²¹⁷ Voir la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, LC 2001, c 6.

²¹⁸ Voir la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, LRC 1985, c C-50.

²¹⁹ Conférence pour l'harmonisation des lois, en ligne : CHLC <www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-fr-fr-1/516-loi-sur-la-responsabilite-en-matiere-de-produits-defectueux/629-responsabilite-en-matiere-de-produits-defectueux>. Elle ne peut en aucun cas être mise en parallèle avec les *restatements* américains ou la *Directive « produits défectueux »*, *supra* note 18.

²²⁰ *Ibid.*

cumente les jurisprudences respectives de la Cour suprême des États-Unis ou celle du Luxembourg²²¹. Est-ce pour autant un non-sujet? La réponse est négative. Car l'impact du droit de matrice fédérale sur les législations étatiques est perceptible, bien qu'il se mesure à l'aide de repères différents²²². Malgré certaines similitudes et pour des raisons qui tiennent probablement au fragile équilibre que la Constitution vise à maintenir, la préséance à l'américaine n'a jamais eu droit de cité dans le cadre d'un litige en responsabilité civile. Ce qui n'empêche pas le droit de la responsabilité d'être mu par deux pulsions contradictoires qu'induisent, d'un côté, la dilatation de son champ par le rejet de la « défense d'autorité législative », et, de l'autre, le confinement de l'action en responsabilité civile par la contraction du *duty of care*.

S'agissant du premier exemple, certaines traces du droit anglais concourent à définir la problématique de la coordination des lois. Elles sont visibles à travers la défense d'autorité législative (*statutory authority*) – à laquelle le droit québécois est plutôt indifférent²²³ – dont

²²¹ L'esthétique de certaines dispositions de droit fédéral sont pourtant de nature à soulever des débats similaires : voir notamment la *Loi sur la responsabilité nucléaire*, *supra* note 216, art 14(2) qui prévoit ce qui suit : « *Sauf dans la mesure où elles sont incompatibles avec une disposition de la présente loi*, les lois en vigueur dans la province où une action est intentée en vertu de la présente partie [...] s'appliquent à l'action » [nos italiques]. Dans le contexte du droit du travail, un tribunal ontarien a d'ailleurs statué que si la loi dessine les contours du devoir de diligence (la faute?), « [a] new ‘federal tort’ is not created » (*Dionne v Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal*, 93 OR (3d) 61 au para 12, 88 Admin LR (4^e) 62).

²²² Abandonnons ici la problématique de la coordination des lois provinciales, qui ne font que rarement obstacle à la mise en œuvre de la responsabilité pour faute, sauf quand il s'agit de créer des régimes d'indemnisation étatiques ; auquel cas la préséance est affirmée par le législateur à même chaque loi particulière : voir par ex la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, LRQ 1985, c A3.001, art 438 ; la *Loi sur l'assurance automobile*, LRQ 1989, c A25, art 83.57.

²²³ Voir Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, vol 1, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007 (pour qui « le simple fait qu'à propos d'un incident le défendeur ait respecté les normes législatives ou réglementaires n'exclut pas automatiquement la possibilité que sa responsabilité puisse malgré tout être retenue en vertu du régime de droit commun » à la p 170, au n° 1-189). Voir aussi *Ciment du Saint-Laurent inc c Barrette*, 2008 CSC 64 au para 98, [2008] 3 RCS 392. D'ailleurs la responsabilité du fait des produits est basée sur

l'historique illustre la parfaite coordination entre les versants *ex ante* et *ex post* de l'exercice de régulation. À l'instar de la préemption à l'américaine, l'activité autorisée par le législateur place son destinataire à l'abri de l'action en responsabilité civile²²⁴. Les raisons politiques qui la sous-tendent sont similaires à celles qui président à la préséance américaine, sauf à préciser qu'elle a surtout été pertinente dans le contexte de la prestation de services publics (chemins de fer, aqueducs, etc.). Pour Allen M. Linden, « *the most important policy reason for the creation of the immunity was the desire to promote industrial expansion and to refrain from saddling infant industries with legal responsibility for their non-negligent conduct* »²²⁵. Sa portée a toutefois été fortement tempérée au fil du temps (considérant aussi que le *tort* de *breach of statutory duty* ne s'est jamais enraciné en droit canadien²²⁶), même dans le secteur pharmaceutique, où le respect des lois visant les médicaments « ne constitue pas une fin de non-recevoir au recours fondé sur le droit civil »²²⁷. Cette saine ignorance réciproque est ainsi décrite, dans le contexte européen, par Cees Van Dam:

d'autres prémisses, dont l'usage auquel est destiné le produit, les attentes des consommateurs, la durabilité, etc.

²²⁴ D'un point de vue historique, voir *Geddis v Proprietors of the Bann Reservoir* (1878), 3 App Cas 430 HL (Eng), Blackburn LJ (« it is now thoroughly well established that no action will lie for doing that which the legislature has authorized, if it be done without negligence » aux pp 455-56) ; *City of Manchester v Farnworth*, [1930] AC 171, [1929] All ER Rep 90 HL (Eng). Voir, au Canada, Allen M Linden, « *Strict Liability, Nuisance and Legislative Authorization* » (1966) 4 : 2 Osgoode Hall LJ 196 ; *Portage La Prairie (City of) v BC Pea Growers Ltd*, [1966] SCR 150, [1966] CanLII 101 (où l'intention de préséance est dégagée de volonté du législateur) et *Tock c St John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 RCS 1181, 64 DLR (4^e) 620 à la p 1199 (où, à moins d'une précision expresse du législateur à l'effet contraire, la Cour semble exclure qu'une autorité législative fasse obstacle à un recours ancré dans une *nuisance*, suggérant même que le préjudice découlant du défaut d'entretien du système d'égout par l'organisme gouvernemental pertinent « devrait être à bon droit considéré comme un coût d'exploitation du système » aux pp 1199-1200, juge La Forest).

²²⁵ Linden, *supra* note 224 à la p 199 [nos italiques].

²²⁶ Voir *La Reine c Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 RCS 205 (analysé notamment par Allen M Linden et Bruce Feldhusen, *Canadian Tort Law*, 8^e éd, Toronto, Butterworths, 2006 aux pp 226-234).

²²⁷ Gagné, *supra* note 211 à la p 409.

« Whereas statutory safety rules are the warning signs and barriers at the top of the cliff, *tort law can be considered to be the ambulance waiting at the bottom of the cliff* »²²⁸. Le droit canadien, on le verra, illustre la pertinence de cette métaphore.

À l'inverse, le second exemple documente un phénomène de complémentarité de la prévention et de l'indemnisation des atteintes à la sécurité des consommateurs.

L'occupation d'un champ de régulation par l'État fédéral n'est pas sans configurer l'action en responsabilité civile, et, en particulier, les conditions d'appréciation du devoir de diligence – *duty of care* – dont sont débiteurs les opérateurs économiques (au premier chef, les fabricants²²⁹) et les décideurs publics (pour notre propos, souvent Santé Canada). L'on prendra pour preuve un litige né du contexte des biotechnologies, à l'occasion duquel la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan a refusé à un groupe d'agriculteurs biologiques l'autorisation d'exercer, contre les compagnies *Monsanto Canada Inc* et *Bayer Cropscience Inc*, une action en réparation du préjudice causé par la contamination de semences génétiquement modifiées²³⁰. En particulier, le tribunal conclut à l'absence d'un devoir de diligence unissant les parties ayant pu faire naître une cause d'action. En ce sens, elle opine:

[T]here are policy considerations that [...] bar or limit the imposition of the duty of care alleged on the defendants in the circumstances of this case. [...] [B]oth defendants received approval of the federal government [...]. The imposition by the courts of a duty of care not to release these substances into the environment would therefore appear to be in conflict with express governmental policy²³¹.

²²⁸ *European Tort Law*, New York, Oxford University Press, 2006 à la p 237 [nos italiques].

²²⁹ Voir par ex *Andersen v St Jude Medical Inc*, 2012 ONSC 3660 aux paras 55-57, 14 CPC (7^e) 391.

²³⁰ 2005 SKQB 225, [2005] 7 WWR 665.

²³¹ *Ibid* au para 71 [nos italiques].

L'on en comprend que l'autorisation d'épandage se pose en porte à faux de l'action en réparation, conférant de facto à son titulaire une immunité civile.

Ces motifs découlent probablement d'une extension, dans la sphère privée, de ceux qui alimentent la dialectique du devoir légal et de l'obligation qui se niche dans l'appréciation du rapport de proximité unissant les parties. Autour d'elle gravitent souvent des litiges mettant en cause l'État et ses ramifications, en même temps qu'elles invitent à pondérer des enjeux collectifs (la sécurité des produits) et individuels (l'indemnisation du préjudice éventuellement subi). La sphère politique effleure ici celle juridique, dès lors que le droit n'admet la responsabilité de la Couronne que si une faute a été commise dans la mise en œuvre d'une politique (l'opérationnel), et non le choix de l'une d'elles plutôt qu'une autre (le politique)²³². Une série de décisions rendues par les tribunaux ontariens illustre la vitalité de cette distinction, qui met, par voie de principe général²³³, les décideurs publics à l'abri de toute action en responsabilité.

La première, *Klein v American Medical Systems Inc*²³⁴, impliquait un dispositif médical destiné à réduire l'incontinence chez les femmes dont la distribution au Canada avait été dûment autorisée. Dans le cadre de l'appel d'un moyen déclinatoire présenté par les défendeurs

²³² *Anns v Merton London Borough Council*, [1997] UKHL 4, [1978] AC 728 HL (Eng) [*Anns*] (dont les conclusions ont été avalisées par la Cour suprême du Canada : voir *Cooper v Hobart*, 2001 CSC 79 au para 30, [2001] 3 RCS 537). Voir Jean-Denis Archambault, « La distinction *politique-opérationnel* fournit-elle une assise judiciaire solide à la responsabilité civile de l'État consécutive à une décision de *politique administrative* ? » (1999) 59 R du B 581 à la p 608.

²³³ *Dalehite v United States*, 346 US 15 (1953), 73 S Ct 956 au para 36 en est à l'origine ; mais elle a aussi été avalisée dans les affaires *Laurentide Motels c Beaubport*, [1989] 1 RCS 705 à la p 722 et *Just c Colombie-Britannique*, [1989] RCS 1228, 64 DLR (4^e) 689 (où la Cour résume la marche à suivre pour distinguer l'opérationnel du politique à la p 1245 et s, juge Cory). Dans le même sens : *Bernèche c Canada (PG)*, 2007 QCCS 2945, [2007] RJQ 1602 ; *Sauer v Canada (Agriculture)*, 246 OAC 256, 2009 CanLII 2924 (C div Ont).

²³⁴ 2006 CanLII 42799 (C div Ont) [*Klein*]. Voir aussi *Attis v Canada (Minister of Health)*, 46 CPC (6th) 129, 157 ACWS (3d) 454, 2007 OJ No 1744 (CS Ont), rendue dans le contexte des implants mammaires [*Attis*].

(une requête en rejet), la Cour supérieure de l'Ontario recentre les doléances des requérants autour de larrêt anglais *Anns* afin de statuer sur l'existence (ou non) d'un devoir de diligence envers les victimes. Éclairée de cette démarche analytique en deux temps, la Cour évalue, dans la détermination de l'existence d'un rapport de proximité entre les parties, plusieurs facteurs, dont ceux-ci : « expectations of the parties, physical closeness, representations, reliance, the nature of the property or interest involved, assumed or imposed obligations, and whether there is a close causal connection between the alleged misconduct and the complaint of harm »²³⁵. À l'issue de son analyse, la Cour statue : « [I]t does not follow from a legislative decision to regulate an activity, product or industry that the legislative scheme created for this purpose *is intended to protect individual users and consumers* »²³⁶.

À ses yeux, et si devoir il y a, c'est envers la collectivité et non envers les individus eux-mêmes qui pourront toujours exprimer leur insatisfaction lors d'élections²³⁷. Or, la loi (ou les règlements dérivés) n'a jamais investi Santé Canada de la mission de tester ou d'évaluer la sécurité d'un instrument médical. Tout au plus doit-il réviser l'information fournie par le fabricant, s'il nourrit des doutes quant à sa sécurité ou son efficacité : « [t]he duties of care toward the patient or consumer are qualitatively different from any public duty owed by Health Canada as the government regulator. Health Canada has no direct role in the commercial transaction or the medical decision-making that leads to individual use»²³⁸, ce qui fait obstacle à la reconnaissance

²³⁵ *Klein*, *supra* note 234 au para 23.

²³⁶ *Ibid* au para 24 [nos italiques].

²³⁷ Par analogie et dès lors qu'il s'agit de responsabilité de l'État, la Cour s'autorise des affaires *AO Farms Inc v Canada*, [2000] FCJ No 1771 (QL) ; *Edwards c Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 RCS 562 au para 14 (impliquant le Barreau de l'Ontario) ; *Eliopoulos v Ontario (Minister of Health and Long Term Care)* (2004), 276 DLR (4^e) 411 au para 17, 82 OR (3^e) 321 (ONCA) (où le requérant alléguait que l'Ontario se devait de mettre sur pied un programme de prévention du virus du Nil).

²³⁸ *Klein*, *supra* note 234 au para 33.

d'un rapport de proximité unissant les requérants à l'autorité régulatrice²³⁹.

La même solution préside aux conclusions des arrêts *Taylor v Canada (Health)*²⁴⁰ et *Attis v Canada (Health)*²⁴¹, où les demandeurs ont assigné en justice Santé Canada pour avoir omis de réguler adéquatement, conformément à la *Loi sur les aliments et drogues*²⁴², des implants temporomandilaires²⁴³, dans le premier cas et mammaires dans le second. La Cour observe d'abord que la loi impose des obligations aux opérateurs économiques. Mais outre l'émission d'un certificat de conformité préalable à la mise en marché, elle n'impose pas

²³⁹ Or la Cour affirme, *obiter dictum*, que même s'il en eût été autrement, l'analyse du second volet du test issu de l'arrêt *Anns*, *supra* note 232 aurait suffi à faire échouer le recours, et ce, pour une raison quintuple : (1) cette situation créerait une responsabilité illimitée pour des groupes illimités ; (2) la chose équivaudrait à mettre sur pied, par voie jurisprudentielle, un circuit assurantiel financé par les contribuables ; (3) cela réduirait la capacité des pouvoirs publics à pondérer tous les intérêts en présence pour prendre des décisions concernant les dispositifs médicaux, en plus de (4) freiner le développement de la science et la technologie et (5) engendrerait un avalanche de poursuites. En conséquence, la Cour a accueilli l'appel (*Klein*, *supra* note 234 au para 34 et s).

²⁴⁰ *Taylor v Canada (Minister of Health)* (2007), 285 DLR (4^e) 296, 160 ACWS (3^e) 385 [*Taylor*]. À l'issue d'une motion en vue d'obtenir l'autorisation de faire décliner l'exposé de cause en première instance par la Cour d'appel, cette dernière défère au juge du fond la question de déterminer les contours, s'il en est, du devoir de diligence envers les citoyens (voir *Taylor v Canada (AG)*, 2012 ONCA 479, 111 OR (3^e) 161 aux paras 121-22).

²⁴¹ *Attis v Canada (Minister of Health)*, (2008) 93 OR (3^e) 35, 300 DLR (4^e) 415 (Ont CA) [*Attis CA*].

²⁴² LC 1952-1953, c 38 ; LRC 1985, c F-27 (la poursuite fut basée sur la loi datant de 1953, mais la version de 1985 est également citée dans la décision). Selon les demandeurs,

the Attorney General [...] breached a private law duty of care: (a) by not preventing the importation and sale of the implants; (b) by making regulations pursuant to its statutory powers negligently ; (c) by not exercising its statutory and regulatory powers to require Proplast labelling, and compliance with the regulations in other respects; (d) by not warning health care professionals and the potential recipients of the risks attaching to the devices; (e) by not monitoring the consequences of the insertion of the implants ; and (f) by not “remediating” the injuries suffered [*Taylor*, *supra* note 240 au para 16].

²⁴³ Gagné, *supra* note 227.

d’obligations particulières à l’autorité régulatrice, qui n’est pas tenu de procéder à des essais²⁴⁴. Il en découle que cette marge d’appréciation évoque l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire et non un dysfonctionnement dans la prestation d’un service qui lui seul ouvrirait la porte à une action en indemnisation du préjudice corporel. La situation serait différente – de suggérer, obiter dictum, la Cour d’appel ontarienne – si toutefois le décideur public avait un rapport direct avec le justiciable à l’occasion, notamment, de la mise sur pied de ses politiques publiques: « it is far from ‘plain and obvious’ that these relationships, constantly evolving through new forms of electronic communication, will not be interpreted as being sufficiently proximate to create a private law duty of care on the part of the regulator. The role of liability for public authorities in Canada continues to be defined »²⁴⁵. Ce détour dans la sphère (imaginaire?) de la responsabilité des régulateurs permet de comprendre que le Canada ne s’est pas encore engagé, d’un point de vue constitutionnel, dans une réflexion approfondie autour de la synergie entre la responsabilité civile, la sécurité des produits et le fédéralisme. L’adoption de la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*²⁴⁶ en sera-t-elle l’occasion?

Conclusion

Dès lors qu’elles interpellent, d’un côté, l’approche ex ante aux risques (laquelle évoque traditionnellement le droit public), et, de l’autre, l’approche ex post à la matérialisation de ces mêmes risques (laquelle renvoie instinctivement à la responsabilité civile), la prévention et l’indemnisation des dommages causés par les produits défectueux apparaissent a priori antinomiques. Des traces d’un nouveau phénomène de porosité entre la prévention des accidents de la consommation et l’indemnisation du préjudice corporel sont perceptibles pour peu que l’on préconise un cadre analytique transversal, articulé autour des fondements, des effets et des finalités qui sous-tendent les

²⁴⁴ En conformité avec le *Règlement sur les instruments médicaux*, DORS/98-282.

²⁴⁵ Attis CA, *supra* note 241 au para 66.

²⁴⁶ *Supra* note 3.

deux corpus de normes²⁴⁷. Les catégories traditionnelles du droit privé et de droit public sont appelées à être mises au service d'un exercice commun – la régulation des produits – que cristallisent les trois temps du risque; soit son évaluation, sa gestion et sa communication. Le droit en action matérialise ce souhait ?

L'analyse comparative aura permis de mettre en relief différentes attitudes à la coordination ou l'ignorance mutuelle des versants préventif et indemnitaire des atteintes à la santé et la sécurité des consommateurs, qu'induisent différents modèles de fédéralisme. À son issue, l'on comprend que d'autres variables – le droit criminel, la création du marché intérieur, etc. – déplacent le centre de gravité de la réflexion vers des problématiques parfois plus larges, à l'occasion plus étroites, à première vue périphériques. Parce qu'elle découle, en même temps, d'approches différentes au fédéralisme et de l'expression de choix politiques polyformes, la synergie entre la prévention et l'indemnisation du préjudice corporel connote toujours un caractère éclaté, alors même que l'adoption de textes d'harmonisation, d'unification, semble précisément induire l'idée contraire.

En 1975, le Conseil précisait que la qualité de vie « implique la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques du consommateur »²⁴⁸. Il préconisait une conception holistique de l'acte de consommation, embrassant toutes ses composantes, dont la sécurité générale des produits²⁴⁹. Cette symbiose sous-tend-elle aujourd'hui une politique supranationale cohérente de protection des consomma-

²⁴⁷ Cafaggi, *supra* note 6 ; Geraint Howells, « The Relationship Between Product Liability and Product Safety: Understanding a Necessary Element in European Product Liability Through a Comparison With the U.S. Position » (2000) 39 : 3 Washburn LJ 305 à la p 306.

²⁴⁸ CEE, *Résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire des CEE pour une politique de protection de l'information des consommateurs*, [1975] JOC 092. Celui-ci a été précédé de l'adoption de la *Charte de protection du consommateur* (initialement formulée par les Nations-Unies), Résolution 543 (1973) de l'Assemblée consultative du CE.

²⁴⁹ Cette dialectique est reconduite à l'intérieur du *Traité portant sur la Communauté des Caraïbes* (CARICOM), où les articles 184 et 185 font état de l'impératif de protéger à la fois les intérêts économiques et la protection de la santé.

teurs ? La réponse apparaît négative. Même au sein de l'UE, plus jeune juridiquement, le fondement juridique de la sécurité des produits n'apparaît pas clairement, alors qu'il oscille entre l'exercice de compétences au mieux incidentes, au pire, éloignées. Cette assise plurale, ici et là imprécise, pose un frein à la mise sur pied de stratégies de régulation globales et cohérences, et explique leur nature souvent sectorielle, mue par des crises. Cet éclatement de la matière représente une limite importante à toute tentative de reconstruction théorique autour d'elle; à tout le moins en conditionne-t-elle fortement l'analyse. Le bilan comparatif permet de conclure que par-delà des textes constitutionnels muets quant à la santé et la sécurité des consommateurs, les tribunaux légitiment la plupart du temps l'exercice d'une véritable compétence fédérale. Le défi ultérieur n'est-il pas prévisible? Il consistera, à l'aide d'une approche dialogique mettant en scène les différentes Constitutions (incluant le *Traité de Lisbonne*²⁵⁰), à dégager, dans l'optique de la circulation des marchandises et des droits fondamentaux, le fondement juridique de ce champ du droit. Car la sécurité de produits est aussi tributaire de celle des personnes. Une seconde clef de lecture se jouxte alors à l'analyse risque/bénéfice qui sous-tend, à Washington, Ottawa ou à Bruxelles, l'exercice de régulation, et rapproche d'autant la matière du domaine des droits et libertés de la personne.

« Droits à » l'intégrité et à la santé de la personne, voire le spectre de la dignité, ne sous-tendent ils pas, dans une mesure beaucoup plus obscure, ces choix de régulation? Bien au-delà du débat entourant l'étendue et la portée du principe de précaution, la question mériterait d'être posée, à l'heure où le paradigme constitutionnel contemporain est dominé par une protection accrue des droits fondamentaux. Aucun des trois modèles étudiés n'y semble particulièrement sensible.

²⁵⁰ *Supra* note 78.