



La protection du consommateur dans les activités de coopération réglementaire internationale au Canada

RAPPORT DE RECHERCHE

Rapport réalisé par Option consommateurs et présenté au Bureau de la consommation d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada

Juin 2019

Option consommateurs a reçu du financement en vertu du Programme de contributions pour organisations sans but lucratif de consommateurs et de bénévoles d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada. Les opinions exprimées dans ce rapport ne reflètent pas nécessairement celles d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada ou du gouvernement du Canada.

La reproduction de ce rapport, en tout ou en partie, est autorisée à condition que la source soit mentionnée. Sa reproduction ou toute allusion à son contenu à des fins publicitaires ou lucratives sont toutefois strictement interdites.

Dépôt légal
Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada
ISBN 978-2-89716-063-0

Option consommateurs
50, rue Ste-Catherine Ouest, bureau 440
Montréal (Québec)
H2X 3V4
Téléphone : 514 598-7288

Courriel : info@option-consommateurs.org
Site Internet : www.option-consommateurs.org

Table des matières

| | |
|--|-----------|
| OPTION CONSOMMATEURS | IV |
| REMERCIEMENTS | V |
| RÉSUMÉ | VI |
| SIGLES | 8 |
| 1 INTRODUCTION..... | 9 |
| 2 LA COOPÉRATION EN MATIÈRE DE RÉGLEMENTATION | 11 |
| 2.1 DÉFINITION, CONTEXTE ET OBJECTIFS | 11 |
| 2.2 LE RÔLE DES INTERVENANTS DANS LA CRI | 15 |
| 2.3 LA CRI ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR..... | 17 |
| 2.4 LA CRI AU CANADA..... | 20 |
| 3 TROIS INITIATIVES DE CRI AU CANADA | 23 |
| 3.1 PRINCIPES ET OBJECTIFS, SOUVERAINETÉ RÉGLEMENTAIRE ET NIVEAUX DE PROTECTION | 26 |
| 3.1.1 L’AECG | 26 |
| 3.1.2 Le CCR | 29 |
| 3.1.3 L’ALEC | 31 |
| 3.1.4 Discussion | 34 |
| 3.2 LES ACTIVITÉS ET PROCESSUS DE COOPÉRATION EN MATIÈRE DE RÉGLEMENTATION | 35 |
| 3.2.1 L’AECG | 35 |
| 3.2.2 Le CCR | 40 |
| 3.2.3 L’ALEC | 41 |
| 3.2.4 Discussion | 47 |
| 3.3 LA PARTICIPATION DES INTERVENANTS..... | 48 |
| 3.3.1 L’AECG | 48 |
| 3.3.2 Le CCR | 49 |
| 3.3.3 L’ALEC | 50 |
| 3.3.4 Discussion | 51 |
| 3.4 LES CONSULTATIONS TENUES À CE JOUR..... | 52 |
| 4 LA CRI ET LES CONSOMMATEURS À L’ÉTRANGER..... | 55 |
| 4.1 L’UNION EUROPÉENNE | 55 |
| 4.1.1 La coopération réglementaire et le marché intérieur..... | 55 |
| 4.1.2 La participation des organisations de consommateurs | 61 |
| 4.2 LA SUISSE..... | 66 |
| 4.2.1 La coopération réglementaire et le marché intérieur..... | 66 |
| 4.2.2 La coopération réglementaire et le marché international..... | 71 |
| 4.2.3 La protection du consommateur..... | 73 |
| 4.3 L’AUSTRALIE | 77 |
| 4.3.1 La coopération réglementaire et le marché intérieur | 77 |
| 4.3.2 La protection du consommateur..... | 79 |
| 5 DISCUSSION | 90 |
| ANNEXE 1 – SURVOL DE L’HISTORIQUE DE L’INTÉGRATION DES POLITIQUES DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR DANS L’UNION EUROPÉENNE | 94 |
| LE CONSOMMATEUR DANS LE TRAITE DE ROME..... | 95 |
| LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE ET LE PRINCIPE DU CASSIS DE DIJON..... | 96 |
| DU MARCHÉ COMMUN AU MARCHÉ UNIQUE | 101 |

Option consommateurs

MISSION

Option consommateurs est une association à but non lucratif qui a pour mission de promouvoir et de défendre les droits et les intérêts des consommateurs et de veiller à ce qu'ils soient respectés.

HISTORIQUE

Issue du mouvement des associations coopératives d'économie familiale (ACEF), et plus particulièrement de l'ACEF de Montréal, Option consommateurs existe depuis 1983. En 1999, elle a regroupé ses activités avec l'Association des consommateurs du Québec (ACQ) qui existait depuis plus de 50 ans et accomplissait la même mission qu'elle.

PRINCIPALES ACTIVITÉS

Option consommateurs aide les consommateurs qui vivent des difficultés, les reçoit en consultation budgétaire et donne des séances d'information sur le budget, l'endettement, le droit de la consommation et la protection de la vie privée.

Chaque année, nous réalisons des recherches sur des enjeux de consommation d'importance. Nous intervenons également auprès des décideurs et des médias pour dénoncer des situations inacceptables. Lorsque nécessaire, nous intentons des actions collectives contre des commerçants.

MEMBERSHIP

Pour faire changer les choses, les actions d'Option consommateurs sont multiples : recherches, actions collectives et pressions auprès des instances gouvernementales et des entreprises. Vous pouvez nous aider à en faire plus en devenant membre d'Option consommateurs au www.option-consommateurs.org.

Remerciements

Cette recherche a été réalisée par Victor Tréguier, consultant spécialiste en relations internationales, et Jules Bélanger, économiste et analyste à Option consommateurs. Les auteurs tiennent à remercier Tess Scott-Giasson, ancienne stagiaire chez Option consommateurs, ainsi qu'Alexandre Plourde, avocat chez Option consommateur, qui ont également contribué à la recherche. Les auteurs souhaitent également remercier Léa Auffret et Laurens Rutten du BEUC qui ont généreusement accordé une entrevue dans le cadre de cette recherche. Finalement, les auteurs remercient M. Bruno Marien, sociologue et chargé de cours à la Faculté de science politique et de droit de l'Université du Québec à Montréal, qui en a effectué l'évaluation.

Résumé

La coopération réglementaire internationale (CRI) est une pratique de plus en plus répandue par le biais de laquelle les États cherchent à diminuer les barrières non-tarifaires au commerce. Au Canada, les activités de CRI ont pris une ampleur significative ces dernières années avec la signature de nouveaux traités et ententes commerciaux. La coopération réglementaire est également mise de l'avant dans l'*Accord de libre-échange canadien*, le nouveau traité de libre-échange interprovincial né, en partie, des préoccupations sur les divergences réglementaires entre les provinces et territoires canadiens.

La protection des consommateurs est un élément incontournable en matière de CRI. Les gouvernements doivent la considérer comme une manière de garantir la confiance des consommateurs dans le marché plutôt que comme un obstacle au commerce. La CRI peut donc jouer un rôle dans l'harmonisation à la hausse de la protection des consommateurs entre les États.

Pour cela, le Canada doit s'assurer d'un processus transparent qui permet la participation effective de tous les intervenants. À cet égard, il s'est doté d'un socle juridique solide. De plus, l'analyse des dispositions législatives des traités et ententes laisse entrevoir des opportunités pour renforcer la protection des consommateurs. Les résultats des récentes consultations ont cependant illustré les limites de la capacité des associations de consommateurs à participer au processus de CRI. En effet, par manque de ressources, celles-ci n'ont ni l'expertise, ni la possibilité de se mobiliser pour identifier les priorités réglementaires ou formuler des recommandations de manière satisfaisante.

L'analyse de juridictions étrangères montre que l'enjeu de l'harmonisation réglementaire de la protection des consommateurs et de la participation des associations des consommateurs n'est pas unique au Canada. L'Union européenne, la Suisse et l'Australie ont considéré, avec les années, que l'harmonisation des niveaux de protection offerts aux consommateurs entre les juridictions doit être une priorité. De plus, l'analyse démontre que les États européens n'hésitent pas à reconnaître la pertinence d'une voix forte et **unie** représentant les consommateurs rendue possible par un financement pluriannuel.

Option consommateurs recommande donc au gouvernement du Canada **d'augmenter** le financement des associations de consommateurs canadiennes pour qu'elles puissent participer plus efficacement aux activités de CRI. Cela permettrait d'assurer une participation équilibrée des intervenants dans la CRI et de réaffirmer le rôle que peuvent y jouer les associations de consommateurs.

Option consommateurs recommande également que le Comité des mesures en matière de consommation considère de nouvelles initiatives afin de permettre une harmonisation à la hausse des législations provinciales concernant la protection du consommateur. Ces initiatives devraient être accompagnées de la réalisation d'un inventaire complet des divergences réglementaires entre les provinces, de la création d'un groupe de travail pour l'identification de priorités et de la création d'un comité chargé de s'assurer de la mise en place des accords d'harmonisation.

Sigles

| | |
|--------------|--|
| ACI | <i>Accord sur le commerce intérieur</i> |
| ACL | Australian Consumer Law |
| AECG | <i>Accord économique et commercial global</i> |
| AELE | Association européenne de libre-échange |
| ALEC | <i>Accord de libre-échange canadien</i> |
| ANEC | Association européenne pour la coordination de la représentation des consommateurs dans la normalisation |
| BEUC | Bureau européen des unions de consommateurs |
| BFC | Bureau fédéral de la consommation suisse |
| CAANZ | Consumer Affairs Australia & New Zealand |
| CAF | Legislative and Governance Forum on Consumer Affairs |
| CCC | Consumers Council of Canada |
| CCR | Conseil de coopération Canada-États-Unis en matière de réglementation |
| CFA | Consumers' Federation of Australia |
| CFC | Commission fédérale de la consommation suisse |
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| CMC | Comité des mesures et des normes en matière de consommation |
| COAG | Council of Australian Governments |
| CRI | Coopération réglementaire internationale |
| FCR | Forum de coopération en matière de réglementation |
| GATT | <i>Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce</i> |
| LETC | <i>Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce de la Suisse</i> |
| LMI | <i>Loi fédérale sur le marché intérieur de la Suisse</i> |
| MCCA | Ministerial Council on Consumer Affairs |
| MRA | <i>Mutual Recognition Act</i> |
| OCDE | Organisation de coopération et de développement économiques |
| OMC | Organisation mondiale du commerce |
| SCT | Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada |
| TCCR | Table de conciliation et de coopération en matière de réglementation |
| TTRMA | <i>Trans-Tasman Mutual Recognition Act</i> |

1 Introduction

L'arrivée sur le marché canadien d'entreprises comme *Uber* et *Lyft* est un exemple d'évolution technologique rapide qui vient bouleverser les espaces réglementaires. Combiné à l'interconnexion toujours grandissante des économies, le rythme de ces changements met à rude épreuve la capacité des gouvernements d'adapter les cadres réglementaires existants. Pour y faire face, les pouvoirs publics se tournent de plus en plus vers la coopération réglementaire internationale (CRI), un ensemble d'activités menées entre les juridictions pour optimiser les ressources réglementaires. Les activités de CRI jouent également un rôle crucial dans l'élimination des barrières non tarifaires au commerce. Elles permettent de concilier les différences entre les régimes réglementaires et d'augmenter les flux commerciaux. C'est d'ailleurs pourquoi la CRI occupe une place importante dans les accords de libre-échange dits de « nouvelle génération ».

La CRI soulève toutefois de nombreux enjeux à propos de la souveraineté réglementaire des États et de la transparence de leurs activités, notamment parce que les différences dans les réglementations – dont celles portant sur la protection du consommateur – peuvent provenir des préférences divergentes des populations. Plusieurs acteurs de la société civile craignent par ailleurs que les activités de CRI puissent mener une « harmonisation vers le bas » des niveaux de protections garantis par les lois et règlements. Cette préoccupation est ancienne et a été soulevée au Canada par les associations de consommateurs lors des négociations commerciales entre le Canada et les États-Unis dès les années 1980¹.

Pour éviter cet écueil, et améliorer de manière globale l'efficacité des activités de CRI, les bonnes pratiques requièrent des gouvernements qu'ils impliquent les parties prenantes. Ces dernières sont ainsi régulièrement sollicitées par les différents ordres gouvernementaux afin qu'elles identifient les divergences réglementaires ou encore qu'elles examinent l'impact des ajustements de la réglementation. Pour les associations de consommateurs canadiennes, cela pose un défi important. En effet, pour participer à la CRI, elles doivent être en mesure de réagir rapidement dans un univers où les lois et règlements sont de plus en plus complexes. Cela nécessite une expertise et des ressources qu'elles n'ont pas toujours à leur disposition. Faute de ces moyens, la voix des consommateurs au chapitre de la CRI se trouve insuffisante.

La protection du consommateur se trouve pourtant au cœur enjeux abordés par la CRI comme le soulignent notamment les Nations unies². Que ce soit sur le plan des pratiques commerciales des entreprises, de la sécurité des produits ou encore des mécanismes de résolution des conflits, les répercussions des activités de CRI sont au

¹Fédération nationale des associations de consommateurs du Québec, *Libre-échange Canada-États-Unis : Outils pour une décision*, 1987.

²Nations Unies, *Principes directeurs pour la protection du consommateur*, chapitre VI, 2016.

cœur des préoccupations des consommateurs. Les associations de consommateurs du Canada ont donc un rôle clé à jouer.

Dans la présente étude, nous proposons d'examiner ce rôle en quatre angles. D'abord, nous définissons ce qu'est la CRI, nous discutons des enjeux qui l'entourent et de son évolution dans le contexte mondial et canadien. Nous examinons ensuite les dispositions et les résultats des consultations de trois initiatives de CRI lancées récemment par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux du Canada et avec leurs partenaires commerciaux. Ensuite, nous brossons le portrait des activités de CRI ainsi que le rôle joué par les associations de consommateurs dans trois juridictions étrangères. Finalement, nous présentons des pistes de solution concernant la participation des associations de consommateurs à la CRI et la protection des consommateurs.

2 La coopération en matière de réglementation

2.1 Définition, contexte et objectifs

Prise dans son sens large, la coopération en matière de réglementation fait référence à tout processus par lequel des États collaborent pour traiter des divergences de leurs réglementations respectives³. Nous retiendrons pour le reste de ce texte l'expression « coopération réglementaire internationale », utilisée notamment par l'Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE)⁴.

Cette définition fait de la CRI un exercice qui se décline sous plusieurs formes selon les objectifs qu'elle cherche à accomplir, les cadres de collaboration ou encore les champs de réglementation. Par exemple, l'OCDE recense 11 mécanismes de coopération distincts, allant du dialogue et de l'échange informel d'informations à la création d'institutions communes ou supranationales comme l'Union européenne⁵. Cette diversité de moyens est reprise à l'intérieur des traités de libre-échange, comme dans l'*Accord de libre-échange canadien* (ALEC) qui prévoit que les gouvernements puissent utiliser pour arriver à concilier leurs réglementations au paragraphe 14 de l'annexe à l'article 404 : « i) l'harmonisation, ii) la reconnaissance mutuelle, iii) l'équivalence, iv) toute autre méthode dont pourraient convenir les Parties ».

D'autres auteurs vont plutôt faire la distinction entre cohérence, consultation, coopération et compétition réglementaires⁶. Deblock et Wells, de leur côté, différencient quatre approches de la CRI :

La première, celle suivie à l'OMC, consiste à définir des standards communs conformes aux principes généraux qui doivent guider le commerce tout en reconnaissant que « rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires » à la protection de la santé et de la vie, de l'environnement, de sa sécurité, etc. La seconde approche, celle suivie par l'OCDE, consiste, une fois reconnu que des « cadres réglementaires solides » sont nécessaires à la démocratie, à l'État de droit, à la prospérité, au bien-être et à l'intérêt collectif, à dissocier les niveaux d'action collective et à définir pour chacun d'eux des principes directeurs qu'il reviendra aux pays d'appliquer. La troisième approche, retenue pour le PTP, consiste à privilégier les « bonnes pratiques de réglementation » et la cohérence et la concertation en matière de réglementation tout en réaffirmant le « droit souverain de chacune des Parties de déterminer ses priorités en matière de réglementation ». Quant à la quatrième, celle de l'AECG elle subordonne la coopération réglementaire au droit légitime des Parties de réglementer dans l'intérêt public et de réaliser des objectifs de politiques publiques, « tels que la protection et la promotion de la santé publique, des services sociaux, de l'éducation publique, de la sécurité, de l'environnement et de la moralité ».

³ J. CHAISSE et T-V LIN, *International Economic Law and Governance: Essays in Honour of Mitsuo Matsushita*, 2016, p. 392.

⁴ Tout au long du texte, nous utilisons également l'expression « CRI » pour définir les activités de coopération réglementaire entre les provinces et territoires canadiens, notamment celles qui s'inscrivent dans le cadre de l'*Accord de libre-échange canadien*.

⁵ OCDE, *International Regulatory Co-operation – Addressing Global Challenges*, 2013, p. 22.

⁶ B. HOEKMAN et P. C. MAVROIDIS, *Regulatory Spillovers and the Trading System: From Coherence to Cooperation*, 2015.

publique, la protection sociale ou des consommateurs, la protection de la vie privée et la protection des données, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle»⁷

Peu importe la forme ou l'approche retenue, mentionnons que les activités de CRI sont pratiquées entre les États depuis plus d'un siècle, comme l'illustre la création de l'Union postale universelle en 1874. Aujourd'hui, les champs de réglementation touchés par les activités de CRI dépassent le domaine économique et concernent tout aussi bien les réglementations sociales et administratives. Donnons comme exemple la surveillance de matières et produits dangereux, la protection d'espèces en voie de disparition ou encore l'approbation de médicaments ou de soins de santé. On note toutefois une accélération des activités de CRI à partir des années 1990. En effet, la réduction des barrières tarifaires au commerce et la libéralisation du commerce mondial amorcées par l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT) ont centré l'attention sur les « *regulations as the remaining barriers to trade*⁸ ».

Notons trois transformations importantes. D'abord, on voit des initiatives apparaître à partir du début des années 1990 qui visent à améliorer la cohérence réglementaire comme la création aux États-Unis de l'Office of Information and Regulatory Affairs. L'Union européenne⁹ et le Canada¹⁰ vont également chercher à « mieux réglementer » au début des années 2000. De nouvelles préoccupations surviennent par la suite autour de l'enjeu de la réglementation comme obstacle au commerce et à la compétitivité. Dans plusieurs cas, ces efforts ne vont toutefois pas aboutir. Finalement, une attention renouvelée est portée à la CRI depuis la crise économique de 2008¹¹. La CRI est maintenant une « priorité commerciale » qui prend la forme d'un « nouveau modèle de négociation axé non plus sur la réciprocité, mais sur la reconnaissance mutuelle des pratiques réglementaires, le tout dans un esprit de transparence, prévisibilité et de convergence¹² ».

Le Canada participe à cette transformation et est engagé dans les activités de CRI depuis plusieurs années. Le Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada (SCT) note que le « [l]e Canada contribue depuis longtemps aux instances multilatérales (p. ex. la Commission du Codex Alimentarius, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), et l'Union internationale des télécommunications)¹³ ». Aujourd'hui, le Canada multiplie les initiatives de coopération et se place comme pionnier avec la signature de traités comme l'*Accord économique et commercial global* (AECG) dont un chapitre entier porte sur la CRI.

⁷ C. DEBLOCK et G.-P. WELLS, *Coopération réglementaire et accords de commerce*, 2017, p. 340-341.

⁸ D. W. DREZNER, *All Politics is Global*, 2007, p. 43.

⁹ Conseil européen, *Mieux légiférer*, 2003.

¹⁰ Bureau du Conseil Privé, *La réglementation intelligente. Une stratégie réglementaire pour le Canada*, 2004.

¹¹ OCDE, *International Regulatory Co-operation – Addressing Global Challenges*, 2013, p. 15.

¹² DEBLOCK et WELLS, 2017, *op. cit.*, p. 345.

¹³ SCT, *Lignes directrices sur la coopération et les obligations réglementaires internationales*, 2007.

La croissance des activités de CRI est motivée par plusieurs facteurs qui renvoient à la mondialisation toujours grandissante des économies. Certains acteurs, dont ceux du secteur de la finance et des assurances, cherchent à répondre à la globalisation de l'économie notamment caractérisée par une augmentation des activités transfrontalières où entreprises et consommateurs font des affaires dans plusieurs pays. D'autres activités de coopération visent plutôt à coordonner l'offre de biens publics ou encore à contrôler les externalités négatives qui dépassent les frontières, comme c'est le cas pour les enjeux soulevés par les changements climatiques et la pollution. D'autres gouvernements voient la CRI comme une manière de mettre en commun les expertises et de mieux gérer leurs ressources limitées.

Toutefois, l'objectif traditionnel de la CRI mis de l'avant par les États est la réduction des coûts liés à la lourdeur administrative comme les dédoublements de procédures ou les divergences dans la réglementation. C'est d'ailleurs cet objectif que reprend le gouvernement du Canada pour qui la CRI permet de¹⁴ :

- Réduire les différences réglementaires inutiles ;
- Éliminer les exigences et les processus dédoublés ;
- Harmoniser ou aligner la réglementation ;
- Mettre en commun des renseignements et se faire part d'expériences ;
- Adopter des normes internationales.

Comme le précise Pascal Lamy, ancien commissaire européen pour le commerce et Directeur général de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) de 2005 à 2013, « [l]es possibilités nées de l'abaissement des droits de douane peuvent très vite disparaître, si le paysage réglementaire est trop inégal¹⁵ ». La Chambre de commerce du Canada présente même ce « paysage inégal » le principal frein au commerce : « *The main barriers in the way of exporters and importers today are not tariffs or quotas; they are regulatory barriers to trade*¹⁶ ». Toujours selon ce regroupement, les problèmes soulevés par la réglementation sont d'autant plus importants que « *[a]ccording to the WTO, the number of regulatory measures affecting trade has increased more than ten-fold from 1995 to 2010, with a spike after the global financial crisis in 2008* ».

L'estimation des coûts engendrés par l'absence d'harmonisation réglementaire est toutefois difficile à mesurer et varie grandement selon les secteurs¹⁷. Selon l'OCDE, l'hétérogénéité dans la réglementation impose dans le secteur des services des coûts équivalents à des tarifs de 20 à 75 % selon le secteur et les pays.

¹⁴ En ligne : <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/cooperation-matiere-reglementation/a-propos-cooperation-matiere-reglementation.html> (Consulté le 15 février 2019).

¹⁵ P. LAMY, Avant-propos. *L'OMC et les normes internationales*, 2012, p 8.

¹⁶ Chambre du commerce du Canada, *Canada's Next Top Trade Barrier: Taking International Regulatory Cooperation Seriously*, 2016, p. 5.

¹⁷ OCDE, *International Regulatory Co-operation and Trade: Understanding the Trade Costs of Regulatory Divergence and the Remedies*, 2017, p. 9.

Il y a d'abord les coûts d'information, soit les coûts, pour les entreprises, engendrés par l'identification et la maîtrise des exigences réglementaires des marchés extérieurs. Ensuite, les entreprises doivent encourir des coûts de spécification afin d'adapter leurs produits aux contraintes de ces marchés extérieurs, par exemple afin de remplir les obligations sur l'étiquetage des produits. Finalement, les entreprises doivent démontrer aux autorités réglementaires que leur produit est conforme aux exigences et doivent donc supporter des coûts d'évaluation de la conformité des produits. Tous ces coûts varient selon la transparence des régimes réglementaires et l'ampleur des divergences.

Comme indiqué ci-dessous, les effets de la CRI sont encore peu connus, et difficilement quantifiables, **mais nombreux sont ceux qui considèrent que les gains économiques que pourrait apporter cette coopération sont substantiels**. Par exemple, d'après une étude de l'OCDE, les pays qui ont une régulation similaire commercent plus ensemble¹⁸. Plusieurs études ont aussi été menées démontrant que la convergence réglementaire se traduirait en une augmentation du PIB¹⁹.

Si la globalisation et la libéralisation des marchés augmentent les bénéfices de la CRI, cela ne réduit pas les coûts de l'ajustement intérieur qui doit être fait dans les cas d'une réforme réglementaire²⁰. Toutefois, si à court terme les coûts sont indéniables, « la coopération réglementaire peut aider les ministères et organismes de réglementation à améliorer l'efficacité des programmes dont ils sont responsables²¹ ». De surcroît, la coordination permet de partager les coûts (éviter, par exemple de dupliquer les recherches scientifiques, libérant ainsi des ressources pour les allouer à d'autres parties du processus réglementaire) et de faire des économies d'échelle qui aident les régulateurs à mener leurs « *expanding missions even as their resources become ever more constrained*²² ». La CRI est également pertinente lorsqu'il s'agit de développer de nouvelles réglementations puisque, d'un point de vue pratique, il est beaucoup plus facile de coopérer au développement d'une nouvelle réglementation que de chercher à réduire l'hétérogénéité réglementaire existante.

En somme, il semble couler de source que des gains économiques peuvent être dégagés lorsque la CRI s'attaque à des réglementations inconsistantes, redondantes ou arbitraires, comme indiqué dans l'AECG (« les différences inutiles entre les réglementations²³ »), le **Protocole d'entente du Conseil de coopération Canada-États-Unis en matière de réglementation (CCR)** (« divergences inutiles en matière de

¹⁸ H. NORDAS, *Services Trade Restrictiveness Index (STRI): The Trade Effect of Regulatory Differences*, 2016, p. 21.

¹⁹ HOEKMAN et MAVROIDIS, 2015, *op. cit.*, p. 2.

²⁰ DREZNER, 2007, *op. cit.*, p. 32.

²¹ SCT, 2007, *op. cit.*, point 2.2.

²² K. W. ABBOTT, *International Organizations and International Regulatory Cooperation: Exploring the Links*, 2014, p. 22.

²³ *Accord économique et commercial global*, art. 21.3 c) ii).

réglementation²⁴ ») ou encore par le gouvernement du Canada (« de multiples régimes de réglementation peuvent entraîner des chevauchements et du gaspillage²⁵ »).

Toutefois, l'hétérogénéité des réglementations peut refléter des différences dans les objectifs poursuivis par les juridictions qui les ont mis en place. Cela explique, et nous y reviendrons plus loin, pourquoi plusieurs acteurs de la société civile s'inquiètent d'un nivellement par le bas des niveaux de protection, au profit du commerce et au détriment de consommateurs, que pourrait occasionner la CRI. Les intervenants, incluant les entreprises et les groupes de la société civile, ont donc un rôle important à jouer dans les activités de CRI. D'abord pour aider les gouvernements à identifier les divergences réglementaires, mais également pour mettre de l'avant les préférences des populations. Nous abordons brièvement le rôle des intervenants dans la section suivante.

2.2 Le rôle des intervenants dans la CRI

Comme indiqué ci-dessus, les différences réglementaires peuvent être le fruit de politiques et d'objectifs différents. De surcroît, les préférences des citoyens et des consommateurs peuvent être différentes, même dans des économies similaires comme l'Union européenne et le Canada. Pour illustrer ce point, Pascal Lamy prend l'exemple de « la complexité croissante du système européen d'autorisation des OGM ou le célèbre conflit UE/Canada/Norvège sur les mesures de l'UE interdisant l'importation et la vente de produits dérivés du phoque. Cette mesure commerciale était fondée sur des normes régissant le bien-être d'un animal que les Inuits chassent, car il fait partie de leur mode de vie et de leur tradition culturelle, ce qui heurtait la vision des Européens²⁶ ».

D'après Lamy, lorsqu'il s'agit d'abaisser les barrières tarifaires, la question des valeurs n'est pas pertinente, alors que lorsqu'on parle de réglementation « ce sujet est devenu central ». La question des valeurs est, par exemple, abordée à l'article 21.5 de l'AECG. Il y est précisé que « une Partie peut adopter des mesures réglementaires différentes ou poursuivre des initiatives différentes pour des raisons [...] de valeurs ou de priorités qui sont propres à cette Partie ». L'ALEC n'aborde pas directement la question des valeurs dans le chapitre sur la coopération réglementaire, mais le préambule nous indique que les gouvernements reconnaissent « la diversité des caractéristiques sociales, culturelles et économiques des Provinces²⁷ ».

²⁴ Protocole d'entente du CCR. En ligne : <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/cooperation-matiere-reglementation/protocole-entente-entre-canada-etats-unis-faire-avancer-conseil-cooperation-matiere-reglementation.html> (Consulté le 20 janvier 2019).

²⁵ SCT, 2007, *op. cit.*, point 2.2.

²⁶ P. LAMY, *Le Nouveau Monde du Commerce*, 2015, p. 497.

²⁷ *Accord de libre-échange canadien*, Préambule.

Pour que la CRI soit avantageuse sur le plan social et commercial pour toutes les parties concernées, il faut s'assurer de la transparence du processus et de la présence d'un équilibre du rapport de forces. Le gouvernement du Canada le reconnaît d'ailleurs : « *Regulatory coherence is about good regulatory practices, transparency, and stakeholder engagement in a domestic regulatory process*²⁸ ». Cependant, « [l]es processus réglementaires sont également loin d'être toujours transparents et à l'abri de l'influence des intérêts économiques particuliers²⁹ ». **La nature souvent technique des discussions ne fait que renforcer cette perception³⁰**. Or, « si la coopération réglementaire prévue dans le cadre des accords de commerce et d'investissement semble accorder *de jure* les mêmes droits aux entreprises qu'à la société civile, l'issue de la coopération réglementaire sur les normes dépend également d'un rapport de force politique *de facto* et des moyens de pression dont disposent lobbys et ONG³¹ ».

Comme le précise Samuel Delpeuch :

D'un point de vue juridique, la coopération réglementaire ouvre une *terra incognita*. Parfois qualifiée de « Parlement secret » par ses opposants, la coopération réglementaire pose une question claire de souveraineté et de contrôle démocratique des décisions prises par les Parlements nationaux et fédéraux. La coopération réglementaire n'a pas de pouvoir législatif à proprement parler et l'affirmation du respect du droit des États à réguler est présente dans le discours entourant l'inclusion de la coopération réglementaire au sein des accords de commerce et d'investissement³²

La transparence des processus est donc primordiale. Elle permet d'assurer la responsabilité des acteurs publics et la confiance des citoyens dans le processus réglementaire. D'après l'OCDE : « *Transparency is one of the central pillars of effective regulation, supporting accountability, sustaining confidence in the legal environment, making regulations more secure and accessible, less influenced by special interests, and therefore more open to competition, trade and investment*³³ ».

Pour assurer cette transparence, les gouvernements peuvent entreprendre plusieurs actions dont la standardisation des procédures pour les changements réglementaires, la consultation avec les intervenants, la communication et la publication des textes réglementaires et des procédures d'appels efficaces. La publication des données, modèles, hypothèses ou raisonnements, ainsi que l'utilisation d'analyses d'impacts et d'analyses coûts-bénéfices, nécessiteront des régulateurs qu'ils justifient adéquatement leurs propositions. Les gouvernements auront donc intérêt à tenir compte des positions des intervenants. Comme le résume Susan Dudley « *In sum, transparency in the regulatory process can enhance the effectiveness of regulatory governance and offer a*

²⁸ Chamber of Commerce of the United States of America, *Regulatory Coherence & Cooperation in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, p. 1-2.

²⁹ DEBLOCK et WELLS, 2017, *op. cit.*, p. 4.

³⁰ G. HALE, *Regulatory Cooperation in North America: Diplomacy Navigating Asymmetries*, 2019, p. 125.

³¹ S. DELPEUCH, *La coopération réglementaire dans les accords de nouvelle génération*, 2017, p. 156.

³² *Ibid.*, p. 155.

³³ OCDE, *Better Regulation in Europe*, 2010, p. 51.

*counterweight to tendencies of politicians and bureaucrats to suffer from tunnel vision, be captured by influential interests, to serve narrow rather than public goals, and to issue regulations that are unnecessarily bureaucratic or have disproportional effects*³⁴ ».

La place des acteurs économiques privés et de la société civile dans les activités de CRI est illustrée de manière différente par les spécialistes. Par exemple, Abbott et Snidal se sont intéressés au niveau d'influence des différents acteurs sur les organisations internationales de CRI³⁵. Deblock et Wells, eux, ont souligné l'influence de trois groupes d'acteurs sur la formation de règles à l'échelle internationale : les États, les organisations non gouvernementales et les entreprises. D'après les auteurs, « [l]e jeu est [...] d'arbitrer entre intérêt public et efficacité économique »³⁶.

Selon les auteurs, deux questions émergent : « Premièrement, quelle forme doit prendre le débat institutionnel entre les trois parties intéressées que sont les entreprises, les États et les ONG ? Et deuxièmement, quelle place accorder au bien commun dans un débat qui concerne autant l'intérêt collectif que l'intérêt particulier ? ». D'après eux, « le débat ne peut être circonscrit à la seule dimension technique, pas plus qu'il ne reviendrait aux seuls experts de définir des standards communs ou de juger de la qualité des réglementations ». Cela renvoie à la question de la transparence et de l'institutionnalisation de la participation d'un large éventail d'acteurs. Ainsi, d'après Deblock et Wells, la meilleure solution est alors de trouver des règles consensuelles qui satisfont les différents acteurs impliqués.

2.3 La CRI et la protection du consommateur

Comme le souligne le SCT, « le maintien et l'amélioration de normes en matière de santé et de sécurité publiques et de protection de l'environnement constituent un pilier central de la coopération en matière de réglementation³⁷ ». Comme les champs d'application de la CRI sont vastes, cette dernière affecte nécessairement une multitude de règlements, lois et normes qui visent à protéger le consommateur.

Dans une perspective plus globale, la CRI peut concerner plusieurs des demandes traditionnelles du mouvement des consommateurs. Celles-ci sont résumées dans les *Principes directeurs pour la protection du consommateur des Nations unies* (les Principes directeurs). Les Principes directeurs s'appliquent « tant aux biens et services d'origine nationale qu'aux importations » et prescrivent aux États Membres une série de mesures afin qu'ils élaborent, maintiennent et renforcent les politiques en matière de protection des consommateurs :

³⁴ S. E. DUDLEY et K. WEGRICH, *The role of transparency in regulatory governance: comparing US and EU regulatory systems*, 2016, p. 1143.

³⁵ A. K. ABBOTT et D. SNIDAL, *International Regulation Without International Government: Improving IO Performance through Orchestration*, 2010, p. 315.

³⁶ DEBLOCK et WELLS, 2017, *op. cit.*, p. 17.

³⁷ SCT, *Directive du Cabinet sur la réglementation*.

- L'adoption de politiques nationales de protection du consommateur qui préconisent, notamment, l'adoption de bonnes pratiques commerciales et la création de dispositifs équitables, abordables et rapides de règlement des litiges et de réparation ;
- L'adoption de mesures garantissant la sécurité physique des consommateurs ;
- La promotion et la protection des intérêts économiques des consommateurs, dont la protection contre les pratiques commerciales abusives comme la publicité mensongère ou trompeuse et les pratiques frauduleuses ;
- L'élaboration et l'application de normes régissant la sûreté et la qualité des biens de consommation et des services ;
- L'adoption de mesures afin de créer des circuits de distribution des biens de consommation et services essentiels ;
- La promotion de règlement des litiges et réparation ;
- L'élaboration de programmes d'éducation et d'information ;
- La promotion de modes de consommation durables ;
- L'élaboration de politiques transparentes pour renforcer la confiance des consommateurs dans le commerce électronique ;
- L'élaboration de mesures pour protéger les consommateurs dans le domaine financier ;
- L'adoption de mesures dans les secteurs particuliers suivants : produits alimentaires, eau, produits pharmaceutiques, énergie, services publics et tourisme.

Il est particulièrement intéressant de voir que les Nations unies placent les activités de CRI au cœur des Principes directeurs. Une série d'activités de CRI sont ainsi suggérées aux États Membres :

- Instituer des mécanismes d'échange d'informations sur leurs politiques et mesures relatives à la protection des consommateurs ;
- Coopérer ou encourager la coopération dans le domaine de l'application des politiques de protection des consommateurs afin d'obtenir de meilleurs résultats avec les ressources disponibles ;
- Coopérer en vue d'améliorer les conditions dans lesquelles les biens de première nécessité sont offerts aux consommateurs, compte dûment tenu du prix et de la qualité ;
- Créer des réseaux d'information sur les produits interdits, retirés du marché ou strictement réglementés, ou renforcer ceux qui existent, afin de permettre aux pays importateurs de se protéger comme il convient des effets nocifs de ces produits ;
- Veiller à ce que les différences de qualité des produits comme de l'information sur les produits ne soient pas telles qu'elles pénalisent les consommateurs ;

- Dans l'intérêt du public, renforcer la capacité de coopérer dans la lutte contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses.

Il est également proposé que chaque État membre désigne un organisme de protection des consommateurs qui pourrait servir de point de contact. Ces organismes devraient « coordonner leurs enquêtes et leur action, faire usage des réseaux internationaux existants et conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux appropriés ». Finalement, les États Membres et les organismes internationaux concernés devraient promouvoir des programmes d'éducation et de formation des consommateurs.

Si la CRI peut jouer un rôle à l'international pour renforcer les lois et normes en matière de protection des consommateurs, elle est tout aussi pertinente dans le contexte canadien. Comme le souligne l'ancien directeur du Bureau de la consommation Michael Jenkin, au Canada « costs are spread over many jurisdictions and there is duplication of institutional overheads, uncoordinated policy and enforcement, and varying (arguably, lower) levels of protection across the country »³⁸. En 2015, le Consumers Council du Canada (CCC)³⁹ avait identifié plusieurs champs réglementaires affectant les consommateurs à l'intérieur desquels les provinces canadiennes auraient l'opportunité d'harmoniser leurs réglementations respectives. L'éventail est large : produits d'agriculture, produits alcoolisés, services aux consommateurs, commerce électronique, secteur de l'énergie, produits financiers, logements, normes du travail, systèmes de paiements, produits pharmaceutiques, mesures et standards et gestion des déchets.

Cette disparité dans les lois et règlements des provinces et territoires n'est pas étrangère au fractionnement du mouvement des consommateurs canadien. Contrairement à d'autres juridictions, dont l'Union européenne et les États-Unis, il n'existe pas à l'échelle nationale d'association centrale qui défend les droits des consommateurs canadiens. En effet, au Canada, le mouvement des consommateurs s'organise plutôt autour de quelques groupes (dont les principaux sont le CCC, le Centre pour la défense de l'intérêt public, l'Union des consommateurs et Option consommateurs) qui ont chacun développé, au fil du temps, leurs champs d'expertise respectifs. Par exemple, le Centre pour la défense de l'intérêt public est principalement actif dans le secteur des télécommunications et intervient régulièrement devant le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

Le manque de centralisation des organisations de consommateurs constitue donc un défi pour l'application des Principes directeurs mentionnés plus haut. Cette situation est accentuée, au Canada, par une diminution durant les dernières années des ressources financières à la disposition des associations de consommateurs et un financement public insuffisant appui à la mission du mouvement. En effet, « *in terms of membership and*

³⁸ M. JENKIN, *The steady decline of consumer protection in Canada*, 2018. En ligne : <https://policyoptions.irpp.org/magazines/june-2018/the-steady-decline-of-consumer-protection-in-canada/> (Consulté le 15 novembre 2019).

³⁹ CCC, *Options for a Sustained Institutional Role for Consumer Organizations in Internal Trade Harmonization Initiative*, 2015.

budgets consumer organizations across Canada and in Quebec are miniscule compared with the resources and lobbying capacity of their counterparts in the US or the UK, even accounting for the differences in population⁴⁰ ».

La CRI est donc un instrument privilégié pour assurer la protection des consommateurs dans un contexte d'interconnexion des marchés, et ce tant à l'international qu'au Canada. Pour que les consommateurs puissent défendre leurs intérêts au sein des activités de CRI, il faudra toutefois que les organisations de consommateurs surmontent les défis posés par l'absence de coordination à l'échelle nationale ainsi que par l'insuffisance des ressources financières.

2.4 La CRI au Canada

Le Canada dispose d'un « socle juridique » qui encadre les activités de CRI menées au niveau fédéral et, plus largement, qui donne aux ministères et organismes fédéraux des lignes directrices en matière de réglementation. Chapeautée par le SCT, la *Directive du Cabinet sur la réglementation*⁴¹ (la Directive) vient ainsi établir des exigences dont les moyens pour les satisfaire sont spécifiés dans la *Politique sur l'élaboration de la réglementation*⁴² (la Politique). Elles servent de lignes directrices à « tous les textes réglementaires qui sont ou seront enregistrés en tant que règlements ».

La Directive et la Politique s'appliquent aux activités de CRI et prévoient l'implication des intervenants, puisque « de solides consultations préliminaires avec les intervenants offrent une occasion d'éclairer l'analyse ». La Directive requiert ainsi que le processus réglementaire suivi par les ministères et organismes soit « moderne, ouvert et transparent » et qu'il « mobilise dès le début et de manière significative le public et les parties concernées, y compris les groupes autochtones ».

Pour ce faire, la Directive propose l'utilisation d'outils et de plateformes modernes qui favorisent la consultation et la mobilisation d'intervenants. Ces derniers sont définis comme des « personnes ou parties qui se préoccupent ou s'intéressent particulièrement aux règlements du gouvernement fédéral ». Précisons que les associations de consommateurs ne sont pas explicitement nommées comme intervenants.

Les activités de CRI sont fortement encouragées par la Directive. Il est prévu que les ministères et organismes évaluent « les occasions de coopérer avec d'autres gouvernements », notamment en harmonisant la réglementation « afin de réduire le fardeau réglementaire imposé aux entreprises canadiennes, tout en maintenant ou en améliorant la santé publique, la sécurité, la sûreté et le bien-être socioéconomique des

⁴⁰ JENKIN, *op. cit.*, 2018.

⁴¹ En ligne : <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/gestion-reglementation-federale/lignes-directrices-outils/directive-cabinet-reglementation.html> (Consulté le 15 février 2019)

⁴² En ligne : <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/gestion-reglementation-federale/lignes-directrices-outils/politique-elaboration-reglementation.html> (Consulté le 15 février 2019)

Canadiens, ainsi que la protection de l'environnement ». La Politique vient spécifier que la CRI vise aussi à promouvoir la croissance économique et la création d'emplois ainsi qu'à élargir le choix des consommateurs.

La Directive demande également aux ministères et organismes de mener des études d'impact présentant notamment les effets que les changements dans la réglementation peuvent avoir sur les consommateurs, comme le coût de la vie, ainsi que le prix, la qualité et la variété des biens disponibles. De plus, les « ministères et organismes doivent examiner régulièrement l'inventaire de leurs règlements en vigueur, ainsi que des directives techniques et d'autres politiques connexes, pour veiller à la pertinence et à l'efficacité de leurs règlements, et vérifier qu'ils permettent d'atteindre les objectifs stratégiques fixés ».

Tel que mentionné précédemment, les ministères et organismes fédéraux sont engagés depuis plusieurs années dans les activités de CRI. Celles-ci touchent à un « éventail d'activités de réglementation » et peuvent notamment mener à l'élaboration de politiques ou l'adoption de normes. Par exemple, le Canada et son principal partenaire commercial, les États-Unis, collaborent depuis plusieurs années sous les auspices du CCR. Lancée en 2011, l'initiative se voulait « un laboratoire où les organismes étaient appelés à employer diverses méthodes et approches pour renforcer les efforts de coopération, tout en identifiant les éléments qui viendraient sous-tendre une approche systémique à long terme pour la coopération en matière de réglementation entre [le Canada et les États-Unis]⁴³ ».

Des discussions bilatérales entre les ministères et organismes canadiens et américains ont ainsi permis la création d'un portail commun pour les demandes électroniques concernant les produits pharmaceutiques et biologiques, la reconnaissance mutuelle des décisions relatives au zonage des maladies animales et l'harmonisation des méthodes d'examen des produits pour la protection des cultures. Le Canada et les États-Unis ont récemment signé un nouveau protocole d'entente sur lequel nous reviendrons dans la prochaine section.

Nous pouvons également souligner les travaux effectués par le Comité des mesures en matière de consommation (CMC), instauré par l'*Accord sur le commerce intérieur* (ACI). À la fin des années 1990, les experts notent qu'un « survol de la législation canadienne sur la protection du consommateur a révélé des niveaux de protection disparates et non uniformes entre les diverses provinces et territoires⁴⁴ ». Des travaux d'harmonisation de la protection du consommateur sont donc menés par le gouvernement fédéral, les provinces et les territoires canadiens. Cinq accords formels seront signés portant sur les agences de recouvrement, la divulgation du coût du crédit au Canada, les contrats de

⁴³ En ligne : <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/organisation/transparence/lois-reglements/conseil-cooperation-canada-eu-reglementation/plan-prospectif-conjoint-aout-2014.html> (Consulté le 15 février 2019)

⁴⁴ R. TASSÉ et K. LEMIEUX, *Les Droits à la Protection du Consommateur au Canada dans le Contexte du Commerce Électronique*, 1998, p. 54-55.

vente par Internet, la coopération en matière d'application des lois et les lois sur le démarchage⁴⁵. Il est important de préciser que ces accords d'harmonisation n'ont aucune force contraignante. Bien que la mise en œuvre des principes qui sont énoncés dans ces accords soit souhaitable, aucun mécanisme n'a été prévu à cette fin par les provinces et territoires.

Depuis la conclusion de ces accords, les activités du CMC ont ralenti. Actuellement, le comité a pour principale fonction d'être un lieu d'échange pour les organismes responsables en matière de protection des consommateurs dans les différents provinces et territoires. Il participe également à l'élaboration d'activités de sensibilisation auprès des consommateurs canadiens par le biais de différents outils tels qu'une feuille de route des plaintes⁴⁶ et un guide en six étapes pour sortir de l'endettement⁴⁷. Comme nous allons le voir dans la prochaine section, le CMC est reconduit dans l'ALEC.

⁴⁵ En ligne : https://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/fra/h_fe00157.html (Consulté le 12 janvier 2019).

⁴⁶ En ligne : http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/fra/h_ca02964.html (Consulté le 8 janvier 2020).

⁴⁷ En ligne : http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/fra/h_ca02971.html (Consulté le 8 janvier 2020).

3 Trois initiatives de CRI au Canada

Nous l'avons abordé précédemment, le Canada et les provinces et territoires canadiens participent à de nombreuses initiatives de CRI. Nous nous attardons dans cette section à trois d'entre elles, et ce, principalement pour deux raisons. D'abord, ces initiatives sont récentes. Les processus de consultation sont donc modernes et les enjeux réglementaires traités contemporains. De plus, le Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada a lancé des consultations au Canada au courant de l'année 2018 à propos de ces trois initiatives, ce qui permet d'analyser les résultats en matière d'enjeux réglementaires et de participation des intervenants.

Nous considérons d'abord l'AECG, un accord conclu entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, signé le 30 octobre 2016 et entré en vigueur de manière provisoire le 21 septembre 2017⁴⁸. Plusieurs le considèrent comme un « accord de nouvelle génération » qui pourrait servir de « modèle » pour la régulation internationale du commerce et de l'investissement. Il est jugé par la Commission européenne et le gouvernement du Canada comme « progressiste » et « *covers virtually all sectors and aspects of Canada-EU trade in order to eliminate or reduce barriers*⁴⁹ ». Pour certains, il est « *the first step forward towards a global system*⁵⁰ ».

D'après le préambule de l'AECG, l'Union européenne et le Canada cherchent à établir un « marché élargi et sûr pour leurs marchandises et services ». Ce marché doit s'établir « par la réduction ou l'élimination d'obstacles au commerce et à l'investissement ». Ainsi, afin d'atteindre les objectifs posés dans le préambule, outre la question traditionnelle de la réduction des barrières tarifaires au commerce, l'AECG crée de nouvelles obligations sur des sujets plus contentieux comme l'environnement⁵¹, l'investissement⁵², la mobilité de la main-d'œuvre⁵³ et le droit du travail⁵⁴. Plus particulièrement, la CRI est prévue dans de nombreuses provisions de l'accord, mais certains chapitres (plus particulièrement les chapitres 12, 21 et 27) traitent spécifiquement de cette coopération et en établissent les modalités. Nous nous concentrons ici sur les activités de CRI du chapitre 21 que Deblock et Wells qualifient comme étant la partie la plus novatrice de l'AECG⁵⁵.

⁴⁸ Tel que listé dans le préambule de l'accord, les États membres de l'Union européenne contractants sont : Royaume de Belgique, République de Bulgarie, République Tchèque, Royaume de Danemark, République Fédérale d'Allemagne, République d'Estonie, Irlande, République Hellénique, Royaume d'Espagne, République Française, République de Lituanie, République de Croatie, République Italienne, République de Chypre, République de Lettonie, Grand-Duché de Luxembourg, Hongrie, République de Malte, Royaume des Pays-Bas, République d'Autriche, République de Pologne, République portugaise, Roumanie, République de Slovénie, République slovaque, République de Finlande, Royaume de Suède et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

⁴⁹ En ligne : http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/canadian_statement-enonce_canadien.aspx?lang=eng#a26 (Consulté le 20 janvier 2019).

⁵⁰ C. MALMSTROM, *CETA – An Effective Progressive Deal for Europe*, 2015.

⁵¹ AECG, *op. cit.*, chapitres 22 et 24.

⁵² *Ibid.*, chapitre 8.

⁵³ *Ibid.*, chapitre 11.

⁵⁴ *Ibid.*, chapitre 23.

⁵⁵ DEBLOCK et WELLS, 2017, *op. cit.*, p. 333.

Ces domaines sont traditionnellement réglementés par l'État et sont sujets à débat sur la scène internationale, notamment à cause des différences sociales, économiques et culturelles ainsi que des problèmes liés aux questions de souveraineté. C'est d'ailleurs dans le but d'assurer que les États gardent le contrôle dans ces domaines que l'*Instrument interprétatif commun concernant l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part* (l'instrument interprétatif commun) a été adopté⁵⁶. Son point 1.b rappelle notamment : « L'AECG [...] veillera également à promouvoir et à défendre nos valeurs et nos conceptions communes quant au rôle des gouvernements dans la société ». Comme nous allons le voir, le Canada et l'Union européenne ont cherché à mettre en place un cadre légal dans leurs relations commerciales permettant de trouver un équilibre entre droits et devoirs. Cet équilibre entraîne des obligations qui vont au-delà de celles posées par le cadre multilatéral, mais repose une coopération « volontaire » dans les domaines les plus contentieux.

La deuxième initiative de CRI que nous analysons est le CCR, un forum de coopération auquel participent le Canada et les États-Unis. La première mouture du CCR a été annoncée le 4 février 2011 « dans le but de mieux harmoniser les approches réglementaires des deux pays, dans la mesure du possible⁵⁷ ». En juin 2018 est signé le *Protocole d'entente entre le Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada et l'Office of Information and Regulatory Affairs des États-Unis* (les Participants) *relatif au Conseil de coopération Canada-États-Unis en matière de réglementation* (Protocole du CCR), offrant ainsi une base légale à ce conseil et institutionnalisant les relations entre les Participants.

Le Protocole du CCR reprend et développe les principes déjà établis dans les *Termes de Référence du 3 juin 2011*⁵⁸. Même si des relations entre les organismes réglementaires des deux pays existaient déjà, l'objectif est de rendre le processus plus efficace et d'augmenter le « *pace and scope of regulatory co-operation between both countries*⁵⁹ ». Notons que le Protocole d'entente n'a pas force exécutoire. Certes, il s'agit d'un engagement formel entre les Participants, mais il n'est pas juridiquement contraignant.

Il est pour l'instant incertain comment l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique*, que le Canada devrait ratifier en 2020, affectera les activités du CCR. Il est toutefois possible que cet accord mène à l'intensification des activités de coopération réglementaire entre les trois pays d'Amérique du Nord, notamment par le biais d'un chapitre entier portant sur les « bonnes pratiques de réglementation » qui comporte plusieurs dispositions en matière de CRI⁶⁰. De surcroît, ces dispositions sont assujetties au mécanisme de

⁵⁶ En ligne : <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13541-2016-INIT/fr/pdf> (Consulté le 25 janvier 2019).

⁵⁷ En ligne : <https://www.canada.ca/fr/sante-canada/organisation/a-propos-sante-canada/legislation-lignes-directrices/lois-reglements/conseil-cooperation-matiere-reglementation-canada-etats-unis.html> (Consulté le 25 janvier 2019).

⁵⁸ En ligne : https://www.trade.gov/rcc/us-canada_rcc_terms_of_reference.pdf (Consulté le 25 janvier 2019).

⁵⁹ OCDE, 2013, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁰ Accord Canada-États-Unis-Mexique, chapitre 28.

règlements des différends prévu à l'accord⁶¹.

Finalement, nous considérons l'ALEC, l'accord de libre-échange entre les territoires et provinces canadiens et le gouvernement du Canada entré en vigueur le 1^{er} juillet 2017. Même si son prédécesseur, l'ACI⁶², a permis de faire avancer le processus d'intégration des marchés canadiens, l'ALEC est né de la reconnaissance de la persistance des obstacles au commerce restreignant les échanges à l'intérieur du Canada⁶³ et du désir de « faire plus⁶⁴ ».

L'ACI interdisait d'adopter ou de maintenir des mesures qui avaient pour effet de créer des obstacles au commerce intérieur, sauf si ces mesures poursuivaient un objectif légitime et prévoyait la conciliation réglementaire à l'article 405 (et son annexe).

Cependant, comme le résume Industrie Canada⁶⁵:

Toutefois, 20 ans se sont écoulés depuis la signature de l'Accord, et son architecture même est devenue désuète. Ses dispositions sont disparates et ne couvrent pas toutes les activités économiques. Elles ne donnent même pas matière à une présomption de libre-échange. Certaines des dispositions de l'ACI ne sont pas contraignantes, et plusieurs des règles de l'ACI prévoient des exceptions pour les provinces qui poursuivent des objectifs légitimes, de sorte qu'elles s'appliquent de manière inégale au pays. Par conséquent, les progrès ont été lents en ce qui a trait à la résolution des disparités réglementaires et normatives dans l'ensemble du pays et aux efforts déployés pour rendre les mécanismes de résolution des différends plus accessibles, plus transparents et plus contraignants pour les gouvernements.

[...] La disparité inutile des normes et des règlements occasionne des coûts importants pour les entreprises exerçant des activités au Canada et peut même freiner l'investissement. Plusieurs de ces coûts sont difficiles à mesurer, mais il est clair que l'absence d'une approche commune en matière de commerce intérieur à l'échelle du pays entraîne des hausses de coûts et des inefficiences.

En effet, entre les années 2000 et 2017, la valeur des exportations interprovinciales de biens et services au Canada est passée de 213,3 G\$ à 406,4 G\$, ce qui représente une croissance annuelle moyenne de 3,9 %⁶⁶. Toutefois, selon Statistique Canada, les impacts des obstacles non tarifaires au commerce interprovincial représentent un « *implied ad valorem tariff equivalent of 6.9%*⁶⁷ ». Le Conseil canadien des normes

⁶¹ Accord Canada-États-Unis-Mexique, art. 28.20.

⁶² Ainsi que ses 14 protocoles de modifications et ententes bilatérales qui sont nées après son entrée en vigueur (par exemple, le *New West Partnership Trade Agreement*).

⁶³ J. WHALLEY, *Interprovincial Trade Barriers Towards Goods and Services in Canada*, 2007, p. 11; Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Des murs à démolir : Démantèlement des barrières au commerce intérieur au Canada*, 2016; L. ALBRECHT et T. TOMBE, *Internal Trade, Productivity and Interconnected Industries: A quantitative Analysis*, 2015, p. 261; Industrie Canada, *Un Canada, une économie nationale — Modernisation du commerce intérieur au Canada*, 2014.

⁶⁴ En ligne : <http://www.pmprovincesterritoires.ca/wp-content/uploads/2014/09/fr-internal-trade-final2.pdf> (Consulté le 20 janvier 2019).

⁶⁵ Industrie Canada, 2014, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁶ En ligne : <https://www.cfta-alec.ca/reunion-annuelle-du-comite-du-commerce-interieur-toutes-les-parties-continuent-de-travailler-en-etroite-collaboration/?lang=fr> (Consulté le 21 janvier 2019).

⁶⁷ R. K. BEMROSE, W. M. BROWN et J. TWEEDLE, *Going the Distance: Estimating the Effect of Provincial Borders on Trade when Geography Matters*, 2017, p. 33.

donne plusieurs exemples de ces barrières non tarifaires⁶⁸, dont le *Règlement sur les carburants renouvelables*⁶⁹. D'après ce règlement, les producteurs, importateurs et vendeurs de pétrole doivent inclure au moins 5 % de carburants renouvelables dans le gasoil et 2 % dans le diesel. Cependant, il s'agit d'une harmonisation minimale et certaines provinces ont profité de leurs droits pour demander des parts plus élevées de carburants renouvelables dans les carburants, allant jusqu'à exiger plus de 8,5 % de carburants renouvelables dans le gasoil.

Il semblait donc nécessaire de moderniser l'ACI. Nous verrons donc que, afin de tacler la « disparité inutile des normes et des règlements », l'ALEC va plus loin que son prédécesseur notamment par son quatrième chapitre qui prévoit la notification, la conciliation et la coopération en matière de réglementation entre les provinces et territoires canadiens.

Notons aussi que l'ACI établissait des règles pour 11 secteurs spécifiques : les marchés publics, la main-d'œuvre, l'investissement, les mesures et normes en matière de consommation, les produits agricoles et alimentaires, les boissons alcooliques, les ressources naturelles, l'énergie, les communications, les transports, la protection de l'environnement. Contrairement à l'ACI, l'ALEC utilise une approche par liste négative, c'est-à-dire qu'il établit des règles pour tous les secteurs de l'économie, excepté les exemptions et les exceptions explicitement mentionnées dans l'accord, qui représentent tout de même près de 100 pages. C'est une avancée pour beaucoup⁷⁰ qui considéraient que l'utilisation d'une liste positive forçait les politiciens à négocier dans les domaines économiques qui n'étaient pas inclus, « *making it difficult and time consuming to liberalize trade*⁷¹ ».

3.1 Principes et objectifs, souveraineté réglementaire et niveaux de protection

3.1.1 L'AECG

Le chapitre 21 de l'AECG présente les objectifs de la coopération en matière de réglementation au paragraphe 21.2.4 et à l'article 21.3. Le paragraphe 21.2.4 se lit comme suit :

Sans limiter la capacité de chaque Partie à mener à bien ses propres activités réglementaires, législatives et politiques, les Parties s'engagent à développer davantage leur coopération en

⁶⁸ Conseil canadien des normes, *Conformity Assessment in Canada: Understanding the Value and Implications for Internal Trade*, 2018.

⁶⁹ *Règlement sur les carburants renouvelables*, DORS/2010-189.

⁷⁰ L'approche par liste négative était notamment recommandée par Industrie Canada (Gouvernement du Canada, 2014, p. 6.), l'OCDE (C. LUU, *Strengthening competition in network sectors and the internal market in Canada*, 2016, p. 41) ainsi que le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce (Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *op. cit.*, 2016, p. 4)

⁷¹ Canada's Public Policy Forum, *Canada's Evolving Internal Market - An agenda for a more cohesive economic union*, 2014, p. 17.

matière de réglementation en tenant compte de leur intérêt mutuel, en vue d'atteindre les objectifs suivants :

- a) prévenir et éliminer les obstacles inutiles au commerce et à l'investissement ;
- b) améliorer les conditions de la compétitivité et de l'innovation, y compris en cherchant à assurer la compatibilité, la reconnaissance d'équivalence et la convergence des réglementations ;
- c) promouvoir des processus réglementaires transparents, efficaces et efficaces qui appuient les objectifs de la politique publique et permettent aux organismes réglementaires de remplir leur mandat, y compris par la promotion de l'échange d'informations et d'une meilleure utilisation des pratiques exemplaires.

On peut voir que les objectifs attribués à la coopération en matière de réglementation sont d'abord d'ordre économique. Il s'agit, avant tout, de prévenir et éliminer les obstacles inutiles au commerce et d'améliorer les conditions du marché. On notera que la coopération visée ne s'arrête pas seulement aux aspects qui facilitent le commerce, contrairement, par exemple, aux mesures visées dans les chapitres concernant les mesures sanitaires et phytosanitaires⁷² et les obstacles techniques au commerce⁷³. Il est toutefois probable que les Parties s'intéressent en priorité aux mesures qui nuisent au commerce via ce mécanisme.

L'article 21.3 vient toutefois ajouter une série d'objectifs non commerciaux en priorité. D'après celui-ci :

La coopération en matière de réglementation vise les objectifs suivants :

- a) contribuer à la protection de la vie, de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux ou à la préservation des végétaux et à la protection de l'environnement [...]
- b) instaurer la confiance, approfondir la compréhension réciproque de la gouvernance réglementaire et tirer parti de l'expertise et des points de vue respectifs [...]
- c) faciliter le commerce et l'investissement bilatéraux [...]
- d) contribuer à l'amélioration de la compétitivité et de l'efficacité de l'industrie [...]

Ainsi, le premier objectif attribué à la coopération en matière de réglementation dans le cadre de l'AECG est non commercial et recoupe certains aspects de la protection du consommateur. Cependant, les objectifs commerciaux sont surreprésentés par rapport aux objectifs non commerciaux et risquent ainsi de primer lorsqu'il y a une opposition entre les deux. Comme le remarque la Commission nationale consultative des droits de l'homme, une institution nationale française chargée de promouvoir et protéger les droits de l'Homme :

Bien que dans l'ordre d'énumération de ces objectifs la protection des personnes et de l'environnement soit mentionnée en premier lieu, il apparaît que les aspects ayant trait au commerce, à l'investissement et au climat des affaires priment largement. En effet, on constate que les différents sujets sont traités de manière inégale, certains ayant plus d'importance que

⁷² Selon l'article 5.3, le chapitre 5 s'applique « aux mesures SPS qui peuvent, directement ou indirectement, affecter le commerce entre les Parties ».

⁷³ Selon l'article 4.1, le chapitre 4 s'applique à l'élaboration, à l'adoption et à l'application de règlements techniques, de normes et de procédures d'évaluation de la conformité susceptibles d'affecter le commerce de marchandises entre les Parties.

d'autres. Ce constat permet de douter, à terme, de la réelle mise en balance de ces deux aspects – droits de l'homme et commerce – dans les modalités de mise en œuvre de la coopération réglementaire. Il est donc à craindre que les aspects liés aux droits de l'homme ne l'emportent rarement, voire jamais, sur les aspects économiques⁷⁴.

L'Union européenne et le Canada rappellent, dès le préambule de l'AECG, leur souveraineté en ce qui concerne la réglementation des activités économiques. Si, afin d'instaurer un marché élargi libre et sûr et de favoriser le commerce, les gouvernements doivent être prêts à faire quelques concessions, une grande partie des réglementations concernent des domaines politiquement sensibles et qui touchent directement à la capacité des gouvernements à réglementer sur leur territoire. Pour reprendre la formulation de l'ALEC, les gouvernements en signant les accords ont donc cherché à instaurer un « équilibre mutuellement convenu des droits et des obligations des Parties⁷⁵ ».

On notera que, dans le préambule de l'AECG, lorsque la capacité de l'État à réglementer est soulignée, c'est toujours en lien avec « l'intérêt public » ou des « objectifs légitimes ». La notion d'« intérêt public » n'est cependant pas définie.

Le caractère volontaire de la CRI est également rappelé dans le chapitre qui lui est dédié, notamment par le paragraphe 21.2.4 sus-cité qui rappelle que les activités de CRI ne doivent pas limiter la capacité « de chaque Partie à mener à bien ses propres activités réglementaires, législatives et politiques ». Cette coopération n'est pas uniquement volontaire puisque, selon ce même paragraphe, les parties « s'engagent à développer davantage leur coopération en matière de réglementation » et doivent, en vertu de l'article 21.4, s'efforcer d'atteindre les objectifs visés en entreprenant des activités de CRI en plus de devoir être en mesure de justifier leur décision de ne pas participer à certaines activités de CRI selon les cas.

Rappelons qu'un instrument interprétatif a été adopté par suite de la résistance des parlements français et wallons à l'AECG⁷⁶. Les dispositions de l'instrument interprétatif commun ainsi que celles contenues dans le Préambule n'ont qu'une valeur déclarative, mais permettent, selon la *Convention de Vienne sur le droit des Traités de 1969*, d'interpréter l'ensemble des dispositions du traité. En effet, d'après l'article 31 de cette dernière : « Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : [...] Tout instrument établi par une ou plusieurs parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité ».

L'instrument interprétatif précise ainsi que :

⁷⁴ Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Avis sur les accords internationaux de commerce et d'investissement : Ne sacrifions pas les droits de l'homme aux intérêts commerciaux - L'exemple de l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada (CETA)*, 2016, p. 19.

⁷⁵ ALEC, *op. cit.*, préambule.

⁷⁶ F. MATSUMOTO, *L'Épopée de la Wallonie et la Signature de l'AECG/CETA*, 2017.

L'Union européenne et ses États membres ainsi que le Canada conserveront dès lors la capacité de réaliser les objectifs légitimes de politique publique définis par leurs institutions démocratiques dans des domaines tels que la santé publique, les services sociaux, l'éducation publique, la sécurité, l'environnement, la moralité publique, la protection de la vie privée et la protection des données, ainsi que la promotion et la protection de la diversité culturelle. L'AECG n'aura pas non plus pour effet d'affaiblir nos normes et réglementations respectives concernant l'innocuité alimentaire, la sécurité des produits, la protection des consommateurs, la santé, l'environnement ou la protection du travail. Les biens importés, les fournisseurs de services et les investisseurs doivent continuer de respecter les exigences imposées au niveau national, y compris les règles et réglementations applicables. L'Union européenne et ses États membres, d'une part, et le Canada, d'autre part, réaffirment les engagements qu'ils ont pris en matière de précaution dans le cadre d'accords internationaux.

Outre les rappels de portée générale présents dans le préambule et l'instrument interprétatif, l'AECG contient un certain nombre de provisions permettant d'empêcher les hautes Parties contractantes de sacrifier leur niveau de protection dans le but de stimuler le commerce ou d'attirer les investissements et ainsi mener à un nivellement par le bas de la réglementation. Citons comme exemple les articles 23.2 et 23.4 qui interdisent au Canada et à l'Union européenne d'abaisser leur niveau de protection du travail⁷⁷, ou encore les articles 24.2 et 24.4 qui assurent la conservation du niveau de protection de l'environnement⁷⁸. Malheureusement, on ne trouve aucun article similaire à portée horizontale concernant explicitement le maintien du niveau de protection du consommateur et de ses droits. Si la portée de ces clauses est difficile à apprécier, leur inclusion dans le texte de l'AECG illustre la volonté des législateurs de créer un équilibre entre les intérêts commerciaux et non commerciaux poursuivis par l'accord.

L'AECG a également la particularité d'avoir dans son chapitre portant sur la CRI l'objectif d'« assurer des niveaux élevés de protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux, de préservation des végétaux et de protection de l'environnement en conformité avec l'Accord OTC, l'Accord SPS, le GATT de 1994, l'AGCS et le présent accord⁷⁹ ».

3.1.2 Le CCR

Les objectifs du CCR sont, quant à eux, présentés en annexe au Protocole d'entente. Selon le premier point de l'annexe, le CCR vise à :

- i. faciliter la coordination entre les organismes et les ministères des deux pays, favoriser la coopération entre les intervenants et les organismes de réglementation et promouvoir les possibilités de coopération ; et
- ii. favoriser l'harmonisation des activités de réglementation fédérales établies dans la mesure où cela est réalisable et souhaitable ou, en l'absence d'une telle harmonisation, étudier la

⁷⁷ L'instrument interprétatif commun renforce ces clauses aux points 1 d), 2, 7 b) et 8 a).

⁷⁸ L'instrument interprétatif commun renforce ces clauses aux points 1 d), 2 et 9 a).

⁷⁹ AECG, *op. cit.*, art. 21.2.2.

possibilité d'adopter d'autres mesures afin de réduire, d'éliminer ou de prévenir les divergences inutiles en matière de réglementation entre les deux pays tout en maintenant des niveaux élevés de protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement.

Fait intéressant, le Protocole d'entente inclut comme objectif la « coopération entre les intervenants et les organismes de réglementation ». Le préambule indique également que les participants accordent la priorité « à la croissance économique, à l'innovation, à la concurrence et à la création d'emplois comme objectif du CCR, tout en maintenant des niveaux élevés de protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement ». Ainsi, l'objectif présenté est prioritairement d'ordre économique, mais les objectifs économiques ne doivent pas empêcher le maintien de hauts niveaux de protection. Les participants cherchent également « à réduire ou à éliminer les divergences inutiles en matière de réglementation entre leurs deux pays grâce à une meilleure harmonisation des mesures et des régimes de réglementation ».

Le Protocole d'entente du CCR rappelle également dès le préambule que « leurs pays pourront adopter des approches différentes pour aborder des questions semblables⁸⁰ ». Ainsi le premier article précise que « leurs règlements respectifs continuent de s'appliquer » et que l'harmonisation réglementaire se fait « conformément à leurs lois et politiques nationales respectives ». Ainsi, le Protocole d'entente du CCR vient réaffirmer la priorité du droit et des réglementations nationaux, et confirme le caractère volontaire de la CRI, puisque les participants reconnaissent au point 1.iv que « les initiatives de coopération [doivent être] menées sur une base volontaire ».

On trouve également des dispositions similaires dans l'annexe du Protocole d'entente du CCR. Par exemple, au point 2.i : « Chaque pays maintient son régime souverain de réglementation en conformité avec le droit national ». De plus, l'annexe précise que le Protocole d'entente n'empêche aucunement les organismes respectifs des deux pays de coopérer.

Le Protocole d'entente du CCR n'est pas juridiquement contraignant, reste également facilement modifiable et les participants peuvent décider de se retirer de celui-ci à tout moment. En effet, d'après les modalités établies aux points 11 et 12 :

11. Les Participants pourront modifier le présent PE par leur consentement mutuel écrit.
12. Un Participant pourra cesser sa participation au présent PE en donnant un préavis écrit à l'autre Participant.

Quant à la sauvegarde des niveaux de protection, le Protocole d'entente du CCR précise dans son préambule que les activités de CRI doivent être menées « tout en maintenant des niveaux élevés de protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement ». Ce point est réaffirmé, en incluant, de plus, la protection du consommateur, au point 1.iii et au point 2.iii de l'annexe qui indiquent tous deux que « les résultats de la

⁸⁰ Protocole d'entente du CCR, préambule.

réglementation en matière de protection du consommateur, de santé, de sécurité, de sûreté et de protection de l'environnement ne sont pas compromis ».

3.1.3 L'ALEC

Dans l'ALEC, le chapitre portant sur la CRI se divise en trois parties. La première concerne la transparence et la notification réglementaire, la deuxième, la conciliation des mesures réglementaires existantes, et la troisième, la coopération en matière de réglementation dans une optique d'élaboration de réglementations futures.

La conciliation porte sur des mesures réglementaires existantes qui constituent « un obstacle au commerce, à l'investissement ou à la mobilité de la main-d'œuvre à l'intérieur du Canada ». La partie C dudit chapitre s'applique plutôt aux « futures mesures réglementaires ». Elle promeut la coopération entre les provinces, les territoires et le gouvernement du Canada dans le but :

- a) d'éviter des divergences entre les réglementations susceptibles d'entraver le commerce, l'investissement ou la mobilité de la main-d'œuvre à l'intérieur du Canada ;
- b) de stimuler l'innovation, la concurrence ou la croissance dans les industries, les technologies ou les secteurs émergents ; [ou]
- c) de faire en sorte que, lorsque cela est possible, des processus communs aux Parties existent pour la mise en œuvre de futures mesures réglementaires afin de simplifier les processus d'approbation et de réduire au minimum la charge administrative pour les entreprises qui exercent des activités dans plusieurs provinces.⁸¹

Ainsi, les objectifs de cette coopération sont uniquement d'ordre commercial et économique. Notons tout de même que la coopération prévue dans la partie C dépasse la question des divergences réglementaires qui entravent le commerce, l'investissement ou la mobilité de la main-d'œuvre et concerne toute réglementation qui peut « stimuler l'innovation, la concurrence ou la croissance dans les industries, les technologies ou les secteurs émergents » ou réduire les charges administratives⁸².

Le préambule ainsi que les articles 100 et 102 de l'ALEC mettent aussi en exergue le besoin d'une forme de coopération en matière de réglementation entre les différentes parties au traité. On notera également que l'article 102.1 a), contrairement à l'article 101.3 a) de l'ACI qui s'intéressait aux futurs obstacles, pose l'élimination des obstacles existants comme principe qui guide les Parties à l'accord. Cette provision s'ajoute au paragraphe c, sur la nécessité de concilier les mesures réglementaires.

On retrouve dans l'ALEC plusieurs articles qui viennent réaffirmer la capacité des gouvernements à réglementer sur leur territoire, notamment l'article 102.2 et l'article 1200. Ce dernier est celui qui illustre le mieux cette sauvegarde des compétences, puisqu'il réaffirme les pouvoirs et les responsabilités conférés par la Loi

⁸¹ ALEC, *op. cit.*, art. 408.1.

⁸² ALEC, *op. cit.*, art. 408.1 b) et c).

constitutionnelle de 1867. L'article 102.2 utilise des termes très forts. En effet, selon celui-ci, le droit de réglementer sur son territoire est un « attribut essentiel et fondamental d'un gouvernement ». Les Parties reconnaissent également « la nécessité de préserver la latitude dont elles ont besoin pour réaliser des objectifs en matière de politique publique, tels ceux visant la santé publique, la sécurité, la politique sociale, la protection de l'environnement, la protection des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle ». **Soulignons également que, selon l'Annexe 404.1 b), « toute modification d'une mesure réglementaire de nature législative nécessitera l'approbation du Parlement du Canada ou d'une législature, selon le cas ».**

Notons tout de même que l'ALEC indique : « Lorsqu'une Partie a procédé à la conciliation d'une mesure réglementaire conformément à un accord de conciliation, elle ne peut modifier cette mesure réglementaire d'une façon qui contourne l'accord de conciliation⁸³ ». De plus, les parties se sont engagées à faire « tout en leur pouvoir, par la coopération, par des consultations et par d'autres mécanismes de prévention et de règlement des différends à leur disposition, pour trouver une solution mutuellement satisfaisante à toute question susceptible d'affecter l'application du présent accord⁸⁴ ».

Tout comme l'AECG, l'ALEC contient des clauses permettant d'éviter que les niveaux de protection ne soient nivelés vers le bas. Cependant, tout comme l'AECG, l'ALEC manque l'occasion d'inclure une provision spécifiquement destinée à assurer le maintien des niveaux de protection du consommateur et ce, malgré l'existence de clauses similaires pour l'environnement aux articles 604 et 606 qui, contrairement à l'AECG, encouragent même à augmenter les niveaux de protection :

Article 604 : Droit de réglementer et niveaux de protection

1. Chaque Partie a le droit d'établir ses propres priorités en matière d'environnement et niveaux de protection de l'environnement sur son territoire conformément au présent accord, ainsi que d'adopter ou de maintenir ses mesures environnementales en conséquence.
2. Chaque Partie fait en sorte que ses mesures prévoient des niveaux élevés de protection de l'environnement et continue de s'efforcer à améliorer ces niveaux.

Article 606 : Maintien des niveaux de protection

Une Partie ne renonce ni ne déroge de quelque autre façon, ni n'offre de renoncer ou de déroger, à ses mesures environnementales en vue d'encourager le commerce ou l'investissement sur son territoire.

Notons tout de même que l'article 202 permet à une Partie de « déterminer le niveau de protection qu'elle juge approprié pour réaliser un objectif légitime⁸⁵ » ainsi que de déroger à un certain nombre de règles de l'ALEC⁸⁶ si:

⁸³ ALEC, *op. cit.*, art. 403.3.

⁸⁴ *Ibid.*, art. 1000.2.

⁸⁵ *Ibid.*, art. 202.1.

⁸⁶ Cependant, conformément au premier paragraphe, pas celles prévues à l'article 302 (Obstacles techniques au commerce), à l'article 303 (Mesures sanitaires et phytosanitaires), à l'article 320 (Stimulants interdits), à l'article 402 (Notification réglementaire) et à l'article 403 (Conciliation des mesures réglementaires), ou au chapitre Six (Protection de l'environnement) et au chapitre Sept (Mobilité de la main-d'œuvre).

- a) la mesure a pour objet la réalisation d'un objectif légitime ;
- b) la mesure est nécessaire à la réalisation de cet objectif légitime ;
- c) la mesure n'est pas appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Parties où les mêmes conditions existent ;
- d) la mesure n'est pas appliquée de façon à constituer une restriction déguisée au commerce.⁸⁷

Le paragraphe 4 de l'article 202 de l'ALEC vient préciser le point b) du paragraphe 3 :

Pour l'application de l'alinéa 3b), une mesure est considérée comme nécessaire à la réalisation d'un objectif légitime si les conditions suivantes sont réunies :

- a) la mesure apporte une contribution à la réalisation de l'objectif légitime ;
- b) il n'existe aucune mesure de rechange raisonnablement disponible qui apporterait une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif légitime d'une manière moins restrictive pour le commerce.

De surcroît, contrairement à l'AECG, l'ALEC fait un lien direct entre la souveraineté, la réglementation et la protection du consommateur. En effet, selon l'article 102.2 b) :

Dans l'application des principes énoncés au paragraphe 1, les Parties reconnaissent : [...]
b) la nécessité de préserver la latitude dont elles ont besoin pour réaliser des objectifs en matière de politique publique, tels ceux visant la santé publique, [...] la protection des consommateurs

Notons également que selon le chapitre 13, un objectif légitime est :

L'un quelconque des objectifs suivants poursuivis sur le territoire d'une Partie :
a) la sécurité du public ; [...] c) la protection de la vie ou de la santé des personnes ou des animaux ou la préservation des végétaux ; d) la protection de l'environnement ; e) la protection des consommateurs

Et un objectif légitime en matière de mobilité de la main-d'œuvre est défini comme :

Un ou plusieurs des objectifs suivants poursuivis sur le territoire d'une Partie : a) la sécurité du public ; [...] c) la protection de la vie ou de la santé des personnes ou des animaux ou la préservation des végétaux ; [...] e) la protection des consommateurs ; f) la protection de la santé, de la sécurité et du bien-être des travailleurs

Finalement, l'article 400 met en exergue les bénéfices de la coopération en matière de réglementation pour le consommateur et encourage les Parties à poursuivre les efforts entrepris dans ce sens. De manière implicite, l'article 400 vient créer une clause de maintien des niveaux de protection du consommateur. Il se lit comme suit :

Les Parties reconnaissent l'importance de poursuivre les efforts entrepris pour renforcer les mesures réglementaires existantes, telles que celles visant la protection des consommateurs et des travailleurs, la santé et la sécurité, et la protection de l'environnement, ainsi que l'efficacité des mesures connexes.

⁸⁷ ALEC, *op. cit.*, art. 202.3.

Cet article pourrait être invoqué si la coopération et la conciliation réglementaires entraînent une diminution des niveaux de protection du consommateur au Canada. On remarquera tout de même que l'ACI prenait de meilleures précautions afin d'éviter le nivellement vers le bas des niveaux de protection du consommateur. Par exemple, selon l'article 807 de l'ACI :

1. Pour l'application de l'article 405 (Conciliation), les Parties concilient, dans toute la mesure du possible, leurs mesures et normes respectives en matière de consommation énumérées à l'annexe 807.1, de manière à assurer un niveau élevé et efficace de protection des consommateurs. Les Parties ne sont pas tenues, pour réaliser cet objectif, de réduire le niveau de protection des consommateurs qu'elles assurent à la date de l'entrée en vigueur du présent accord.

3.1.4 Discussion

Lorsqu'on étudie les objectifs poursuivis par la coopération en matière de réglementation des trois initiatives, le constat est clair: les objectifs économiques priment. Et, lorsque les objectifs non commerciaux sont présents, (par exemple « protection de la vie, de la santé ou de la sécurité des personnes » dans l'AECG, des domaines qui recoupent avec la protection du consommateur) ceux-ci sont noyés dans un ensemble d'objectifs d'ordre économique. Commerce, mobilité, compétitivité, croissance, innovation sont les mots d'ordre lorsqu'on parle de coopération réglementaire. Cependant, comme dans le cadre de la Communauté européenne, l'harmonisation des réglementations sur la protection du consommateur pourrait être liée à la stimulation de la concurrence ou être vue comme un moyen d'éviter les entraves au commerce que le manque de confiance des consommateurs envers les produits importés peut créer.

Les risques d'une perte de la souveraineté réglementaire et d'une diminution des niveaux de protection sont deux des critiques principales faites à l'égard de la CRI. Au regard de la protection du consommateur il est, en effet, important que la réglementation reflète les préférences des citoyens et ne réduise, ni n'empêche l'augmentation, des niveaux de protection.

Les trois initiatives étudiées accordent une grande importance au rappel du droit souverain des parties à réglementer sur leur territoire auquel elles subordonnent toutes les activités de CRI. Notons que ce droit est justifié différemment selon la nature des initiatives.

Contrairement à l'AECG qui s'appuie sur le droit international public, l'ALEC s'appuie sur la Loi constitutionnelle de 1867 pour justifier le partage de compétences et les droits souverains des provinces et des territoires. Les articles 1200 et 102.2 ont aussi la particularité de rappeler le droit de réglementer des gouvernements indépendamment de la poursuite de l'« intérêt public » ou d'« objectifs légitimes », ce que l'on ne retrouve

pas, par exemple, dans l'AECG. Ces provisions rappellent également le caractère coopératif du fédéralisme canadien.

Dans les faits, une telle formulation peut amener un test de proportionnalité à la manière de celui présenté dans le paragraphe 202.4 de l'ALEC. Le caractère volontaire de la CRI est cependant rappelé dans le chapitre 21 indépendamment de la notion d'« intérêt public ». Soulignons également l'apparition, une fois la procédure de conciliation d'une mesure réglementaire de l'ALEC aboutie, d'aspects plus contraignants, notamment l'interdiction de modifier une mesure « d'une façon qui contourne l'accord de conciliation⁸⁸ » ou la possible inclusion d'un mécanisme de règlement des différends⁸⁹.

Quant au Protocole d'entente, le nombre de provisions qui réaffirment la capacité des États à réglementer sur leur territoire montre bien l'importance qui est donnée à la souveraineté et dépasse largement les provisions de l'ALEC et de l'AECG. Le caractère de la coopération y est également plus volontaire, puisque l'AECG et l'ALEC imposent un certain nombre d'obligations qui peuvent notamment mener à une procédure de règlement des différends⁹⁰. De nature, les protocoles d'entente n'ont pas force exécutoire. Le Protocole d'entente du CCR n'engage donc pas juridiquement ses signataires ni leur gouvernement respectif. Pour ce qui est du lien entre la capacité de réglementer et la protection du consommateur, l'ALEC reste l'initiative la plus explicite, avec l'article 102.2 b).

Les participants à la CRI inscrivent dans les traités et ententes un certain nombre de provisions afin que la conciliation ou la coopération réglementaire évite de mener à une diminution des protections. Ces clauses semblent suffisantes pour éviter un tel nivellement vers le bas. Malheureusement aucune n'encourage le renforcement de la protection du consommateur. A cet égard, les dispositions de l'ALEC semblent tout de même plus rassurantes grâce, entre autres, à l'article 400 et à la reconduite du CMC.

3.2 Les activités et processus de coopération en matière de réglementation

3.2.1 L'AECG

L'article 21.4 de l'AECG présente une liste non exhaustive des activités de coopération en matière de réglementation que les Parties peuvent et sont encouragées à entreprendre dans le cadre du traité. Il s'agit principalement d'accroître la transparence, d'échanger des informations et des commentaires sur les réglementations et les processus d'adoption de celles-ci ainsi que de faire des analyses conjointes.

⁸⁸ ALEC, *op. cit.*, art. 403.3.

⁸⁹ *Ibid.*, annexe 404.15.

⁹⁰ Notamment sur les questions de transparence, de notification, sur les mesures sanitaires et phytosanitaires et les obstacles techniques au commerce.

Notons que l'article 21.4 r) propose « la réduction au minimum du recours à des instruments réglementaires ayant un effet de distorsion sur le commerce et l'investissement » parmi les approches pour réduire les conséquences des différences réglementaires sur le commerce. Étant donné que de nombreux instruments réglementaires qui sont mis en place pour la protection du consommateur peuvent avoir un « effet de distorsion » sur le commerce et l'investissement, cet article peut poser un problème en incitant les Parties à éviter d'avoir recours à ceux-ci, du moins de manière unilatérale. Le point 21.4 k) propose également d'« examiner l'opportunité et la possibilité d'utiliser des hypothèses et méthodes similaires ». Cependant le terme « hypothèse » n'est pas défini et peut référer à des approches différentes en matière de réglementation (par exemple, le principe de précaution ou la considération de la méthode de production).

Parallèlement, certaines des activités prévues à l'article 21.7 sont particulièrement intéressantes pour la protection du consommateur. Par exemple, selon le 3^e paragraphe :

Les Parties s'efforcent de coopérer et d'échanger, sur une base volontaire, des informations dans le domaine de la sécurité des produits non alimentaires. Cette coopération ou cet échange d'informations peut concerner plus particulièrement :

- a) les questions scientifiques, techniques et réglementaires susceptibles d'améliorer la sécurité des produits non alimentaires ;
- b) les questions émergentes présentant une pertinence significative en matière de santé et de sécurité qui relèvent du champ de compétence d'une Partie ;
- c) les activités de normalisation ;
- d) la surveillance des marchés et les activités d'exécution ;
- e) les méthodes d'évaluation des risques et les essais des produits ;
- f) les rappels de produits coordonnés ou autres actions similaires.

Le 4^e paragraphe permet également aux Parties d'établir « un échange réciproque d'informations sur la sécurité des produits de consommation et sur les mesures préventives, restrictives et correctives qui sont prises ». En particulier, l'Union européenne peut décider d'accorder l'accès « à des informations choisies tirées du système d'alerte rapide RAPEX de l'Union européenne », un système établi par la directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits. L'Union européenne pourra également accéder à des informations du système canadien de déclaration d'incidents liés aux produits de consommation, RADAR, « concernant les produits de consommation au sens de la Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation, L.C. 2010, ch. 21, et les cosmétiques au sens de la Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. 1985, ch. F-27 ».

Notons que cet échange d'information réciproque est effectué sous les auspices du Comité du commerce des marchandises, qui aura donc, lui aussi, un rôle important à

jouer dans les questions de coopération en matière de réglementation pour la protection du consommateur. Le Gouvernement du Canada note sur ce point :

Ce chapitre engage les Parties à une plus grande discussion concernant la coopération en matière de produits de consommation. Cela permet au Canada et à l'UE d'échanger plus de renseignements à propos des questions de salubrité des produits et facilitera donc la protection de la santé et de la sécurité du public.⁹¹

Les activités de CRI de l'AECG présentées dans le chapitre 21 sont volontaires. En effet, d'après l'article 21.2.6 :

Les Parties peuvent entreprendre des activités de coopération en matière de réglementation sur une base volontaire. Il est entendu qu'une Partie n'est pas tenue de participer à une quelconque activité de coopération en matière de réglementation et peut refuser ou cesser de coopérer.

Cependant, d'après le même paragraphe, « la Partie qui refuse d'entamer la coopération en matière de réglementation ou qui se retire d'une telle coopération devrait être prête à expliquer les motifs de sa décision à l'autre Partie ». Ainsi, même si les mécanismes de CRI sont volontaires (l'instrument interprétatif commun le rappelle également), la Partie qui refuse de coopérer doit pouvoir justifier sa décision. **On peut se demander si cette justification doit répondre aux critères indiqués dans l'article 21.5, soit qu' « une partie peut adopter des mesures réglementaires différentes ou poursuivre des initiatives différentes pour des raisons découlant notamment d'approches institutionnelles ou législatives différentes ou de circonstances, de valeurs ou de priorités qui sont propres à cette Partie⁹² ».**

Les activités de CRI de l'AECG sont organisées autour de comités spécialisés sous les auspices du Comité mixte qui est « composé de représentants de l'Union européenne et de représentants du Canada⁹³ ». Ces comités spécialisés doivent faire « part des résultats et conclusions de chacune de leurs réunions⁹⁴ » à celui-ci. D'ailleurs, le Comité mixte de l'AECG a établi ses propres règles de procédure (conformément à l'article 26.1.4 d)) et a fait en sorte que les règles qu'il a établies « s'appliquent *mutatis mutandis* aux comités spécialisés et autres organes établis en vertu de l'accord⁹⁵ ». Notons que selon le 6^e paragraphe de l'article 26.2 indique : « La création ou l'existence d'un comité spécialisé n'empêche pas une Partie de soumettre une question directement au Comité mixte de l'AECG ». Les résultats des activités de coopération en matière de réglementation dépendent ainsi, en partie, de celui-ci.

⁹¹ En ligne : http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/chapter_summary-resume_chapitre.aspx?lang=fra#a5 (Consulté le 12 janvier 2019).

⁹² AECG, *op. cit.*, art. 21.5.

⁹³ AECG, *op. cit.*, art. 26.2.1.

⁹⁴ AECG, *op. cit.*, art. 26.2.6.

⁹⁵ En ligne : <http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/2018-10-rules-procedure-regles.aspx?lang=fra> (Consulté le 20 janvier 2020).

L'article 26.1.5 h) permet au Comité mixte de l'AECG d' « établir des comités spécialisés et des dialogues bilatéraux afin de l'aider à exécuter ses tâches ». Il pourrait donc, en théorie, créer un comité spécialisé sur la protection du consommateur qui prendrait une forme similaire au CMC reconduit dans l'ALEC.

Parmi les comités spécialisés, le Forum de coopération en matière de réglementation (FCR) est établi en vertu de l'article 26.2.1 h) dans le but de promouvoir et faciliter la coopération en matière de réglementation entre les Parties conformément au chapitre 21. Comme mentionné plus haut, il ne sera cependant pas le seul comité spécialisé établi par l'AECG à s'occuper de ces questions puisque, comme nous le verrons ci-dessous, d'autres comités devront faciliter et promouvoir cette coopération dans des domaines plus précis⁹⁶. Les procédures du FCR ne sont pas définies dans l'AECG. En effet, selon l'article 21.6.4 a), le FCR adoptera « son mandat, ses procédures et son plan de travail à sa première réunion après l'entrée en vigueur » de l'AECG qui devra avoir lieu l'année suivant l'entrée en vigueur de celui-ci⁹⁷. Nous reviendrons plus loin sur le plan de travail adopté récemment par le FCR.

Le Gouvernement du Canada résume le mandat du FCR comme suit :

Le FCR se réunira chaque année et aidera à déterminer dans quels domaines la coopération pourrait être possible ; il facilitera les discussions entre les autorités de réglementation canadiennes et européennes. Il encouragera de plus la coopération et l'échange de renseignements entre les autorités de réglementation afin de réduire les différences entre les démarches en matière de réglementation⁹⁸.

Les fonctions du FCR sont présentées à l'article 21.6.2 :

- a) offrir un forum de discussion sur les questions de politique réglementaire d'intérêt commun identifiées par les Parties dans le cadre, entre autres, des consultations menées conformément à l'article 21.8 ;
- b) aider les régulateurs individuels à identifier des partenaires potentiels pour les activités de coopération et leur fournir les outils appropriés à cette fin, tels que des modèles d'accords de confidentialité ;
- c) examiner les initiatives prévues ou en cours en matière de réglementation qu'une Partie considère comme pouvant donner lieu à la coopération. Ces examens, qui seront menés en consultation avec les services chargés de la réglementation et les agences de régulation, devraient appuyer la mise en œuvre du présent chapitre ;
- d) encourager le développement d'activités de coopération bilatérale conformément à l'article 21.4 et, sur la base des informations obtenues des services chargés de la réglementation et des agences de régulation, examiner les progrès, les réalisations et les pratiques exemplaires

⁹⁶ Notons que l'article 26.2.1 établit également des comités chargés de la coopération en matière de réglementation dans certains domaines particuliers notamment « le Comité du commerce des marchandises, chargé des questions concernant le commerce des marchandises, les droits de douane, les obstacles techniques au commerce, le Protocole de reconnaissance mutuelle des résultats de l'évaluation de la conformité et les droits de propriété intellectuelle liés aux marchandises » et « d) le Comité de gestion mixte pour les mesures sanitaires et phytosanitaires, chargé des questions concernant les mesures sanitaires et phytosanitaires ; ».

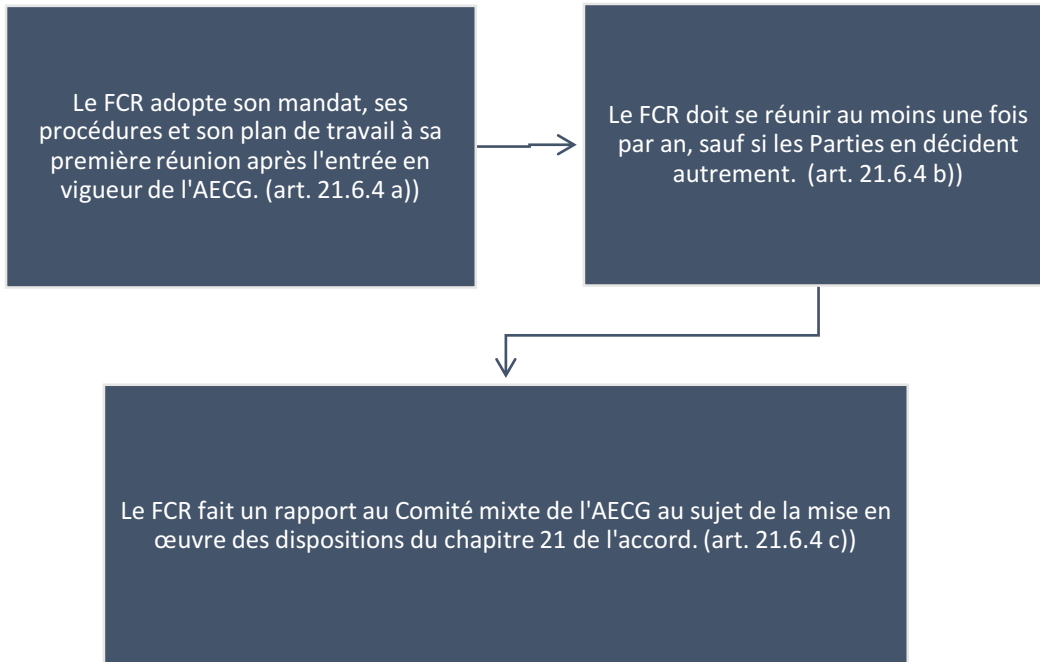
⁹⁷ AECG, *op. cit.*, art. 26.2.4 b).

⁹⁸ En ligne : http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/chapter_summary-resume_chapitre.aspx?lang=fra#a5 (Consulté le 20 janvier 2020).

dans le cadre des initiatives de coopération en matière de réglementation dans des secteurs particuliers.

Le FCR doit par ailleurs se réunir une fois par an et faire rapport au comité mixte, tel que présenté dans le graphique ci-dessous :

Diagramme 1 - Processus de CRI du FCR



En dehors de ces fonctions, le FCR est vaguement décrit. Certains craignent qu'il ne soit pas assez responsable de ses actions et soit trop ouvert à l'influence des lobbies, particulièrement celle des « *business lobbyists—the one group with sufficient resources to attend such meetings*⁹⁹ ». Bien sûr, il est difficile d'apprécier les conséquences du FCR puisque, même si l'accord semble donner les garanties nécessaires pour éviter la suprématie du commerce sur les questions sociales et environnementales, « c'est dans le fonctionnement concret [...] du FCR [et de l'ensemble des organes chargés de la coopération en matière de réglementation] que les risques existent¹⁰⁰ ».

Il faut également mentionner que le FCR n'a aucun pouvoir de décision. Le Gouvernement du Canada a d'ailleurs tenu à rappeler que sa capacité à réglementer ne serait pas remise en cause par le FCR :

⁹⁹ PowerShift et Canadian Centre for Policy Alternatives, *Making Sense of CETA, An analysis of the final text of the Canada-European Union Comprehensive Economic Trade Agreement*, 2016, p. 45.

¹⁰⁰ Commission d'évaluation de l'impact du CETA, *L'impact de l'Accord Économique et Commercial Global entre l'Union européenne et le Canada (AECG/CETA) sur l'environnement, le climat et la santé*, 2017, p. 6.

*While the mandate of the RCF will be to seek regulatory convergence where feasible, it is a voluntary mechanism. The Government will use that mechanism, recognizing that the goal is not regulatory harmonization, but rather, effective regulation that facilitates trade. The Government will retain complete control over its own regulatory process.*¹⁰¹

3.2.2 Le CCR

Selon le point 3 du Protocole d'entente, le CCR, dont les activités sont « axées sur une harmonisation plus étroite des régimes de réglementation existants à l'échelon fédéral du gouvernement »¹⁰², a pour mandat de :

- i. servir de tribune pour discuter des initiatives de coopération en matière de réglementation entre le Canada et les États-Unis, en assurer la coordination et fournir une orientation générale;
- ii. tenir des discussions de haut niveau afin de cerner de façon proactive les défis, les possibilités et les leçons retenues en ce qui concerne la coopération Canada-États-Unis en matière de réglementation;
- iii. trouver des possibilités de produire d'importants avantages économiques pour les deux pays par une harmonisation accrue de la réglementation régissant des secteurs clés établis et émergents de l'économie nord-américaine;
- iv. contribuer à la résolution des divergences inutiles existantes et à l'élaboration de mécanismes pour faciliter et garantir l'harmonisation future fondés sur la transparence et un engagement précoce entre les pays et avec les intervenants; et
- v. concevoir de nouvelles activités de réglementation dans le but d'assurer l'harmonisation de la réglementation, dans la mesure où cela est réalisable et souhaitable.

Le CCR constitue donc d'abord et avant tout un lieu d'échange entre les deux pays où la CRI se décline sous plusieurs formes selon les possibilités, les opportunités et les activités de réglementation identifiées par les participants.

La direction du processus de coopération est assurée par le Conseil de gouvernance qui est présidé par le secrétaire du Conseil du Trésor et l'administrateur de l'Office of Information and Regulatory Affairs. Ce conseil, qui doit se réunir « au moins une fois par année », est chargé de définir les orientations stratégiques, incluant les priorités et les objectifs des initiatives de CRI, ainsi que d'évaluer l'état d'avancement des travaux¹⁰³. Le Secrétariat du CCR joue quant à lui le rôle de « guichet unique central » qui coordonne les processus et activités de CRI du CCR. Il a notamment comme responsabilités de recevoir et d'examiner les propositions en matière de CRI des organismes de réglementation et des intervenants¹⁰⁴.

Finalement, les activités de CRI sont menées par les ministères et organismes de réglementation des deux pays. Ces derniers participent à l'élaboration des initiatives et

¹⁰¹ En ligne : http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/canadian_statement-enonce_canadien.aspx?lang=eng#a26 (Consulté le 16 Janvier 2020).

¹⁰² Protocole d'entente du CCR, point 1.

¹⁰³ Protocole d'entente du CCR, points 2 et 3.

¹⁰⁴ Protocole d'entente du CCR, Annexe 1, point 7.

des plans de travail sectoriels et peuvent créer des « groupes de travail techniques formés de fonctionnaires appartenant à des ministères et des agences »¹⁰⁵. Cette participation est jugée « essentielle au travail du CCR »¹⁰⁶.

3.2.3 L’ALEC

Comme précisé plus haut, les activités en matière de réglementation de l’ALEC s’organisent autour de la notification, de la conciliation et de la coopération réglementaire, cette dernière permettant l’élaboration de futures mesures réglementaires. Les processus de conciliation et de coopération sont tous les deux volontaires.

Cependant, comme nous l’avons indiqué ci-dessus, l’ALEC cherche à établir un équilibre mutuellement convenu entre les droits et les obligations des parties signataires afin d’unifier les différents marchés à l’intérieur du Canada. La possibilité des provinces et des territoires de ne pas participer à ces processus est donc soumise à plusieurs conditions. Pour le processus de conciliation réglementaire, les exceptions sont prévues aux articles 405 et 406. En effet, l’article 202 qui permet à une Partie de « déterminer le niveau de protection qu’elle juge approprié pour réaliser un objectif légitime¹⁰⁷ » et de déroger à un certain nombre de règles de l’ALEC ne s’applique pas à l’article 403¹⁰⁸.

Selon l’article 403.1, les Parties s’engagent à mener « des négociations en vue de concilier les mesures réglementaires identifiées par une Partie comme constituant un obstacle au commerce, à l’investissement ou à la mobilité de la main-d’œuvre à l’intérieur du Canada¹⁰⁹ ». Par contre, une Partie n’est pas obligée de conclure d’accord de conciliation tant qu’« elle identifie les mesures réglementaires pertinentes qui sont exclues de l’application de l’article 403.2, selon la forme et la manière spécifiées par la TCCR¹¹⁰ ».

Ainsi, l’exercice de la souveraineté est conservé puisque les Parties peuvent décider de ne pas s’engager dans un accord de conciliation. Il est possible que l’exclusion de l’application de l’article 202 à la conciliation ait été faite dans le but de permettre une harmonisation maximale des mesures réglementaires. En effet, l’article 202 empêcherait l’application d’accords de conciliation qui imposeraient des plafonds à ne pas dépasser pour le niveau de protection. L’exclusion de l’application de l’article 202 peut être bénéfique pour le consommateur si les accords signés prennent pour base le plus haut niveau de protection, mais peut également être dangereuse si les accords de

¹⁰⁵ Protocole d’entente du CCR, Annexe 1, point 9.

¹⁰⁶ Protocole d’entente du CCR, point 5.

¹⁰⁷ ALEC, *op. cit.*, art. 202.2.

¹⁰⁸ ALEC, *op. cit.*, art. 202.1.

¹⁰⁹ ALEC, *op. cit.*, art. 403.1.

¹¹⁰ ALEC, *op. cit.*, art. 405.

conciliation se basent sur un niveau de protection bas et imposent aux Parties de ne pas le dépasser.

L'article 406 prévoit la possibilité qu'une Partie n'ait pas de mesure réglementaire à concilier dans un domaine visé par la conciliation. Dans ce cas, elle n'est pas soumise à l'article 403.2 (selon l'article 406.1), c'est-à-dire qu'elle n'a pas à procéder à la conciliation conformément aux accords de conciliation applicables. La partie peut cependant participer à la négociation d'un accord de conciliation avec un statut d'observateur. Finalement, il est précisé au troisième paragraphe que « [s]i une Partie qui n'a pas de mesure réglementaire à concilier adopte ultérieurement une mesure réglementaire comparable, elle est encouragée à participer à toute négociation d'un accord de conciliation, ou à devenir partie à un tel accord¹¹¹ ». Elle peut également identifier sa mesure réglementaire en tant qu'exception.

On notera que selon l'annexe 404.14, l'accord de conciliation doit contenir « un processus pour répondre aux changements de circonstances ». Cet ajout semble nécessaire et, lors de l'élaboration d'accords de conciliation, une grande attention doit être portée à l'élaboration de ce processus. Il est important de pouvoir adapter les lois, les normes et les règlements de manière efficiente. Par exemple, comme l'avait relevé Option consommateurs en 2015 en discutant l'application du *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de ventes par Internet*¹¹² développé par le CMC dans le cadre de l'ACI : « Puisque le modèle d'harmonisation date de 2001, il ne couvre pas certaines problématiques qui sont apparues avec l'avancement technologique et qui ont fini par causer problème ; c'est le cas des logiciels espions et des nouvelles manières de contracter¹¹³ ». Outre l'évolution de la technologie, c'est la perception même de ce qu'est un « haut niveau de protection du consommateur » que les circonstances peuvent faire évoluer. Comme le remarquait l'Union des consommateurs : « [n]ous devons garder à l'esprit que ce degré de protection peut être évolutif. Par exemple, on a vu une prise de conscience grandissante des consommateurs dans la protection de l'environnement et dans les questions relatives à la vie privée qu'a soulevée la croissance du commerce électronique. Le gouvernement et les groupes de consommateurs devront être en mesure de cerner les préoccupations émergentes des consommateurs canadiens et de les prendre en compte de façon satisfaisante¹¹⁴ ».

En ce qui a trait à la coopération en matière de réglementation, la participation des Parties est bien plus volontaire que le processus de conciliation puisque, selon l'article 408.2 :

Une Partie n'est pas tenue de participer à l'élaboration de la future mesure réglementaire ni

¹¹¹ ALEC, *op. cit.*, art. 406.3.

¹¹² CMC, *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de ventes par Internet*, 2001.

¹¹³ Option consommateurs, *Le point de vue des Canadiens sur l'harmonisation des normes de protection du consommateur*, 2015, p. 18.

¹¹⁴ Union des consommateurs, *Les consommateurs et la normalisation : des intentions à l'action*, 2006, p. 22.

d'adopter la future mesure réglementaire à l'issue d'un processus d'élaboration conjointe.

Ainsi, contrairement à l'AECG, les Parties à l'ALEC ne sont pas tenues de justifier la raison pour laquelle elles ne participent pas à des activités de coopération en matière de réglementation (notons que, dans le cadre de l'AECG, les activités de « coopération » englobent également les activités de conciliation).

Dans l'ALEC, les questions de coopération et de conciliation sont la responsabilité de la Table de conciliation et de coopération en matière de réglementation (TCCR). Si l'ACI incluait également des règles pour concilier les normes et les règlements sur le territoire canadien, son effectivité était limitée par le manque d'institutionnalisation de cette réconciliation. C'est pourquoi, sous l'ALEC, la TCCR est établie à l'article 404 et est « chargée de superviser les processus de conciliation et de coopération en matière de réglementation conformément à l'annexe 404¹¹⁵ ».

La TCCR est une entité fédérale-provinciale-territoriale composée de représentants nommés par le premier ministre de chacune des provinces canadiennes et des territoires ainsi que d'un représentant fédéral. Notons que la TCCR joue un rôle central dans le processus de conciliation, tel qu'exprimé dans le schéma ci-dessous :

¹¹⁵ ALEC, *op. cit.*, art. 404.

Diagramme 2 - Processus de conciliation de la TCCR



Une province, un territoire ou le gouvernement fédéral identifie d'abord une mesure réglementaire constituant un obstacle au commerce, à l'investissement ou à la mobilité de la main-d'œuvre à l'intérieur du Canada « à partir des renseignements fournis par les intervenants ou d'autres sources »¹¹⁶. Suite à l'identification d'une mesure réglementaire, les Parties engagent des négociations en vue de concilier les mesures identifiées¹¹⁷. Durant les négociations, les Parties prenant part au processus de conciliation doivent s'assurer que les mesures sont compatibles avec l'ALEC¹¹⁸ et avec les obligations internationales pertinentes¹¹⁹.

Une fois la mesure réglementaire à concilier identifiée, la TCCR présente au Comité du commerce intérieur, établi en vertu de l'article 1100, un plan de travail annuel qui mentionne¹²⁰:

- a) les accords de conciliation devant être conclus au cours de l'année à venir ou des deux années à venir ;
- b) les mesures réglementaires devant faire l'objet d'accords de conciliation ;
- c) le résultat souhaité pour chaque accord de conciliation ;
- d) toute mesure réglementaire identifiée qui sera reportée à un plan de travail ultérieur.

Par consensus la TCCR peut retirer d'un plan de travail les mesures précédemment identifiées¹²¹. Ensuite, la TCCR constitue un groupe de travail pour « chaque élément d'un plan de travail » composé de représentants de toutes les parties qui n'ont pas formulé d'exceptions. Ce groupe de travail doit ensuite présenter un plan d'action qui comprend¹²² :

- a) le calendrier de négociation de l'accord de conciliation ;
- b) les délais fixés dans le cadre du processus de conciliation à l'intérieur desquels une Partie peut formuler une exception relativement à une mesure réglementaire conformément à l'article 405 ;
- c) toute autre considération devant être portée à l'attention de la TCCR.

L'accord de conciliation mentionne notamment¹²³:

- a) les mesures réglementaires faisant l'objet de la conciliation ;
- b) les obligations de réaliser la conciliation par des moyens comme : i) l'harmonisation, ii) la reconnaissance mutuelle, iii) l'équivalence, iv) toute autre méthode dont pourraient convenir les Parties ;
- c) la mesure dans laquelle l'accord de conciliation permet de remédier à l'obstacle identifié par une Partie conformément à l'article 403.1 ;

¹¹⁶ Site web de l'Accord de libre-échange canadien (n.d.) « Conciliation et coopération en matière de réglementation ». En ligne : <https://www.cfta-alec.ca/conciliation-et-cooperation-en-matiere-de-reglementation/?lang=fr> (Consulté le 1^{er} janvier 2019). Voir aussi ALEC, *op. cit.*, annexe 404.1.a

¹¹⁷ ALEC, *op. cit.*, art 403.1.

¹¹⁸ *Ibid.*, art 404.5.

¹¹⁹ *Ibid.*, art 404.6.

¹²⁰ *Ibid.*, art 404.8.

¹²¹ *Ibid.*, art 404.9.

¹²² *Ibid.*, art 404.12.

¹²³ *Ibid.*, art 404.14.

- d) un calendrier de mise en œuvre ;
- e) un processus pour répondre aux changements de circonstances.

Bien sûr, la TCCR n'a pas de réel pouvoir législatif. Les territoires et les provinces restent souverains dans les domaines de compétence exclusive prévus par la Loi constitutionnelle. Ainsi, selon l'annexe 404.16 :

L'accord de conciliation est entériné collectivement par les représentants des Parties au sein de la TCCR, à l'exception des représentants des Parties qui ont formulé une exception conformément à l'article 405 et qui n'ont pas de mesure réglementaire à concilier au sens de l'article 406.1, avant d'être envoyé à leurs Parties pour signature¹²⁴.

Le rôle de la TCCR se limite à la proposition de modifications de lois. **En effet, selon l'annexe 404.1 b) si la mesure réglementaire visée est de nature législative, la modification nécessitera « l'approbation du Parlement du Canada ou d'une législature, selon le cas ».**

Les accords de conciliation et les exceptions sont publiés sur le site internet de l'ALEC¹²⁵. Une fois la conciliation faite, une Partie ne peut modifier cette mesure « d'une façon qui contourne l'accord de conciliation¹²⁶ » et les Parties peuvent décider d'incorporer un mécanisme de règlement des différends à l'accord de conciliation en vertu de l'article 404.15.

Finalement, pour représenter les intérêts des consommateurs au sein de l'ALEC et favoriser la CRI dans le domaine de la consommation, l'accord reconduit, à son article 1103.3, le CMC qui avait été établi en vertu de l'article 809 de l'ACI. Le mandat est essentiellement le même. Le CMC a, entre autres, comme fonctions de :

- a) servir de tribune permettant aux Parties de discuter des questions se rapportant aux mesures et normes en matière de consommation ;
- b) identifier les possibilités et faciliter les processus en vue de la conciliation des mesures réglementaires en matière de consommation qui pourraient être examinées par la TCCR constituée en vertu de l'article 404 (Table de conciliation et de coopération en matière de réglementation) ;
- c) aider les Parties à formuler leurs propositions à l'intention de la TCCR afin de coopérer à l'élaboration de futures mesures réglementaires en matière de consommation conformément à l'article 408 (Élaboration conjointe de futures mesures réglementaires) ;
- d) faire rapport au Comité des ministres chargés des mesures et normes en matière de consommation sur toute collaboration importante entre les Parties concernant des initiatives ou ententes en matière de protection des consommateurs, le cas échéant, en vue d'une transmission au Comité.

Notons que, contrairement à son successeur, l'ACI consacrait un chapitre entier aux mesures et normes en matière de consommation. Il était également inscrit à l'intérieur

¹²⁴ *Ibid.*, annexe 404.16.

¹²⁵ *Ibid.*, art 403.4.

¹²⁶ *Ibid.*, art 403.3.

de l'accord une série de mesures relevant de la protection des consommateurs devant être traitées en priorité par le CMC¹²⁷. Dans l'ALEC, la protection du consommateur n'a pas la même prépondérance mais fait plutôt partie d'un ensemble de domaines qui peuvent faire l'objet d'activités de coopération réglementaire.

3.2.4 Discussion

Nous pouvons d'abord constater que les activités de CRI prévues dans les trois initiatives peuvent prendre plusieurs formes. S'il s'agit avant tout de faciliter l'échange d'information entre les organismes et ministères responsables, les gouvernements ne ferment pas la porte à ce que des processus de CRI d'une plus grande envergure mènent éventuellement à une harmonisation réglementaire dans certains domaines. Le Gouvernement du Canada le rappelle toutefois dans le cadre du FCR, le but est d'abord d'assurer une « effective regulation that facilitates trade »¹²⁸.

Ensuite, soulignons que la supervision et l'examen de l'état d'avancement des processus de CRI sont confiés à des comités centraux alors que les efforts de coopération réglementaire sont menés selon les secteurs d'activité par les ministères ou organismes de réglementation responsables. En général, ces derniers collaborent avec les comités centraux à la détermination des priorités et à l'élaboration des plans de travail qui peuvent, comme dans le cadre de l'ALEC, faire l'objet de négociations.

Sur cet aspect, nous observons qu'une marge de manœuvre considérable est laissée aux institutions qui déterminent les enjeux devant faire l'objet de coopération réglementaire. L'AECG prévoit notamment l'échange d'informations qui proviennent des systèmes d'alerte sur la sécurité des produits que possède le Canada et l'Union Européenne. Le FCR, institué par l'AECG, et le CMC, reconduit dans l'ALEC, constituent des forums particulièrement intéressants du point de vue de la protection des consommateurs. Toutefois, notons que malgré la reconduction du CMC, les dispositions de l'ALEC ne font pas des mesures et normes en matière de consommation une priorité comme le faisait celles de l'ACI.

¹²⁷ Accord sur le commerce intérieur, annexe 807.1.

¹²⁸ En ligne : http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/canadian_statement-enonce_canadien.aspx?lang=eng#a26 (Consulté le 16 Janvier 2020).

3.3 La participation des intervenants

3.3.1 L'AECG

Plusieurs dispositions de l'AECG permettent la participation des intervenants au processus de CRI. Ces dispositions sont plus ou moins précises et plus ou moins contraignantes. Dans le chapitre 21, c'est l'article 21.8 qui prévoit la participation de parties intéressées. Il se lit comme suit :

Afin de connaître les points de vue d'entités non gouvernementales sur des questions ayant trait à la mise en œuvre du présent chapitre, chaque Partie ou les Parties peuvent consulter, s'il y a lieu, les parties prenantes et les parties intéressées, y compris des représentants du milieu universitaire, de groupes de réflexion, d'organisations non gouvernementales, des milieux d'affaires, des consommateurs et d'autres organisations. Ces consultations peuvent être menées par tout moyen que la ou les Parties jugent approprié.

Tout d'abord, il faut relever le caractère volontaire de cette consultation (« peuvent consulter »). Ensuite, aucune modalité n'est instaurée quant aux moyens pour réaliser cette consultation (« peuvent être menées par tout moyen que la ou les Parties jugent approprié »). L'expression « parties prenantes et les parties intéressées » englobe un grand nombre d'acteurs, publics ou privés. Finalement, il n'y a aucune provision pour que les intérêts de toutes les parties soient représentés de manière équilibrée.

D'autres mécanismes de l'AECG permettent, à première vue, à des entités privées de participer aux discussions sur des projets de réglementation. Par exemple, l'article 27.1.2 prévoit que :

Dans la mesure du possible, chaque Partie :

- a) publie à l'avance toute mesure de cette nature qu'elle projette d'adopter ; et
- b) ménage aux personnes intéressées et à l'autre Partie une possibilité raisonnable de présenter des observations sur les mesures de cette nature qu'elle projette d'adopter.

De plus, le Comité mixte de l'AECG, qui détient les pouvoirs décisionnaires dans le cadre de l'accord et dont les décisions seront légalement contraignantes au regard du droit international, peut également, en vertu de l'article 26.1.5.b, « communiquer avec toutes les parties intéressées, y compris des organisations du secteur privé et de la société civile ». Ici aussi, la participation des parties intéressées reste volontaire.

Encore une fois, on notera l'absence de mesures prises pour que les « parties intéressées » soient équitablement représentées, alors que dans les chapitres sur l'environnement et le travail ces types de mesures est prise. Par exemple, le 4^e paragraphe de l'article 23.8 prévoit que les parties doivent consulter « ses groupes consultatifs internes » et que « Ces groupes comprennent des organisations de la société civile indépendantes et représentatives, constituant un juste équilibre entre les

représentants des employeurs, des syndicats, des organisations de travailleurs et des milieux d'affaires, ainsi que d'autres parties prenantes concernées, s'il y a lieu ».

3.3.2 Le CCR

Le Protocole d'entente prévoit, lui aussi, un certain nombre de provisions mettant en avant l'importance de la participation d'intervenants dans le processus de CRI.

Il est indiqué dès le préambule que les participants s'engagent « à promouvoir et à mettre en œuvre de bonnes pratiques réglementaires qui sont un prérequis essentiel à l'établissement d'une coopération efficace en matière de réglementation ». Cet aspect est réaffirmé au point 5 de l'annexe au Protocole du CCR. Rappelons-le, les « bonnes pratiques réglementaires » comprennent la consultation avec les parties prenantes, une pratique consignée au Canada dans la Directive et la Politique.

Par ailleurs, le point 1.ix du Protocole d'entente vient affirmer que « la transparence, la participation des ministères et organismes de réglementation et la mobilisation des intervenants éclairent toutes les activités du CCR ». Également, selon le point 3.iii, les Parties aideront à coordonner les activités du CCR, « y compris ses interactions avec les ministères, les organismes, et les intervenants ». Et, selon le point 6.i, « les efforts déployés en vue de l'harmonisation de la réglementation sont censés être dirigés par les ministères et organismes de réglementation compétents, sous la direction générale du CCR et en consultation avec les intervenants touchés ».

De la même manière, selon le point 7 :

Les Participants entendent :

- i. rencontrer les membres de l'industrie et les intervenants intéressés pour favoriser la discussion, la participation et la collaboration sur les questions et les solutions de coopération en matière de réglementation;
- ii. mener d'autres activités, y compris un forum biennal des organismes de réglementation et des intervenants du CCR et des activités en ligne et en personne au pays, afin d'éclairer la planification et la mise en œuvre des initiatives du CCR.

Finalement, l'annexe du Protocole d'entente consacre le point 10 à la « Mobilisation des intervenants ». Selon celui-ci :

- i. Les membres du CCR, du Secrétariat du CCR et les représentants des ministères et organismes de réglementation pourront rencontrer les intervenants intéressés de l'industrie et des citoyens afin de favoriser la discussion, la mobilisation et la collaboration en ce qui concerne les questions et les solutions d'harmonisation de la réglementation.
- ii. Un forum entre les organismes de réglementation et les intervenants est censé être organisé tous les deux ans pour permettre la discussion entre les intervenants et les organismes de réglementation sur des enjeux et des thèmes précis établis par le Conseil.
- iii. Des activités nationales continues en ligne et en personne sont censées avoir lieu tout au long du cycle de deux ans, ainsi que de vastes consultations visant à recueillir de nouvelles

- idées pour améliorer l'harmonisation au moyen du processus de la Gazette du Canada et du Federal Register des États-Unis ou d'autres moyens, le cas échéant.
- iv. Chaque Participant entend maintenir un site Web centralisé du CCR et y diffuser des mises à jour sur les activités de coopération et les personnes-ressources.

Notons que, tout comme pour l'ALEC et l'AECG, il n'est pas fait mention d'une représentation « équilibrée » des intérêts. De plus, contrairement à l'ALEC et l'AECG, aucun exemple d'« intervenant » n'est donné, et les associations de représentation des consommateurs ne sont donc pas mentionnées. Le terme « intervenant » est très vaste et peut englober des entités privées ou publiques, qui peuvent également avoir des intérêts divergents tout comme pour l'ALEC et l'AECG.

3.3.3 L'ALEC

Dans l'ALEC, la participation des « parties prenantes concernées » à la TCCR est prévue à l'Annexe de l'article 404. L'expression « partie prenante concernée » est très vaste et peut comprendre des entités privées (représentants de l'industrie, de milieux universitaires, associations de consommateurs...) ou publiques (municipalités, etc.). La participation des parties prenantes concernées n'est réservée qu'à la détermination des priorités et non à l'ensemble de l'élaboration de la réglementation. L'annexe mentionne uniquement « l'importance d'obtenir la participation », mais ne met aucune modalité en place pour assurer que cela soit fait ou pour assurer une représentation équilibrée.

Tel que susmentionné, lorsqu'une Partie prévoit adopter ou modifier une mesure réglementaire qui est susceptible d'« avoir un effet notable sur le commerce ou l'investissement à l'intérieur du Canada¹²⁹ », un certain nombre d'obligations s'appliquent. Ces obligations concernent notamment la participation de parties intéressées au processus réglementaire. En effet, sauf si un problème urgent survient¹³⁰, la Partie doit publier au moins 30 jours¹³¹ en avance sa mesure réglementaire pour que les personnes intéressées puissent en prendre connaissance¹³² et soumettre des observations dont la Partie est tenue de tenir compte¹³³.

Outre ces obligations, le processus de la TCCR semble très opaque et n'offre aucune garantie, *de jure*, de transparence ou de représentation équilibrée des parties prenantes. De plus, rien dans l'accord, excepté l'article 402 discuté ci-dessus s'il s'applique effectivement, ne permet d'assurer que les parties prenantes seront invitées à proposer des avis et des commentaires dans le processus de conciliation, si ce n'est qu'en indiquant, à la TCCR, des sujets à traiter puisqu'en effet, sur le site de l'ALEC il est précisé qu'« [u]ne province, un territoire ou le gouvernement fédéral détermine un obstacle au commerce intérieur potentiel à partir des renseignements fournis par les

¹²⁹ ALEC, *op. cit.*, art. Article 402.1.

¹³⁰ *Ibid.*, art. 402.3.

¹³¹ *Ibid.*, art. 402.1 c).

¹³² *Ibid.*, art. 402.1 a).

¹³³ *Ibid.*, art. 402.1 b).

intervenants ou d'autres sources¹³⁴ ». Cette participation pour la détermination des sujets est prévue au premier paragraphe de l'Annexe de l'article 404 qui présente les processus de conciliation et coopération en matière de réglementation. En effet, selon celui-ci :

En ce qui concerne la conciliation réglementaire, chaque Partie reconnaît : a) d'une part, l'importance d'obtenir la participation des parties prenantes concernées pour faciliter la détermination des principales priorités qui relèvent de sa compétence.

3.3.4 Discussion

Ainsi, les trois initiatives de coopération réglementaire étudiées mettent l'accent sur l'importance de la participation de parties prenantes aux processus de coopération réglementaire. Elles encouragent la participation des parties prenantes concernées à la détermination des priorités et l'écoute de leur commentaires au long de l'élaboration des réglementations. L'ALEC, par exemple, oblige les parties à tenir compte des observations des parties intéressées lors de l'élaboration ou la modification des « règlement pouvant avoir un effet notable sur le commerce ou l'investissement à l'intérieur du Canada¹³⁵ ».

Toutefois, aucune des initiatives ne précise les modalités de cette participation. Dans les faits, cependant, cela s'est traduit par des consultations menées par le SCT, discutées ci-dessous, et la mise en place de portails Internet pour « signaler un obstacle ». Dans le cas du CETA, les parties prenantes ont également été invitées à participer à la première réunion du FCR.

Le portail du SCT¹³⁶ est particulièrement intéressant puisqu'il ne limite pas la coopération réglementaire à l'élimination des obstacles au commerce. En effet, le site Internet du SCT permet de proposer à ce dernier des idées « pour améliorer la santé, la sécurité, la sûreté et la protection de l'environnement par la coopération réglementaire ». De plus, lorsqu'une partie intéressée lui propose un moyen de remédier à un obstacle réglementaire, elle doit expliquer « les répercussions sur les consommateurs, l'industrie et d'autres secteurs » de celui-ci.

Le portail d'Affaires mondiales Canada précise également : « Certains règlements sont pleinement justifiés, tels que ceux visant à protéger la santé publique ou l'environnement. Dans de tels cas, les gouvernements étrangers peuvent concéder au Canada l'imposition de règlements établissant une protection similaire, ou ils peuvent

¹³⁴ En ligne : <https://www.cfta-alec.ca/conciliation-et-cooperation-en-matiere-de-reglementation/?lang=fr> (Consulté le 12 décembre 2018).

¹³⁵ ALEC, *op. cit.*, art. 402.1.

¹³⁶ En ligne : <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/cooperation-matiere-reglementation/signalez-obstacle.html> (Consulté le 20 décembre 2019)

améliorer leurs propres règlements afin d'obtenir les résultats escomptés sans entraver le commerce international »¹³⁷.

Des trois initiatives étudiées, seul l'AECG, à son article 21.8 définit l'expression « parties prenantes concernées » / « intervenants intéressés » / « parties intéressées ». Il est important de rappeler que celles-ci ne sont pas limitées aux membres de l'industrie et les personnes responsables devraient assurer, dans la mesure du possible, une représentation équilibrée des intérêts.

Dans les faits, cependant, assurer une représentation équilibrée est difficile car malgré l'intérêt des associations de consommateurs et de la société civile pour les enjeux liés aux activités de CRI et de normalisation¹³⁸, elles n'ont souvent pas les ressources nécessaires pour y participer. Par exemple, les portails en ligne sont une initiative intéressante pour les associations de consommateurs, mais celles-ci n'ont pas les ressources, humaines et financières, ni l'expertise nécessaire pour effectivement les utiliser. De plus, même si le portail de la SCT permet de proposer des idées « pour améliorer la santé, la sécurité, la sûreté et la protection de l'environnement par la coopération réglementaire », l'emphase est mise sur « l'obstacle commercial ».

De l'autre côté, la CRI semble ouvrir une voie pour les lobbies détenant les ressources suffisantes pour influencer les décisions, notamment à travers les périodes de commentaires pour les réglementations (dans le cadre de l'AECG, par exemple, les lobbies européens pourront déposer leurs commentaires aux régulateurs canadiens avant la mise en place d'une réglementation) et la création d'un point de contact unique pour influencer les réglementations. Pour éviter une influence trop forte, réelle ou perçue, des lobbies, la mise en place de systèmes transparents semble donc nécessaire.

3.4 Les consultations tenues à ce jour

Tel que prévu dans les accords et ententes, le SCT a mené des consultations auprès des intervenants afin d'identifier les champs réglementaires susceptibles d'être harmonisés. Trois processus de consultation distincts se sont donc déroulés dans le cadre de la TCCR, du FCR et du CCR entre les mois de novembre 2017 et d'avril 2018. Les résultats de ces consultations sont disponibles sur le portail de données ouvertes du Canada.

Un total de 101 présentations ont été transmises lors des trois consultations, la majorité d'entre-elles provenant de regroupements sectoriels d'entreprises comme l'Association des transformateurs laitiers du Canada ou encore l'Association canadienne des constructeurs de véhicules. Seulement deux associations de défense des

¹³⁷ https://www.international.gc.ca/gac-amc/campaign-campagne/trade_barriers-barrieres_commerciales/index.aspx?lang=fra (Consulté le 15 décembre 2019)

¹³⁸ Union des consommateurs, *La voix des consommateurs en normalisation – Étude de faisabilité*, 2011.

consommateurs ont participé, soit le CCC et la Coalition des associations de consommateurs du Québec (CACQ).

Dans sa présentation faite à la TCCR, le CCC fait référence à son étude publiée en 2015 qui suggérait aux gouvernements fédéral et provinciaux du Canada d'assurer le financement des associations de consommateurs canadiennes afin qu'elles puissent participer aux activités de CRI. Dans sa lettre, le CCC note que « *the inaction of the provinces and the federal government to act to assist organized and experienced consumer groups to develop the capacity to participate in the complex processes associated with internal trade harmonization is one contributor to the growing disadvantage of middle class and vulnerable consumers in the economy* ». L'organisme ajoute : « *not only has there been no action to ameliorate the growing deficit in fair consumer representation indicated in our 2015 report, the crisis of representation has deepened since then with one of two major consumer organizations operating nationally, Public Interest Advocacy Centre, indicating national policy has pushed it to the brink of existence* ».

De son côté, la CACQ suggère que « les questions reliées à la protection des consommateurs devraient retenir de manière prioritaire l'attention du Forum de coopération réglementaire » et que la CRI entre le Canada et l'Union européenne devrait viser une « harmonisation à la hausse ». La CACQ souligne les possibilités d'une telle harmonisation dans les secteurs financiers et en matière de protection des renseignements personnels. Finalement, elle suggère au SCT de « mener dans les prochains mois une consultation spécifique auprès des intervenants, y compris les représentants des consommateurs, afin de constituer un tel mécanisme permanent qui permettrait d'associer efficacement ces intervenants aux travaux du FCR ».

Notons également que la Commission européenne a mené une consultation similaire dans le cadre de l'AECG. Deux associations de consommateurs de l'Union européenne ont participé, soit le Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) et la Fédération allemande des organisations de consommateurs (VZBZ). Le BEUC et la VZBZ recommandent d'abord de s'assurer que la CRI respecte la capacité des États à réguler et les objectifs de protection de la santé inscrits au chapitre 21 de l'AECG¹³⁹. Les organismes notent plusieurs pistes d'harmonisation potentielles : le partage d'informations entre les systèmes RAPEX et RADAR sur la sécurité des produits, le partage d'informations sur les produits pharmaceutiques, l'harmonisation des systèmes d'alerte sur les produits alimentaires, l'adoption de mécanismes de résolution des litiges, l'abolition des frais d'itinérance, les objets connectés et la protection de la vie privée, et la production et la consommation responsable.

¹³⁹ BEUC, *Regulatory Dialogues in CETA*, 2018, p. 1 et VZBZ, *Regulatory Cooperation Forum in CETA*, 2018, p. 1. En ligne : http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=248. (Consulté le 15 décembre 2018).

Suite aux consultations, le FCR, la TCCR et le CCR ont adopté leur plan de travail. Il est intéressant de constater que celui du FCR comprend cinq champs de coopération qui reprennent certains des thèmes suggérés par les organisations européennes de consommateurs : cybersécurité et Internet des objets, bien-être des animaux, cosméceutiques, inspections concernant la fabrication des produits pharmaceutiques et échange d'informations entre les systèmes RAPEX et RADAR. Il est prévu que le plan de travail soit révisé annuellement et que le FCR se réunira à nouveau en février 2020.

Le plan de travail du TCCR et du CCR contiennent un nombre beaucoup plus grand de sujets que celui du FCR¹⁴⁰. Les thèmes abordés comprennent la santé et sécurité au travail, les transports, les normes et codes, l'agriculture, la mobilité de la main-d'œuvre, la classification des médicaments et les exigences en matière d'immatriculation. Depuis la création du TCCR, deux accords de conciliation ont été signés par les parties de l'ALEC dans les domaines de l'Étiquetage des produits de l'aquaculture biologique et de l'inspection des fruits et légumes et d'autres accords ont été approuvés par la TCCR. Notons que les membres du CMC se sont réunis à plusieurs reprises mais que le comité n'a pour l'instant « pas soumis de recommandations visant à modifier l'Accord »¹⁴¹.

¹⁴⁰ En ligne : <https://www.cfta-alec.ca/wp-content/uploads/2018/07/TCCR-Plan-de-travail-2018-2019-Liste-des-%C3%A9ments-Final-20-juillet-2018.pdf> (Consulté le 13 décembre 2018). En ligne : <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/cooperation-matiere-reglementation/activites-cooperation-matiere-reglementation-canada.html> (Consulté le 13 décembre 2018).

¹⁴¹ ALEC, *Rapport annuel 2018-2019*, 2019, p. 4.

4 La CRI et les consommateurs à l'étranger

4.1 L'Union européenne

4.1.1 La coopération réglementaire et le marché intérieur

L'Union européenne est une organisation supranationale et intergouvernementale *sui generis*. Elle réunit 28 pays¹⁴² dans la poursuite d'objectifs économiques et politiques communs. À travers l'objectif de créer un marché unique à l'intérieur de ses frontières, l'Union européenne a, depuis longtemps, identifié la coopération réglementaire comme nécessaire à la réalisation d'un marché intérieur par l'intégration des différents marchés nationaux présents à l'intérieur de ses frontières. Si les prémisses de cette coopération réglementaire se trouvent dans le Traité de Rome, aujourd'hui, elle est institutionnalisée et bien entérinée dans le droit communautaire. **L'Annexe 1 propose une présentation plus approfondie de l'évolution de la place du consommateur et de son lien avec l'évolution de la coopération réglementaire dans le bloc régional.**

Bien que le Traité de Rome ouvrait la voie à une action communautaire dans le domaine de la protection du consommateur, ce domaine n'était pas directement prévu comme tombant dans la compétence de la Communauté, puisque « [l]a protection des consommateurs était loin des préoccupations des États lors de la signature dudit traité¹⁴³ ». Le présupposé était que les consommateurs bénéficieraient de l'intégration européenne à travers un marché plus efficient et plus compétitif.

Dans les années 1970, l'évolution du contexte régional et international, notamment l'abaissement des barrières tarifaires et le nouvel engouement pour la protection du consommateur sur la scène internationale ainsi que plusieurs décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)¹⁴⁴, vont mener à une évolution de la CRI dans le bloc régional tout en incitant la Commission européenne à considérer une politique commune pour la protection du consommateur. En effet, en interprétant le Traité de Rome, la CJUE conclut que les différences réglementaires pouvaient être considérées comme des mesures ayant un effet équivalent aux « restrictions quantitatives à l'importation », les rendant, de ce fait, interdites entre les États membres. Ainsi, un régime de reconnaissance mutuelle, gouverné par ce qui est appelé le « principe du Cassis de Dijon » s'est établi dans le bloc régional. La CJUE introduit également de nouvelles dérogations à cette règle : les « exigence impérative » dont la protection du consommateur fait partie. Ainsi, selon ce principe encore en vigueur aujourd'hui, en l'absence de règles communes au niveau communautaire, « [t]out produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre doit être, en principe, admis sur le

¹⁴² 27 une fois le processus du Brexit accompli.

¹⁴³ Union des consommateurs, *Levée des Barrières au Commerce Intérieur et Protection du Consommateur : l'exemple de l'Union Européenne*, 2015, p. 26.

¹⁴⁴ Anciennement connue sous le nom de Cour de justice des Communautés européennes.

marché de tout autre État membre¹⁴⁵ ». Des dérogations sont cependant possibles pour les mesures qui :

- sont nécessaires, c'est-à-dire appropriées et non excessives, pour satisfaire à des exigences impératives (santé publique, protection des consommateurs ou de l'environnement, loyauté des transactions commerciales, etc.),
- poursuivent un but d'intérêt général dont le caractère est si impératif qu'il justifie une dérogation à une règle fondamentale du traité telle que la libre circulation des marchandises,
- sont essentielles pour atteindre un tel but, c'est-à-dire constituent à la fois le moyen le plus adéquat et le moins entravant pour les échanges.

Suite à l'établissement de ce principe, afin d'éviter que les États membres réduisent leurs normes pour attirer l'investissement, d'éviter que de nouvelles barrières non tarifaires s'érigent et afin de rétablir la confiance des consommateurs dans un marché qui se voulait maintenant commun, la « nouvelle approche » est mise en place.

Avec la « nouvelle approche », la Communauté européenne va chercher à harmoniser les réglementations sur certains « aspects essentiels » tandis que le reste des échanges intracommunautaires serait gouverné par le principe de reconnaissance mutuelle établi dans l'affaire du Cassis de Dijon. Plusieurs actions sont prises pour mettre en place la nouvelle approche, notamment la création d'organismes européens de normalisation, permettant une séparation du technique et du politique, et l'adoption de l'Acte unique européen.

Alors que l'article 100 du Traité de Rome exigeait que le Conseil statue à l'unanimité sur proposition de la Commission pour arrêter les directives visant à rapprocher les dispositions législatives et réglementaires, donnant *de facto* un droit de veto aux pays membres, l'article 100A instauré par l'adoption de l'Acte unique européen ne nécessite qu'une majorité qualifiée du Conseil pour l'émission de directives « qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

En vertu du paragraphe 3, les directives émises en vertu de l'article 100A en matière de protection du consommateur doivent « prendre pour base un niveau de protection élevé ». Le paragraphe 3 illustre le fait que « l'émergence du droit communautaire de la consommation s'est faite avec l'intention clairement affirmée de concilier les objectifs économiques liés à l'achèvement et au bon fonctionnement du marché intérieur européen avec les intentions de construire une Europe à visage humain¹⁴⁶ ».

En 1992, lors de la signature du *Traité sur l'Union européenne* (aussi appelé le Traité de Maastricht), la protection du consommateur « devient une politique de plein droit de ce

¹⁴⁵ Commission des communautés européennes, Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78.

¹⁴⁶ T. BOURGOIGNIE, *Vers un droit européen de la consommation : unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ?*, 2005, p. 160.

bloc régional¹⁴⁷ ». En effet, l'article 129A du Traité (article 153 depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam), réservé à la protection du consommateur, est une provision horizontale faisant entrer la protection du consommateur dans toutes les activités de l'Union européenne en requierant que les activités de la communauté contribuent « à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs par : a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 100 A dans le cadre de la réalisation du marché intérieur ; b) des actions spécifiques qui appuient et complètent la politique menée par les États membres en vue de protéger la santé, la sécurité et les intérêts économiques des consommateurs et de leur assurer une information adéquate ».

L'article 3 du Traité de Maastricht étend également le domaine d'action de la communauté à « une contribution au renforcement de la protection des consommateurs ». Ainsi, depuis Maastricht, « *consumer protection is not merely one of the means of accomplishing an internal 'frontier-free' market: it now exists in its own right*¹⁴⁸ ».

Bien sûr, comme l'a remarqué la Commission européenne, « [l]e marché intérieur ne sera jamais « achevé ». Les efforts pour en optimiser le fonctionnement s'inscrivent dans la durée¹⁴⁹ ». Par conséquent, le maintien et l'évolution de ce marché continuent de se faire à travers l'article 100A (95 aujourd'hui) et prend en compte un niveau élevé de protection du consommateur. Par exemple, après l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, une directive sur les clauses abusives dans les contrats a été adoptée (93/13/CEE), une autre sur la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (94/47/CE) ou encore sur la vente à distance (97/7/CE). Ces directives contiennent des « clauses minimales » dont la formulation ressemble à :

Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur.¹⁵⁰

Ou encore :

1. Les droits résultant de la présente directive sont exercés sans préjudice d'autres droits dont le consommateur peut se prévaloir au titre des règles nationales relatives au droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle.
2. Les États membres peuvent adopter ou maintenir en vigueur, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité pour assurer un niveau de protection plus élevé du consommateur.¹⁵¹

¹⁴⁷ Union des consommateurs, 2015, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁸ TWIGG-FLESNER, 2007, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁹ En ligne : https://ec.europa.eu/internal_market/score/docs/score11/score11-text_fr.pdf (Consulté le 15 décembre 2018)

¹⁵⁰ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, art. 14.

¹⁵¹ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art. 8.

Ces clauses sont l'illustration de l'harmonisation minimum : les États peuvent aller au-delà de la protection conférée par la directive, mais pas en deçà.

En plus d'harmoniser les réglementations et législations sur le territoire européen, les règlements et les directives communautaires peuvent contenir des provisions encourageant les États membres à mener d'autres activités de CRI telles que l'échange formel d'information, le recours aux normes régionales et internationales, la reconnaissance mutuelle ou encore la mise en place de structures de dialogues.

Par exemple, la Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits « vise à assurer que les produits mis sur le marché sont sûrs¹⁵² ». Elle prône notamment la CRI entre les pays membres à son article 10 notamment sous la forme d'un système d'alerte rapide entre les États membres et la Commission qui permet aux autorités nationales d'être rapidement informées de l'existence d'un produit dangereux : le système RAPEX. Notons que selon l'article 21.7.4 de l'AECG, le Canada « peut se voir accorder l'accès à des informations choisies tirées du système d'alerte rapide RAPEX de l'Union européenne ». En 2016 seulement, le système RAPEX a reçu 2044 notifications¹⁵³.

En 2003, la Commission émet la communication *Améliorer l'application des directives "nouvelle approche"*¹⁵⁴ qui illustre la nouvelle phase de la réglementation entreprise dans la Communauté européenne. Dans cette communication, la Commission reconnaît la nécessité d'une mise à jour de sa réglementation afin d'améliorer, notamment, la cohérence, la transparence, le processus de notification, le marquage « CE »¹⁵⁵ et la surveillance des marchés.

L'un des documents les plus importants pour l'évolution récente de la politique en matière de protection du consommateur en Europe a été le *Review of the Consumer Acquis*¹⁵⁶. Ce document, commandité par la Commission européenne, présente une analyse de la transposition, en droit national, de certaines directives sur la protection du consommateur. L'analyse qui y est faite montre que lors de la transposition des directives communautaires d'harmonisation minimum en droit national, les États membres ont utilisé les clauses minimales et les possibilités de s'écarter des directives résultant en un marché fragmenté malgré les efforts d'harmonisation. Cependant, ces différences sont souvent minimes et n'augmentent pas substantiellement la protection du consommateur. Ainsi, les auteurs du rapport concluent que « *there is no, or at least not a very strong, argument against a selective shift to full harmonisation in those areas*

¹⁵² Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, art. 1.1.

¹⁵³ Commission européenne, *Rapport annuel 2016 du RAPEX*, 2017, p. 4.

¹⁵⁴ En ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0240&from=FR> (Consulté le 20 décembre 2018)

¹⁵⁵ Marquage qui est apposé sur les produits répondant aux normes européennes.

¹⁵⁶ Commission européenne, *Améliorer l'application des directives « nouvelles approche »*, COM/2003/0240.

where the use of minimum clauses by the member states has clearly caused barriers to trade without substantially increasing consumer protection ».

L'étude met aussi en lumière une divergence née des problèmes de traduction. En effet, les variations des lois et réglementations nationales « *tend to be caused by ambiguities or inconsistencies in the relevant directives. On occasion, it seems that these problems may have been caused also by variations in the substantive meaning of particular provisions in the different language versions of the directives* », un problème qui pourrait survenir malgré le recours à l'harmonisation complète.

L'étude, bien qu'elle prône le recours à une plus grande harmonisation, reconnaît les problèmes qui peuvent en découler. Les chercheurs concluent :

Some, but not as many as may be expected, aspects are likely to be controversial for some member states, where full harmonisation would force them to reduce their established level of consumer protection. Should the shift to full harmonisation become reality, it would have to be considered whether these areas should not be subject to this approach, and remain subject to minimum harmonisation.

Ainsi, chaque méthode semble présenter des avantages et des inconvénients pour la protection du consommateur. Cette protection dans un marché fragmenté pose deux problèmes : la diversité des lois, en soi, et les différents niveaux de protection. Si la reconnaissance mutuelle permet d'accommoder la diversité des lois et des cultures, elle ne règle pas le problème des différents niveaux de protection, qui peut mener à un nivellement vers le bas et réduire la confiance dans le marché. L'harmonisation minimale permet de réduire la diversité des lois et instaure un socle de protection tout en préservant une certaine part de souveraineté aux États, mais ne fait pas disparaître les obstacles.

Quant à l'harmonisation maximale, si elle permet de régler les deux problèmes, elle peut avoir pour effet de diminuer la protection dans certains pays et nuire à la réactivité de celle-ci lorsqu'elle est confrontée aux changements du marché, alors que : « *Consumer law is a dynamic area of law and consequently needs continuously to be kept under review if it is to be responsive to the changing requirements of the modern market*¹⁵⁷ ». De plus, même avec l'harmonisation maximale, le problème de la diversité des lois n'est pas entièrement réglé puisque les lois et réglementations peuvent diverger sur les aspects corollaires à la directive¹⁵⁸, et le problème de la traduction n'est pas effacé. Un autre problème lié à l'harmonisation maximale de la protection du consommateur est son rapport avec le principe de subsidiarité. La politique d'harmonisation maximale a notamment montré ses limites avec la « *Consumer Rights*

¹⁵⁷ TWIGG-FLESNER, 2007, *op. cit.*, p. 233.

¹⁵⁸ Par exemple, la CJUE a remarqué, au point 26 de son arrêt sur l'affaire *Centre hospitalier universitaire de Besançon v. Thomas Dutreux & Caisse primaire d'assurance maladie du Jura* que « la directive 85/374 [sur les produits défectueux] ne réalise une harmonisation totale qu'en ce qui concerne la responsabilité du producteur du fait des produits défectueux, sans réglementer, en revanche, la responsabilité du fournisseur » laissant ainsi aux États le choix de réglementation en la matière.

Directive » qui a rencontré une opposition au Parlement européen, au Conseil et dans les écrits légaux¹⁵⁹ puisque celle-ci indique à son article 4 : « Les États membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écartant de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement ». Pourtant, selon le principe de subsidiarité, « 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 »¹⁶⁰. Ainsi, si les États peuvent atteindre l'objectif de mieux protéger le consommateur, l'Union européenne ne devrait pas intervenir.

Comme le résume Christian Twigg-Flesner, l'un des analystes ayant travaillé sur la révision de l'acquis communautaire :

*Although significant chunks of consumer law are now based on EU legislation, many issues are still for national law to resolve—either because a directive expressly provides for this or because a directive does not cover a particular issue at all, and so national law still has to step in. As a result, national law continues to have a role to play in supplementing the harmonised legal rules, and so whilst harmonisation has reduced the substantive differences in the legal rules, the resulting picture is far from uniform.*¹⁶¹

Les questions relatives au degré d'harmonisation et à l'approche (harmonisation verticale, horizontale, mixte ou aucune action législative) ne sont pas encore résolues. L'Union européenne semble encore favoriser une harmonisation maximale afin de permettre une meilleure intégration des marchés, mais adapte son approche au contexte. Notons également que l'instrument utilisé permet de rendre le droit communautaire plus ou moins fragmenté. Par exemple, contrairement aux directives, dont les méthodes d'application et de transposition peuvent différer d'un pays à l'autre, le règlement doit être transposé tel quel dans le droit national. Il sera donc préféré lorsqu'il s'agira d'atteindre une harmonisation maximale. Le contexte politique peut toutefois pousser à l'adoption de directives puisqu'elles nécessitent un appui politique moins fort.

Par suite de la publication du Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, le Comité économique et social européen avait conclu :

Il est probable que l'« harmonisation minimale », combinée à une approche positive des États membres pour adopter, de manière cohérente, des normes plus élevées dans le domaine de la protection des consommateurs, constitue la base de la majeure partie de l'acquis en matière de protection des consommateurs dans un avenir proche. Pour des raisons sociales et économiques

¹⁵⁹ S. EDGAR, *Cross-border B2C e-commerce in the EU and the introduction of the Consumer Rights Directive: A Cure for Fragmentation?*, 2012, p. 36. En ligne : https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/001/892/204/RUG01-001892204_2012_0001_AC.pdf (Consulté le 20 décembre 2018)

¹⁶⁰ *Traité sur l'Union européenne*, Titre I : dispositions communes, art. 5.

¹⁶¹ C. TWIGG-FLESNER, *A Cross-Border-Only Regulation for Consumer Transactions in the EU*, 2012, p. 20.

diverses (et changeantes), les États membres souhaiteront soit conserver le niveau de protection des consommateurs dont ils bénéficient déjà, soit aller vers un niveau de protection différent, à pas mesurés, au rythme qu'ils auront choisi. Cette position respecte le principe de subsidiarité et est beaucoup plus facile à concilier avec ce dernier. Elle reconnaît toutefois aussi que diverses catégories de consommateurs dans toute l'UE sont défavorisées s'agissant de leur niveau de protection actuel ou de leur capacité à demander réparation et qu'une action s'impose, tant au niveau de l'UE qu'à celui des États membres¹⁶².

Mais l'harmonisation minimale reste au cœur de l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur et en droit contractuel. Le *Règlement (CE) 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* en est l'illustration puisqu'elle régit le choix de la loi lors de la signature d'un contrat de consommation. La raison d'être de cette loi est la reconnaissance de l'existence de différences quant aux niveaux de protection et des méthodes législatives au sein du marché européen. Le *Règlement général sur la protection des données*¹⁶³ (RGPD) est, lui, un exemple de réglementation communautaire par une harmonisation maximum qui a permis une augmentation substantielle de la protection du consommateur. Individuellement, les États membres n'auraient probablement pas pu aller aussi loin dans la protection du consommateur. En effet, le RGPD va nettement plus loin que les législations nationales déjà existantes en permettant, par exemple, aux consommateurs l'exercice de nouveaux droits comme le droit à l'oubli.

4.1.2 La participation des organisations de consommateurs

Dès 1975, la communauté européenne a reconnu aux consommateurs l'existence de plusieurs droits inhérents, notamment le droit à la représentation (droit d'être entendu)¹⁶⁴. Ce principe est également consacré au niveau international dans les *Principes Directeurs des Nations unies pour la protection du consommateur*. La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* est également venue réaffirmer ce droit, puisque l'article 11 assure la liberté d'expression et d'information tandis que l'article 12 promeut la liberté de réunion et d'association. Le *Traité instituant la Communauté européenne* indique par ailleurs que la « Communauté contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts »¹⁶⁵.

¹⁶² Avis du Comité économique et social européen sur le Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs COM (2006), point 5.3.

¹⁶³ *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)*

¹⁶⁴ Conseil de l'Europe, *Annexe à la résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs*, J.O., C-92/1, 25 Avril 1975, au point 3 e). En ligne : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425\(02\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425(02)&from=FR) (Consulté le 10 janvier 2019).

¹⁶⁵ *Traité instituant la Communauté européenne*, Troisième partie : Les politiques de la communauté, Titre XIV : Protection des consommateurs, art. 153.

Ainsi, pour permettre au consommateur de faire valoir ce droit d'être représenté et entendu, un ensemble de dispositions institutionnelles ont été mises en place en Europe. Dès 1973, des développements ont lieu avec la création d'un service qui se chargerait de la protection du consommateur, de l'environnement et de l'énergie nucléaire. Le 23 septembre 1973 est constitué un Comité consultatif des consommateurs. Cependant, le Parlement estimait que « les organisations spécifiques de consommateurs sont trop faiblement représentées au Comité consultatif des consommateurs¹⁶⁶ ».

En 1975, dans le *Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour l'information et la protection des consommateurs*, il était dit que « [d]ans la préparation des décisions les concernant, les consommateurs doivent être consultés et entendus, en particulier par l'intermédiaire des associations intéressées par la protection et l'information des consommateurs ». De plus, la Commission voulait « encourager les associations représentatives de consommateurs à étudier certains sujets particulièrement importants pour les consommateurs, à faire connaître leurs points de vue et à coordonner leurs efforts ».

Cette initiative a été vivement accueillie par le Parlement européen qui estimait que « un tel renforcement des organisations de consommateurs, qui est de nature à leur permettre d'exercer avec la compétence nécessaire leur influence sur la formation de la politique, est extrêmement souhaitable¹⁶⁷ ». Et il était d'avis que « l'aide financière des pouvoirs publics en la matière, qui ne doit cependant pas porter atteinte à l'autonomie des organisations de consommateurs, peut être très utile ».

Aujourd'hui il existe encore des comités de contact avec les consommateurs en Europe, notamment la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs au sein du Parlement européen, ou encore le Groupe consultatif européen des consommateurs institué en vertu de la décision 2009/705/CE. Il comprend un membre représentant les organisations nationales de consommateurs de chaque État membre et un membre de chaque organisation européenne de consommateurs¹⁶⁸, et il « peut être consulté par la Commission sur toutes les questions relatives aux intérêts des consommateurs au niveau communautaire¹⁶⁹ ». Il « *ensures consumer participation in all relevant policy groups*¹⁷⁰ ».

¹⁶⁶ Parlement européen, *Avis sur la proposition relative au programme préliminaire de la CEE en matière d'information et de protection des consommateurs*, J.O., C-62, 30 Mai 1974.

¹⁶⁷ En ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1974:062:FULL&from=EN> (Consulté le 10 janvier 2019)

¹⁶⁸ *Décision 2009/705/CE de la Commission du 14 septembre 2009 portant création d'un groupe consultatif européen des consommateurs*, art. 3.1.

¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 2.1.

¹⁷⁰ P. ROTT, *The EU Legal Framework for the Enforcement of Consumer Law*, 2018, p. 261 dans H-W. MICKLITZ et G. SAUMIER (eds.), *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*, 2018.

L'évolution de la place du consommateur au sein de la Commission européenne illustre également l'intérêt européen grandissant pour la protection du consommateur ainsi que l'évolution de la place des consommateurs dans les prises de décision au niveau communautaire. La politique du consommateur en Europe était initialement une petite unité au sein de la direction générale (DG) V¹⁷¹. La responsabilité de la protection du consommateur a ultérieurement été déplacée « *to a single-standing service that became DG XXIV only in 1995*¹⁷² ». Cette DG « *significantly promoted the involvement of consumer associations, but lacked its own legislative capacity*¹⁷³ ».

C'est seulement quand la DG XXIV est devenue la Direction générale de la Commission dédiée à la santé et à la protection des consommateurs en 1999 (DG SANCO) qu'elle obtient une forte influence sur le droit communautaire. La création du DG SANCO témoigne de l'importance grandissante donnée à la protection du consommateur dans la Communauté européenne. Aujourd'hui, DG SANCO a délégué une partie de ses compétences « *to other directorates, namely, first, DG MARKT who acquired the (internal) lead in the area of financial services and electronic commerce and, nowadays, to DG Justice that has taken over responsibility for civil justice but also for contract law including consumer contract law* ». Notons également que « *each Commission department with a significant consumer interest has a consumer liaison officer to monitor the impact of its policies on consumers*¹⁷⁴ ».

Encore aujourd'hui, l'Union européenne fait face à une crise de légitimité. Les problèmes liés à la participation des citoyens et à la transparence de cette institution internationale éloignée des citoyens sont nombreux. Surtout que « *with the EU integration process increasingly making Brussels a hub of European policy-making, there is a growing professionalisation of the lobbying industry there*¹⁷⁵ ». En effet, encore en 2010, dans la résolution 1744 (2010), l'Assemblée parlementaire se dit « préoccupée par le déclin de l'intérêt et de l'engagement du public dans la vie politique ainsi que par la perte de confiance des citoyens dans les institutions étatiques et politiques¹⁷⁶ ». Elle déclare notamment :

7. L'Assemblée soutient fermement le pluralisme politique, qu'elle considère comme l'un des principes clés d'une démocratie véritable. C'est pourquoi elle note que, sous certaines conditions, les activités des acteurs extra-institutionnels peuvent s'avérer bénéfiques pour le fonctionnement du système politique démocratique, si tant est que ces acteurs :
 - 7.1. offrent un cadre permettant aux individus de se rassembler, pour conjointement exprimer leurs opinions et défendre leurs intérêts ;

¹⁷¹ La Commission étant elle-même divisée en unités qui s'occupent de secteurs spécifiques, appelés des « directions générales ».

¹⁷² M. HARTLAPP, J. METZ et C. RAUH, *Which Policy for Europe – Power and Conflict Inside the European Commission*, 2014, p. 161.

¹⁷³ *Idem*.

¹⁷⁴ ROTT, 2018, *op. cit.*, p. 261.

¹⁷⁵ Transparency International, *Lobbying in Europe*, p. 7.

¹⁷⁶ Résolution 1744 (2010) de l'assemblée parlementaire du 23 juin 2010 sur les acteurs extra-institutionnels dans un régime démocratique, point 2.

- 7.2. favorisent une plus large participation à la vie publique et offrent des opportunités de s'engager dans le processus politique ;
- 7.3. établissent un lien entre le peuple et les institutions politiques ;
- 7.4. permettent une meilleure représentation des intérêts et besoins spécifiques, y compris ceux des minorités ;
- 7.5. fournissent des informations spécialisées relevant de leur domaine d'activité, indispensables pour une prise de décision politique éclairée ;
- 7.6. offrent des canaux supplémentaires pour le contrôle du public sur les décisions politiques.¹⁷⁷

L'Union européenne continue d'apporter un « soutien aux associations de consommateurs actives à l'échelle de l'Union européenne par le biais d'un financement et par un renforcement des capacités des associations de consommateurs au niveau de l'Union et aux niveaux national et régional, en accroissant la transparence ainsi que les échanges de bonnes pratiques et d'expertise¹⁷⁸ ». L'enveloppe financière pour l'exécution du présent programme de protection du consommateur (2014-2020) est de 188 829 000 EUR¹⁷⁹. Les critères pour bénéficier de ces subventions sont établis à l'article 5 du *Règlement (UE) 254/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, relatif à un programme « Consommateurs » pluriannuel pour la période 2014-2020*.

Les principaux bénéficiaires de cette aide sont le BEUC et l'Association européenne pour la coordination de la représentation des consommateurs dans la normalisation (ANEC), les deux organisations non gouvernementales à but non lucratif qui représentent les consommateurs à l'échelle européenne.

Le BEUC, fondé en 1962, réunit 43 associations de consommateurs issues de 32 pays¹⁸⁰. C'est la principale association de consommateurs à l'échelle européenne. Le BEUC « *has been very effective in contributing to EU policy-making*¹⁸¹ », et a représenté les consommateurs européens auprès des institutions européennes pendant des années, « *in particular the Commission and European Parliament* ». Le BEUC est également actif au niveau de la CRI et participe aux initiatives internationales comme le Transatlantic Consumer Dialogue¹⁸². En 2018, son revenu total d'environ 5,5 millions d'euros est composé à 36 % par les frais en provenance des associations membres, à 30 % par la subvention du programme Consommateurs et à 19 % par le financement de projets commandités par les institutions européennes.

L'ANEC, de son côté, est une association internationale sans but lucratif fondée en 1995. Elle défend les intérêts des consommateurs dans les processus de normalisation et de

¹⁷⁷ *Idem.*, point 7.

¹⁷⁸ *Règlement (UE) 254/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relatif à un programme « Consommateurs » pluriannuel pour la période 2014-2020 et abrogeant la décision 1926/2006/CE*, art. 4 b) 5.

¹⁷⁹ *Ibid.*, art. 6.

¹⁸⁰ En ligne : <https://www.beuc.eu/about-beuc/who-we-are> (Consulté le 20 février 2019).

¹⁸¹ Van Dijk Management Consultants et ICF GHK, *Evaluation of EU 2007-2011 financial contributions to EU-level consumer organisations: BEUC*, 2013, p. 71.

¹⁸² En ligne : <http://tacd.org/> (Consulté le 20 février 2019).

certification, principalement au sein des organismes européens d'élaboration des normes. Elle agit en partenariat avec CEN et CENELEC et est reconnue sous le règlement européen 1025/2012 relatif à la normalisation européenne. D'après un rapport rendu à la Commission européenne « *ANEC is facing pressures on its budget. More or at least stable EU funding is therefore critical to ensure the continuing viability of ANEC*¹⁸³ ».

Les négociations sont présentement en cours pour examiner les montants qui seront octroyés dans le cadre du « *Multiannual financial framework for the years 2021-2027* ». Dans sa proposition, la Commission européenne reconnaît le rôle important joué par les associations de consommateurs et propose de reconduire un financement essentiellement similaire à celui du programme pour les années 2014-2020. Dans l'ensemble, la proposition est vue positivement par le BEUC qui note que « *This translates into the EU spending on average each year 5 (five) eurocents for each EU consumer*¹⁸⁴ ».

¹⁸³ Van Dijk Management Consultants et ICF GHK, *Evaluation of EU 2007-2011 financial contributions to EU-level consumer organisations: ANEC*, 2013, p. 10.

¹⁸⁴ En ligne : https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-085_beuc_analysis_of_mff_2021-2027.pdf (Consulté le 20 février 2019).

4.2 La Suisse

4.2.1 La coopération réglementaire et le marché intérieur

La Confédération suisse est un État fédéral depuis 1848 et formée de 26 cantons¹⁸⁵. La constitution en vigueur, la *Constitution fédérale de la Confédération suisse* (la Constitution), est la troisième constitution suisse et a été adoptée le 18 avril 1999. La Constitution organise le fonctionnement de l'État fédéral, divise les pouvoirs entre ce dernier, les cantons et les communes et confère un certain nombre de « droits fondamentaux » aux citoyens.

La structure fédérale de la Suisse comporte trois paliers qui disposent, tous les trois, de pouvoirs législatifs et exécutifs : la Confédération (l'État central), les cantons et les communes. La Confédération et les cantons disposent également de pouvoirs judiciaires et ces derniers, en vertu du principe d'administration indirecte contenu dans l'article 46 de la Constitution, sont chargés de mettre en œuvre le droit fédéral.

Selon l'article 3 de la Constitution « [l]es cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération¹⁸⁶ ». Depuis le 1^{er} janvier 2008, le principe de subsidiarité tel qu'on le retrouve, par exemple, dans l'Union européenne, s'applique également aux relations entre les cantons et l'État fédéral. En effet, en vertu de l'article 5a, « [l]'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité¹⁸⁷ » et, en vertu de l'article 43.a.1, « [l]a Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération¹⁸⁸ ».

De plus, en vertu de l'article 45.1, les cantons participent, « dans les cas prévus par la Constitution fédérale, au processus de décision sur le plan fédéral, en particulier à l'élaboration de la législation¹⁸⁹ » et disposent d'un droit de vote dans les cas prévus aux articles 140 et 141. De surcroît, les cantons peuvent proposer un acte législatif au niveau fédéral¹⁹⁰ ou l'établissement d'un référendum¹⁹¹ et sont consultés lorsque de nouvelles lois fédérales concernent leurs intérêts¹⁹². La mise en œuvre du droit fédéral est assurée par les cantons¹⁹³, et une marge de manœuvre « aussi large que possible » leur

¹⁸⁵ Les cantons de Zurich, de Berne, de Lucerne, d'Uri, de Schwyz, d'Obwald et de Nidwald, de Glaris, de Zoug, de Fribourg, de Soleure, de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne, de Schaffhouse, d'Appenzell Rhodes-Extérieures et d'Appenzell Rhodes-Intérieures, de Saint-Gall, des Grisons, d'Argovie, de Thurgovie, du Tessin, de Vaud, du Valais, de Neuchâtel, de Genève et du Jura.

¹⁸⁶ Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 Avril 1999 (État le 1er Janvier 2018), RS 101, art. 3.

¹⁸⁷ *Ibid.*, art. 5.1.

¹⁸⁸ *Ibid.*, art. 43a.1.

¹⁸⁹ *Ibid.*, art. 45.1.

¹⁹⁰ *Ibid.*, art. 160.

¹⁹¹ *Ibid.*, art. 141.

¹⁹² *Ibid.*, art. 45.2.

¹⁹³ *Ibid.*, art. 46.1.

est laissée « en tenant compte de leurs particularités¹⁹⁴ ». C'est à la Confédération de veiller à ce que les cantons respectent le droit fédéral¹⁹⁵ qui prime sur le droit cantonal en cas de contradiction¹⁹⁶.

Parmi les compétences de la Confédération, on soulignera particulièrement deux articles : l'article 95 et l'article 97. En vertu de l'article 95 :

1. La Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées.
2. Elle veille à créer un espace économique suisse unique. Elle garantit aux personnes qui justifient d'une formation universitaire ou d'une formation fédérale, cantonale ou reconnue par le canton la possibilité d'exercer leur profession dans toute la Suisse.

Comme le souligne la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national, « [s]elon la doctrine dominante, cette disposition confère à la Confédération une compétence globale de régler par des mesures de police les questions relatives notamment à la mise sur le marché de produits par des acteurs économiques privés¹⁹⁷ ».

Tout comme au Canada et en Australie, le partage des compétences entre les différents paliers de gouvernement a donné naissance à plusieurs marchés sur le territoire suisse. Dans les années 1990, et inspirée par l'intégration européenne, la Suisse a pris plusieurs initiatives de coopération en matière de réglementation aussi bien à l'échelle nationale qu'à l'échelle internationale de manière unilatérale, bilatérale et multilatérale. Ces initiatives ont été entreprises dans le but de « combattre le cloisonnement des marchés, réduire les obstacles à la concurrence et renforcer la place économique suisse¹⁹⁸ ».

Parmi ces initiatives, notons l'adoption en 1995 de la *Loi fédérale sur le marché Intérieur* (LMI) visant à améliorer les conditions de la compétition. Cette loi définit les principes généraux et une approche, semblable à celle de l'Union européenne, basée sur la reconnaissance mutuelle de différents régimes réglementaires. Elle vise à assurer un accès libre et non discriminatoire au marché sur l'ensemble du territoire en libéralisant les conditions d'accès aux marchés cantonaux et communaux.

La LMI est une loi-cadre, qui incite les cantons « à créer ou à contribuer à mettre en place des conditions-cadres communes, que ce soit par le biais de solutions concordataires ou par l'adaptation autonome de leur législation¹⁹⁹ ». Le choix d'une loi-cadre plutôt que d'une harmonisation s'est fait en raison des incertitudes quant à la

¹⁹⁴ *Ibid.*, art. 46.3.

¹⁹⁵ *Ibid.*, art. 49.2.

¹⁹⁶ *Ibid.*, art. 49.1.

¹⁹⁷ Commission de l'économie et des redevances du Conseil national, *Initiative parlementaire Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce: Exclure les denrées alimentaires du champ d'application du principe du « Cassis de Dijon »*, 2014, p. 11.

¹⁹⁸ En ligne : <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/themes/marche-interieur/loi-federale-sur-le-marche-interieur.html> (Consulté le 25 janvier 2019).

¹⁹⁹ Commission de gestion du Conseil national, *Effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse - Rapport de la Commission de gestion du Conseil national établi sur la base d'une évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration du 27 juin 2000*, 2000, p. 5607.

constitutionnalité de cette démarche et du rejet d'un projet d'harmonisation par les cantons. La Commission de gestion du Conseil national note tout de même que « [s]i la LMI n'impose pas une solution uniforme, il reste que le caractère supplétif de la loi ne dispensait pas les cantons d'adapter leur législation aux principes exposés dans la LMI ». La LMI misait sur la coopération entre la Confédération, les cantons et les communes.

La LMI établit notamment, à son article 2, la reconnaissance mutuelle des règles à la manière du principe du Cassis de Dijon, se fondant sur l'équivalence des réglementations en Suisse, par analogie avec le droit européen. Les exceptions au principe de reconnaissance mutuelle sont clairement établies à l'article 3 et sont semblables à celles établies par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne :

1 La liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles :
s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux ;
sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants ;
répondent au principe de la proportionnalité.

Selon la *Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce* (LETC), « les intérêts publics prépondérants » incluent « la protection des consommateurs et de la loyauté dans les transactions commerciales ».

L'article 3 autorise un certain nombre de restrictions à l'accès au marché, et les acteurs économiques ont ainsi pu voir leur accès sur le marché de certains cantons interdit. De surcroît, « l'existence de prescriptions cantonales divergentes crée une situation légale peu transparente, alors que les acteurs économiques ont besoin de conditions-cadres claires et transparentes [...] Les produits de construction illustrent cette problématique : les prescriptions concernant certains ouvrages peuvent rendre certains produits de construction inutilisables pour ces ouvrages, parce que ces produits sont incompatibles avec les prescriptions concernant ces ouvrages. Pour illustrer ce qui précède, on peut citer l'exemple de normes de qualité du ciment (le produit) utilisé dans la réalisation d'un pont (l'ouvrage) qui pourraient ne pas correspondre aux prescriptions requises pour garantir la qualité de l'ouvrage²⁰⁰ ».

Ces prescriptions prendront une ampleur considérable. D'après le think-tank Avenir Suisse :

L'ensemble des législations cantonales n'est connu que depuis 2013. Elles comprennent actuellement 16 619 prescriptions, mais les différences sont importantes (Lüchinger, Roth, Schelker et Uhlmann 2015). Tandis que le canton de Berne, avec 618 décisions, se situe en milieu de classement, Appenzell Rhodes-Extérieures s'en tire avec la moitié. Le record est neuchâtelois avec 1118 prescriptions. Les différences sont énormes si l'on part de l'idée que tous les cantons

²⁰⁰ Conseil d'État, *Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil à l'appui d'un projet de décret portant adhésion du canton de Neuchâtel à l'accord intercantonal sur l'élimination des entraves techniques au commerce du 14 août 2002*, 2002, p. 6.

ont plus ou moins les mêmes problèmes à résoudre et obéissent aux mêmes prescriptions fédérales. Il n'y a pas encore d'analyse à ce propos²⁰¹

Ainsi, très vite, « le Conseil d'État [a] considèr[é] que le principe du Cassis de Dijon, ancré dans la loi sur le marché intérieur, n'[était] cependant pas suffisant pour faciliter le commerce des marchandises entre les cantons²⁰² ». En effet, comme nous l'avons vu, ces divergences apparaissent comme des entraves au commerce, c'est-à-dire « des entraves aux échanges transfrontaliers de produits qui résultent de la divergence des prescriptions ou des normes techniques, de l'application divergente de telles prescriptions ou de telles normes, ou de la non-reconnaissance notamment des essais, des évaluations de la conformité, des enregistrements ou des homologations²⁰³ ».

La situation ne peut être réglée par une loi fédérale venant harmoniser les exigences aux ouvrages puisque, selon la Constitution fédérale, la réglementation de la mise sur le marché des produits incombe à la Confédération, tandis que la réglementation des exigences concernant les ouvrages incombe à la fois à la Confédération et aux cantons. Pour y remédier, la solution mutuellement convenue prend la forme d'un accord intercantonal encourageant la coopération intercantonale dans le but d'« éliminer les entraves techniques au commerce qui subsistent entre la Suisse et des pays étrangers ou entre les cantons » : l'*Accord intercantonal sur l'élimination des entraves techniques au commerce*, signé en octobre 1998.

Cet accord régleme ainsi la coopération entre les cantons et établit, à ce titre, l'autorité intercantonale des entraves techniques au commerce qui permet de mettre en place une procédure commune pour l'élaboration de futures réglementations. Depuis 2004, tous les cantons de Suisse ont adhéré à cet accord. Une autorité intercantonale a été instaurée, qui prend des décisions à majorité qualifiée de 18 voix (soit 70 % des cantons).

Malgré les efforts entrepris, les divergences sont toujours importantes en Suisse. Comme le remarque l'OCDE en 2006, si l'un des principes fondateurs de la Confédération suisse était l'établissement d'un marché suisse unique, « *it remains extremely fragmented in practice [...]. Despite some progress the law has not been very effective, and substantial barriers to competition still exist*²⁰⁴ ».

Pour répondre à cette préoccupation, la Suisse applique, depuis 2010, « une version helvétique » du principe du Cassis de Dijon²⁰⁵. Ainsi, les produits qui ne remplissent pas les prescriptions suisses, mais qui remplissent celles d'un pays de l'UE, peuvent être vendus sur le territoire suisse.

²⁰¹ Avenir Suisse, Peter Buomberger et Tobias Schlegel (2016), *Sortir de la jungle réglementaire II*, p. 14. En ligne : https://www.avenir-suisse.ch/files/2017/03/Sortir_de_la_jungle_reglementaire_II.pdf (Consulté le 31 décembre 2018).

²⁰² Conseil d'État, 2002, *op.cit.*, p. 6.

²⁰³ Accord intercantonal sur l'élimination des entraves techniques au commerce (AIETC) du 23 octobre 1998, RS 946.513, article 2a.

²⁰⁴ OCDE, *Switzerland - Seizing the Opportunities for Growth*, 2006, p. 57.

²⁰⁵ Fédération Romande des Consommateurs, *Dossier: Suisse et UE- Le Cassis de Dijon sous la loupe*, 2018.

En effet, la Suisse a réformé la LETC en 2010 de manière à pouvoir plus facilement importer les produits en provenance de son partenaire commercial principal : l'Union européenne. La modification de la LETC est substantielle puisqu'elle étend le principe de Cassis de Dijon, déjà en vigueur sur le marché suisse en vertu de la LMI, aux pays membres de l'Union européenne. Depuis la modification de la LETC, la plupart des produits commercialisés légalement dans l'Union européenne peuvent, en principe, circuler librement en Suisse aussi, sans contrôle préalable. Pour accompagner la mise en place du principe du Cassis de Dijon, suite aux recommandations des associations de consommateurs, la *Loi fédérale sur la sécurité des produits* a été introduite obligeant, entre autres, les entreprises à rappeler les produits dangereux.

Il existe une liste négative présentant les produits et services qui ne sont pas soumis au principe du Cassis de Dijon²⁰⁶. Comme le note Messerlin en discutant l'accord de reconnaissance mutuelle entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande, « [t]he 'negative' lists exempting certain goods or regulations from mutual recognition have the huge additional advantage of making such exemptions very visible, hence putting strong pressure [...] to review them regularly²⁰⁷ ».

Comme le soulève, en 2016, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche :

Le principe CdD s'applique à environ un tiers des importations en provenance de l'UE. Depuis la révision de la LETC (2010), un bon 80 % des importations de l'UE ne sont en principe plus freinées par des entraves techniques au commerce, que ce soit en vertu du principe CdD, des accords bilatéraux Suisse-UE, ou de l'application unilatérale, par la Suisse, du droit européen.²⁰⁸

Notons que si le principe du Cassis de Dijon est appliqué de manière unilatérale, la LETC permet tout de même de « punir » certains partenaires commerciaux si l'accès au marché des produits suisses n'est pas autorisé. Conformément à l'article 16a.3 :

Si la CE ou un État membre de la CE ou de l'EEE entrave la mise sur le marché de produits suisses satisfaisant aux prescriptions techniques du pays de destination, le Conseil fédéral peut ordonner que l'al. 1 ne s'applique pas aux produits ou à certains produits de ce partenaire commercial.

De manière générale, les associations de consommateurs suisses telles que la Fédération romande des consommateurs se sont montrées critiques à l'égard de l'application du principe du Cassis de Dijon par la Suisse, même si elles reconnaissent les efforts du gouvernement fédéral afin d'éviter certaines dérives²⁰⁹. La Fédération

²⁰⁶ En ligne :

https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Tech_nische_Handelshe_mmnisse/Cassis-de-Dijon-Prinzip/Ausnahmen_Cassis-de-Dijon-Prinzip.html (Consulté le 25 janvier 2019).

²⁰⁷ P. MESSERLIN, *The European Union single market in goods: between mutual recognition and harmonisation*, 2011, p. 429.

²⁰⁸ Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche, *Entraves aux importations parallèles Rapport du Conseil fédéral du 22 juin 2016 en réponse au postulat 14.3014 « Simplifier les formalités douanières et favoriser les importations parallèles grâce à la reconnaissance d'autres documents permettant d'attester de l'origine d'un produit »*, 2016, p. 28.

²⁰⁹ Fédération Romande des Consommateurs, *Article: politique- 2019: changements notoires*, 2018.

romande des consommateurs avait d'ailleurs demandé que certains produits soient exclus de l'application du principe. Celle-ci note : « [p]lusieurs exceptions demandées par la FRC ont été retenues, comme l'indication obligatoire du pays de production des denrées alimentaires, les avertissements dans la langue du lieu de vente, l'indication des œufs pondus en batterie ou encore les dispositions relatives aux OGM²¹⁰ ».

Certains effets du principe du Cassis de Dijon ont été dénoncés par la presse ou par des associations de consommateurs. On notera, par exemple :

Le groupe Migros a commercialisé 26 tonnes de riz dont la teneur en pesticides dépassait celle prescrite par les normes suisses²¹¹.

Les cigarettes électroniques contenant de la nicotine qui satisfont aux exigences des membres de l'Union européenne ou de l'AELE peuvent désormais être vendues sur le territoire suisse, alors que la Suisse ne dispose d'aucune réglementation en la matière²¹².

La suppression de l'obligation suisse d'avertir sur l'étiquette des boissons énergisantes de ne pas mélanger ces dernières avec de l'alcool et ce, malgré les recommandations de l'OMS ou les demandes de la BEUC et de la FCR²¹³.

Finalement, la FCR encourage le gouvernement suisse de collaborer avec l'Union européenne pour que ce dernier puisse avoir accès au système d'alerte rapide RAPEX²¹⁴. Rappelons que l'adhésion du Canada à ce système est négociée dans le cadre de la coopération en matière de réglementation de l'AECG.

4.2.2 La coopération réglementaire et le marché international

Pour le marché international, selon le Secrétariat d'État à l'économie :

La Suisse dispose de trois instruments pour réduire les entraves techniques au commerce : Elle harmonise de manière autonome les prescriptions suisses avec celles de ses principaux partenaires commerciaux, elle conclut à cet effet des accords internationaux et elle applique de manière autonome le « principe Cassis de Dijon ».²¹⁵

Pour faciliter le commerce en harmonisant de manière autonome les prescriptions suisses avec celles de ses principaux partenaires commerciaux, la Suisse s'inspire souvent de la législation européenne. Cependant « [u]ne adaptation complète du droit suisse aux dispositions de l'UE ne saurait éliminer toutes les entraves techniques au commerce. En effet, les prescriptions techniques des pays voisins ne sont pas toutes harmonisées entre elles (ou ne le sont que partiellement)²¹⁶ ».

²¹⁰Fédération Romande des Consommateurs, *Dossier: Suisse et UE- Le Cassis de Dijon sous la loupe*, 2018.

²¹¹20 Minutes (Suisse), *Migros vend du riz hors des normes suisses*, 2011.

²¹²Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires, *Cigarettes électroniques*, 2018.

²¹³Fédération Romande des Consommateurs, *Article: santé - Energy drinks : l'OMS demande d'instaurer des limites*, 2014.

²¹⁴Fédération Romande des Consommateurs, *Baisse des prix et sécurité renforcée pour les consommateurs*, 2009.

²¹⁵En ligne :

https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Tec hnische_Handelshemmnisse.html (Consulté le 25 janvier 2019).

²¹⁶Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche, *op. cit.*, 2016, p. 28.

Un autre moyen d'harmoniser les prescriptions suisses est l'utilisation de normes régionales ou internationales pour les exigences relatives aux produits. Par exemple l'article 4.5.b de la LETC qui fixe les principes pour les prescriptions techniques sur les exigences relatives au produit indique que « dans la mesure du possible, [l'organe compétent] désigne des normes internationales harmonisées » lorsqu'il s'agit de désigner des normes techniques permettant de mettre en oeuvre les exigences essentielles. Non seulement les organismes sont encouragés à utiliser des normes internationales harmonisées mais, en plus, la Suisse a récemment réexaminé les dispositions techniques nationales quant à leurs divergences avec l'Union européenne²¹⁷ afin d'harmoniser toutes les normes nationales qu'elle considérait équivalentes, ou inférieures, à celles en vigueur au sein de l'Union européenne. D'après le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche :

Ce processus a déclenché une nouvelle série d'harmonisations avec l'UE, laquelle perdure, surtout à travers la réforme de la législation sur les denrées alimentaires. Les procédures d'homologation ont également été réétudiées et simplifiées. D'après l'évaluation du SECO, ces adaptations juridiques ont eu encore plus d'importance, économiquement parlant, que l'introduction du principe CdD proprement dit.²¹⁸

De plus, l'Association européenne de libre-échange (AELE), composée de la Suisse, l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein, s'intéresse également à la normalisation internationale et, plus particulièrement, la normalisation européenne²¹⁹; l'Union européenne étant son plus grand partenaire commercial. Par exemple, l'AELE participe financièrement à la normalisation européenne. En effet, elle dispose d'un budget annuel de près de 1 million d'euros par an qu'elle partage notamment entre les subventions opérationnelles annuelles au CEN, CENELEC et à l'ETSI mais également à l'ANEC ou l'ECOS qui représentent, respectivement, les intérêts des consommateurs et la protection de l'environnement²²⁰.

Par ailleurs, la Suisse a conclu plusieurs accords internationaux plus ou moins contraignants visant à réduire les obstacles techniques au commerce. La plupart ont été négociés dans le cadre de l'AELE. Des accords bilatéraux ont été conclus avec l'UE, la Chine, le Japon et les îles Féroé²²¹.

Parmi ces accords, on notera par exemple les accords de reconnaissance mutuelle signés avec le Canada, les accords de l'OMC²²², le *Comprehensive Economic Partnership*

²¹⁷ Conseil Fédéral, *Examen des divergences entre les prescriptions techniques suisses et le droit en vigueur dans la CE Rapport en exécution des postulats 05.3122 du groupe socialiste et 06.3151 Baumann*, 2007.

²¹⁸ Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche, *op. cit.*, 2016, p. 28.

²¹⁹ En ligne : <http://www.efta.int/eea/policy-areas/goods/standardisation-mra-technical-cooperation/standardisation> (Consulté le 25 janvier 2019).

²²⁰ En ligne : <http://www.efta.int/eea/policy-areas/goods/standardisation-mra-technical-cooperation/standardisation> (Consulté le 25 janvier 2019).

²²¹ En ligne : <https://kdk.ch/fr/themes/politique-economique-exterieure/accords-de-libre-echange/> (Consulté le 25 janvier 2019)

²²² OMC, *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, 1994; OMC, *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, 1994.

Agreement avec l'Indonésie, qui comprend certaines activités de coopération en matière de réglementation²²³, et une série d'accords signés avec l'Union européenne²²⁴.

4.2.3 La protection du consommateur

La protection du consommateur occupe une place particulière en Suisse puisqu'elle a été ajoutée à la Constitution en 1981. Selon l'article 97 de la Constitution, la Confédération est tenue de prendre « des mesures destinées à protéger les consommateurs et les consommatrices²²⁵ ». La Constitution prévoit également que la Confédération « légifère sur les voies de droit ouvertes aux organisations de consommateurs²²⁶ ». La première loi fédérale portant spécifiquement sur la protection du consommateur est la *Loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs*, adoptée le 5 octobre 1990, qui régit, entre autres, le financement des organisations privées de protection du consommateur.

Autrement, la réglementation suisse en matière de protection du consommateur est disséminée dans les différents domaines du droit. On retrouve ainsi des provisions importantes pour la protection du consommateur dans de nombreuses lois primaires et lois subordonnées. On peut, entre autres, noter :

- Le *Règlement de la Commission fédérale de la consommation* du 1^{er} février 1966;
- L'*Ordonnance du 1^{er} avril 1992 sur l'aide financière en faveur des associations de consommateurs*;
- La *Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait*;
- La *Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation* ;
- La *Loi fédérale du 12 juin 2009 sur la sécurité des produits*;
- L'*Ordonnance du DFJP du 29 novembre 2017 sur le taux d'intérêt maximal pour les crédits à la consommation*.

Comme le résume l'OCDE en 2006, dans son rapport sur la réforme réglementaire en Suisse :

Consumer protection is, in legal terms, fairly comprehensive. But it is scattered across several mechanisms, the institutional framework lacks a single strong focal point, and there is some overlap of responsibilities. The competition authority has no direct role in consumer protection (although a consumer representative sits on the decision-making body of the authority, and consumer associations may solicit Comco's views on an issue). The low level of resources given to

²²³ *Comprehensive Economic Partnership Agreement (CEPA) between the Republic of Indonesia and the EFTA States* du 16 Décembre 2018.

²²⁴ La liste complète des accords se trouve ici : https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/publikationen_dea/accords-liste_fr.pdf (Consulté le 25 janvier 2019).

²²⁵ Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 Avril 1999 (État le 1er Janvier 2018), RS 101, article 97.1.

²²⁶ *Ibid.*, art. 97.2.

the federal structures and their low profile imply (and are perceived to mean) that a low priority is attached to this issue in the political system.²²⁷

D'après la Commission fédérale de la consommation (CFC) :

Premièrement, le droit suisse n'assure pas une protection suffisamment cohérente du consommateur. Rien ne justifie que le consommateur suisse bénéficie aujourd'hui d'une protection dans l'ensemble équivalente à celle du consommateur européen en matière de voyage à forfait, de démarchage à domicile ou de crédit à la consommation mais pas dans d'autres contrats au moins aussi essentiels à la satisfaction de ses besoins privés, comme par exemple la vente mobilière, les contrats à distance ou le commerce électronique. Cette incohérence découle en partie de l'approche sectorielle qui a été suivie jusqu'à présent, qui montre aujourd'hui clairement ses limites et devrait être remplacée par des règles horizontales, intégrées autant que possible dans la Partie générale du Code des obligations (CO), puisque le contrat est l'instrument par lequel les consommateurs traitent avec les professionnels. A défaut, nous courrons le risque de voir s'accroître des régimes juridiques distincts pour les contrats de consommation, ce qui ne pourra que porter atteinte à la sécurité et à la prévisibilité du droit et, par là, à la confiance du consommateur.²²⁸

D'après le CFC, « [l]e droit suisse reste pour le moment en dessous des standards minimaux du droit européen en ce qui concerne la protection des intérêts économiques des consommateurs ».

En Suisse, les intérêts des consommateurs sont défendus par l'administration fédérale, au sein de laquelle se trouvent le Bureau fédéral de la consommation (BFC), la Commission fédérale de la consommation, dont le BFC assure le secrétariat, et des organismes privés agissant au nom des consommateurs. Le BFC est le centre de compétence de la Confédération en ce qui concerne les consommateurs. Il cherche à « favoriser les échanges entre l'administration fédérale, les associations de consommateurs, ainsi que le commerce et l'industrie²²⁹ ». Le BFC a toutefois un personnel relativement restreint « of 6 or 7 officials at its disposal. [...] Compared with other countries, consumer protection remains at a fairly embryonic stage in Switzerland²³⁰ ». Le BFC collabore, dans le cadre de la normalisation, avec les milieux économiques.

Le BFC participe comme observateur au groupe de travail chargé des questions de consommation²³¹, mais également à l'Expert Group on Consumer Product Safety and Market Surveillance. Le BFC suit également les discussions dans l'UNECE Working Party on Regulatory Cooperation and Standardization Policies.

²²⁷ OCDE, 2006, *op. cit.*, p. 78.

²²⁸ BFC, *30ans - Article constitutionnel sur la protection des consommatrices et consommateurs*, 2016, p. 148.

²²⁹ Institut de Sociologie, *Pratiques de consommation en Suisse romande : enquête auprès des membres de la Fédération Romande des Consommateurs*, 2012, p. 11.

²³⁰ OCDE, *Regulatory reform in Switzerland- Regulatory authorities for air transport, railways, telecommunications and postal services*, 2006, p. 72.

²³¹ BFC, 2016, *op. cit.*, p. 46.

Quant à la CFC, elle « sert d'organe consultatif au Conseil fédéral et aux départements pour toutes les questions qui lui sont soumises au sujet de la politique à suivre en matière de consommation. Elle peut aussi présenter des recommandations de son propre chef en ces matières. [... Elle peut également] encourager, en accord avec les groupes économiques intéressés, la recherche et l'application de solutions concertées des problèmes touchant la consommation²³² ».

Comme susmentionné, le financement des associations de consommateurs est prévu dans la *Loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs* (LIC)²³³. En effet, d'après l'article 5 :

1 La Confédération peut accorder des aides financières aux organisations dont l'activité est d'importance nationale et qui se consacrent statutairement et exclusivement à la protection des consommateurs, dans les limites des crédits alloués et jusqu'à concurrence de la moitié des frais pris en compte, pour :

l'information objective et pertinente des consommateurs par la presse ou les médias électroniques ;

l'exécution de tests comparatifs portant sur les caractéristiques essentielles clairement saisissables des biens et sur les éléments essentiels des services ;

la négociation de conventions sur les indications à fournir.

2 La Confédération peut aussi accorder des aides financières au sens de l'al. 1, let. a, à d'autres organisations dont l'activité est d'importance nationale et qui se consacrent statutairement à l'information des consommateurs.

Cette provision est complétée par *l'Ordonnance sur l'aide financière en faveur des associations de consommateurs du 1^{er} avril 1992*. Selon les articles 1 et 2:

Art.1

Une aide financière peut être accordée aux associations de consommateurs suivantes : Associazione consumatrici della Svizzera italiana (ACSI); Fédération romande des consommatrices (FRC); Konsumentinnenforum Schweiz (KF); Stiftung für Konsumentenschutz (SKS).

2 Les autres organisations qui demandent une aide financière au sens de l'art. 5, al. 1, LIC doivent s'adresser au Bureau fédéral de la consommation (BFC) et prouver qu'elles satisfont aux exigences fixées par la LIC.

C'est le BFC qui est chargé de la répartition de l'aide financière accordée aux organisations d'information ou de protection des consommateurs, conformément à la Loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs. Les aides financières, jusqu'en 2012, étaient de 750 000 francs et sont aujourd'hui de 1 000 000²³⁴. D'après le BCF, « [c]omparativement aux autres aides financières accordées par la Confédération, l'aide financière à ces organisations reste modeste ». En 2018, la

²³² Règlement de la Commission fédérale de la consommation du 1er février 1966 (État le 1er janvier 2013), RS 944.1, art. 1.

²³³ Loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC) du 5 octobre 1990 (État le 1er janvier 2013), RS 944.0.

²³⁴ BFC, 2016, *op. cit.*, p. 41.

Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États a expliqué être favorable à un *statu quo* quant aux aides financières attribuées aux organisations de consommateurs²³⁵.

Grâce à cette aide, la Fédération romande des consommateurs recevait, en 2015, 300 000 francs suisses (environ 400 000 \$ CAN), soit environ 20 % de ses revenus totaux. Toujours est-il que, d'après une étude auprès d'environ 2000 de ses membres, une majorité se montrait majoritairement insatisfaits de l'engagement des élus communaux, cantonaux et fédéraux au niveau de la défense des droits des consommateurs²³⁶.

Pour terminer, notons la création en 2010 d'une alliance des organisations de consommateurs réunissant l'Associazione consumatrici della Svizzera italiana, la Stiftung für Konsumentenschutz et la Fédération romande des consommatrices²³⁷, trois des quatre plus grandes organisations de consommateurs en Suisse. L'Alliance des organisations de consommateurs est notamment en charge du Baromètre des prix²³⁸.

²³⁵ Parlement Suisse, *La Commission a décidé, à l'unanimité, d'entrer en matière sur le projet fiscal 17*, 2018.

²³⁶ Institut de Sociologie, *op. cit.*, 2012, p. 53.

²³⁷ Alliance des organisations de consommateurs, *Trois organisations se rapprochent au niveau national – Plus de force pour les consommateurs*, 2010.

²³⁸ En ligne : <https://www.barometredesprix.ch> (Consulté le 26 janvier 2019).

4.3 L’Australie

4.3.1 La coopération réglementaire et le marché intérieur

Tout comme le Canada, le Commonwealth d’Australie est organisé en fédération. Le *Constitution of the Commonwealth of Australia Act* (la Constitution australienne), adopté en 1900 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1901 est l’acte législatif le plus important pour le pays. La Constitution australienne a organisé les 6 colonies d’Australie en États au sein d’une fédération et défini le partage des compétences entre le gouvernement fédéral (le gouvernement du Commonwealth) et les différents États d’Australie. L’Australie est également composée de Territoires qui sont, contrairement aux États, constitutionnellement soumis à la juridiction du gouvernement fédéral.

Tout comme dans la Constitution canadienne, on trouve dans la Constitution australienne une clause limitant le pouvoir des États fédérés sur les questions relatives au commerce intérieur. En effet le Chapitre IV de la Constitution (contenant les sections 81 à 105A) contient des provisions concernant, entre autres, des échanges et du commerce sur le territoire d’Australie. Notamment, la section 92 qui prévoit que le commerce entre les États soit « *absolutely free* ». L’interprétation de cet article, comme au Canada, a longtemps été l’objet de débats.

L’interprétation contemporaine de cette provision est celle établie par la Haute Cour d’Australie, dans son jugement du 2 mai 1988 dans l’affaire *Cole v. Whitfield*²³⁹. Par le biais d’une interprétation historique et contextuelle, la Cour conclut à l’unanimité dans *Cole v. Whitfield* que la provision a été insérée pour créer sur le territoire australien une zone exempte de protectionnisme. La section 92 de la Constitution australienne interdit donc les mesures, notamment les mesures réglementaires, de nature protectionniste.

Toutefois, comme au Canada, la Constitution australienne permet l’établissement de barrières au commerce aussi longtemps que celles-ci ont pour objet un but légitime et qu’elles ne sont pas une restriction déguisée au commerce. La Haute Cour a subséquemment ajouté la condition du respect du principe de proportionnalité, créant ainsi un test essentiellement similaire à celui utilisé par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Comeau*. Précisons également qu’en 2008 la Haute Cour est venue préciser qu’elle ne considère plus uniquement les objectifs des mesures, mais également les effets de celles-ci, et a précisé le principe de proportionnalité²⁴⁰.

La section 92 de la Constitution australienne n’a donc pas empêché l’érection de différences réglementaires entre les différentes juridictions. Comme le note la Productivity Commission de l’Australie : « *[r]egulatory differences among Australian*

²³⁹ High Court of Australia, *Cole v Whitfield*, Decision du 2 Mai 1988, 165 CLR 360.

²⁴⁰ High Court of Australia, *Betfair Pty limited et Anor v State of Western Australia*, Order du 27 Mars 2008, HCA 11, para. 47, 101, 110 et 113.

jurisdictions exist for historical reasons and because individual states and territories have the power under the Australian constitution to regulate many policy areas independently ». Par conséquent, l'économie australienne s'est retrouvée, avec le temps, « balkanisée », impactant de manière négative l'économie nationale.

Il faudra attendre les années 1990 pour l'adoption de réformes réglementaires qui viseront à améliorer l'efficacité et la compétitivité du marché australien par l'abolition des obstacles au commerce et à la mobilité, aussi bien sur le territoire australien qu'à travers la mer de Tasman, qui sépare l'Australie de la Nouvelle-Zélande. Un chantier institutionnel sera lancé afin de favoriser l'intégration du marché australien et de créer des institutions pour gérer les conflits juridiques. Il fallait stimuler la croissance « *through the related processes of "micro-economic" reform and "New Federalism"*²⁴¹ ». Pour cela : « *First, the diagnosis—overlap, duplication and balkanisation; and second, the remedy—cooperative federalism*²⁴² ».

Afin d'établir une meilleure coopération entre les États et territoires australiens, les gouvernements se sont entendus pour signer, en mai 1992, l'*Intergovernmental Agreement on Mutual Recognition*. Cette entente donne naissance, la même année, au *Mutual Recognition Act 1992* (MRA). L'*Intergovernmental Agreement on Mutual Recognition* avait le but suivant : « *promoting the goal of freedom of movement of goods and service providers in a national market in Australia* ».

Des efforts sont également entrepris avec la Nouvelle-Zélande. En 1996 est ainsi signé le *Trans-Tasman Mutual Recognition Arrangement* et, en 1997, est adopté, en Australie, le *Trans-Tasman Mutual Recognition Act 1997* (TTMRA). L'objectif du *Trans-Tasman Mutual Recognition Arrangement* est le suivant : « *remove regulatory barriers to the movement of goods and service providers between Australia and New Zealand, and to thereby facilitate trade between the two countries. This is intended to enhance the international competitiveness of Australian and New Zealand enterprises, increase the level of transparency in trading arrangements, encourage innovation and reduce compliance costs for business* ».

Tout comme pour l'UE, le TTMRA vient établir la reconnaissance mutuelle des règles entre les deux pays. D'après ce principe, « *a good which may lawfully be sold in one jurisdiction may also lawfully be sold in another jurisdiction, without needing to comply with additional requirements of the other jurisdiction* »²⁴³.

On notera que, contrairement à l'Union européenne et le principe du Cassis de Dijon, la reconnaissance mutuelle s'applique également aux produits importés dans un État, puisque le TTMRA et le MRA ne s'appliquent pas uniquement quand un produit est

²⁴¹ J. LESLIE et A. ELIJAH, *From One Single Market to Another: European integration, Australian Ambivalence and construction of the Trans-Tasman Single Economic Market*, 2015, p. 91.

²⁴² M. PAINTER, *Reshaping Australian Institutions: Collaborative federalism: Economic reform in Australia in the 1990s*, 2009, p. 10.

²⁴³ Productivity Commission (2015), *Mutual Recognition Schemes, Rapport de Recherche*, Canberra, p. 63.

légalement « *produced and marketed* », mais dès lors qu'un produit peut être « *lawfully sold* ».

Tout comme en Europe, le MRA n'affecte pas tous les aspects de la vente des biens. Par exemple, il n'affecte pas « *the operation of any laws of the second State that regulate the manner of the sale of goods in the second State or the manner in which sellers conduct or are required to conduct their business in the second State (including laws set out in the examples below), so long as those laws apply equally to goods produced in or imported into the second State*²⁴⁴ ». Ainsi, les obligations contractuelles de protection du consommateur sont applicables aux produits importés également. Il en est de même pour le TTMRA.

Le modèle adopté est dans « *the lower end of the cost spectrum even when compared to other mutual recognition schemes. It is particularly light handed for goods, largely relying on case law for enforcement*²⁴⁵ ». En effet, contrairement à l'Union européenne, la reconnaissance mutuelle en Australie est inconditionnelle et seules quelques catégories de produits en sont exclus. D'après Messerlin, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ont appliqué plus efficacement le principe de reconnaissance mutuelle qu'en Europe. L'auteur note également que « *[t]he 'negative' lists exempting certain goods or regulations from mutual recognition have the huge additional advantage of making such exemptions very visible, hence putting strong pressure on both sides to review them regularly*²⁴⁶ ».

Notons qu'il existe, pour le MRA et le TTRMA, des catégories de biens et services qui sont exclus de l'accord. Ces exceptions sont permanentes ou temporaires et concernent les armes à feu et autres armes offensives, les feux d'artifice et le matériel pornographique, ou encore certaines réglementations telles que celles destinées à protéger l'environnement. Comme le note la Productivity Commission : « *Mutual recognition should not impede a jurisdiction's ability to make laws and regulations that meet the needs and preferences of its citizens, such as in the area of public standards of decency*²⁴⁷ ».

4.3.2 La protection du consommateur

La création d'une loi fédérale

Dans les années 1970, la protection du consommateur en Australie était uniquement assurée par la *common law* et par la législation sur la vente des biens (*Sale of Goods Legislation*)²⁴⁸. Le *Trade Practices Act 1974* était le premier acte législatif national

²⁴⁴ Section 11(2).

²⁴⁵ Productivity Commission, 2015, *op. cit.*, p. 46.

²⁴⁶ MESSERLIN, 2011, *op. cit.*, p. 429.

²⁴⁷ Productivity Commission, *Mutual Recognition Schemes*, 2009, p. XXVIII.

²⁴⁸ Productivity Commission, *Review of Australia's Consumer Policy Framework*, 2008, p. 17.

traitant spécifiquement de la protection du consommateur. Celui-ci introduit « *prohibitions against misleading or deceptive conduct and unfair practices, and imposed certain non-excludable terms and conditions into all consumer contracts*²⁴⁹ ».

Au fil des années, plusieurs amendements sont apportés à cette loi afin d'étendre sa portée. Par exemple, en 1986, un amendement a permis d'inclure une interdiction pour les entreprises de se livrer à une conduite inacceptable (« *unconscionable conduct* »); en 1992, des provisions ont été ajoutées pour réglementer la product liability; et en 1998, pour l'étiquetage du pays d'origine²⁵⁰.

Cette loi était cependant sujette aux limitations imposées par la Constitution australienne, et s'appliquait généralement seulement aux échanges qui franchissaient les frontières nationales ou infranationales²⁵¹. En 1983, les gouvernements des États et des territoires se sont entendus pour assurer une protection du consommateur qui serait consistante sur l'ensemble du territoire et, dans les années 1980 et 1990, ces derniers ont introduit des provisions équivalentes à celles contenues dans le *Trade Practices Act 1974*. Cependant, les bénéfices du *Trade Practices Act 1974* n'ont pas duré longtemps, puisque les juridictions « *have all pursued their own improvements to consumer laws, leading to divergence, duplication and complexity. The net result is that businesses and consumers are not able to fully understand their rights and obligations under the law, which leads to costs – in terms of time, money and reduced confidence in markets*²⁵² ».

En octobre 2005, suivant les réformes réglementaires observées dans les années 1990, le Premier ministre et le Trésorier australien annoncent la création d'une Task force sur la réduction du fardeau réglementaire pour les entreprises, puisque celles-ci étaient devenues « *increasingly vocal about the compliance and other burdens associated with [the] regulatory inflation*²⁵³ ». L'une des recommandations faites par la Task force au gouvernement était : « *initiate an independent public review into Australia's consumer protection policy framework and its administration*²⁵⁴ ».

Le gouvernement australien mandate alors la Productivity Commission de « undertake a public inquiry into Australia's consumer policy framework²⁵⁵ ». Cette dernière est une « *important feature of the Australian landscape*²⁵⁶ ». Il s'agit d'un organisme statutaire dont le mandat est de donner des conseils et des informations de manière

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*, p. 18.

²⁵² Commonwealth of Australia, *An Introduction to the Australian Consumer Law*. En ligne : <http://consumerlaw.gov.au/the-australian-consumer-law/consumer-policy-in-australia/resources/an-introduction-to-the-australian-consumer-law/> (Consulté le 5 février 2019).

²⁵³ Regulation Taskforce, *Rethinking Regulation: Report of the Taskforce on Reducing Regulatory Burdens on Business*, 2006, p. i.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 52.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 24.

²⁵⁶ P. PUMFORD, *Regulatory Cooperation*, 2018, p. 152.

indépendante au gouvernement du Commonwealth sur les questions sociales, économiques et environnementales qui affectent les Australiens.

Le rapport de la Productivity Commission publié en 2008 conclut que, malgré les efforts menés dans les années 1980 et 1990, les provisions contenues dans les différentes lois ne sont pas uniformes et des inconsistances existent. La Productivity Commission note qu'il existe des incohérences dans la réglementation, dont :

- *the definition of a 'consumer' and hence coverage of the statutes across jurisdictions ;*
- *standards for what constitutes harassment or coercion and definitions of pyramid selling schemes ;*
- *requirements for door-to-door selling and telemarketing activities ;*
- *enforcement powers available to regulators. (For instance, some have the power to issue warning and infringement notices and notices requiring a trader to substantiate claims or representations) ; and*
- *redress mechanisms for consumers and fines and penalties for breaches of the law.*²⁵⁷

La Productivity Commission note également que, comme susmentionné, plusieurs différences ont émergé après l'adoption du *Trade Practice Act 1974*, créant ainsi de nouvelles inconsistances et différents niveaux de protection du consommateur au sein du marché national. Le rapport prône une plus grande responsabilité du gouvernement fédéral dans la protection du consommateur et conclut que « *Growing divergence in consumer protection regulations goes against the original intent of governments in amending Part V of the Trade Practices Act 1974 in 1983 to have nationally consistent laws*²⁵⁸ ». La Productivity Commission considère ainsi le besoin d'une réforme nationale rapide afin d'éviter que les différences législatives et réglementaires continuent d'augmenter, nuisant ainsi à l'intégration du marché national. D'après la Productivity Commission :

- *Australia's consumer markets are becoming more national in character, with variations in consumer laws and enforcement practices across jurisdictions resulting in unnecessary compliance burdens for businesses and differences in protection for consumers.*
- *Mechanisms to promote responsive policy making within the current multijurisdictional regime have often been ineffectual, leading to lengthy delays in progressing worthwhile consumer reforms.*
- *Given rapidly changing consumer markets, these costs will increase over time.*²⁵⁹

Le 2 octobre 2008, le Council of Australian Governments (COAG), institution principale du fédéralisme collaboratif australien, réuni à Perth, « *agreed to a new national consumer policy framework to enhance consumer protection, reduce regulatory complexity for businesses and encourage the development of a seamless national economy*²⁶⁰ ». Ainsi, en 2009, est signé l'*Intergovernmental Agreement for the Australian*

²⁵⁷ Productivity Commission, 2008, *op. cit.*, p. 18.

²⁵⁸ Regulation Taskforce, 2006, *op. cit.*, p. 51.

²⁵⁹ Productivity Commission, 2008, *op. cit.*, p. 47.

²⁶⁰ Council of Australian Governments, *Intergovernmental agreement for the Australian consumer law*, 2009, recital-A.

Consumer Law (« l'Accord intergouvernemental ») qui pose les modalités de l'adoption d'une loi nationale de protection du consommateur : l'*Australian Consumer Law* (ACL).

Le nouveau cadre national de protection du consommateur « *draws on the recommendations of the Productivity Commission's 2008 Review of Australia's Consumer Policy Framework*²⁶¹ ». L'objectif de cet accord intergouvernemental est présenté dans son Préambule :

*The objective of the new national consumer policy framework is to improve consumer well-being through consumer empowerment and protection, to foster effective competition and to enable the confident participation of consumers in markets in which both consumers and suppliers trade fairly*²⁶²

Pour atteindre cet objectif, six objectifs opérationnels ont été mis en place :

- 1) *to ensure that consumers are sufficiently well-informed to benefit from and stimulate effective competition ;*
- 2) *to ensure that goods and services are safe and fit for the purposes for which they were sold ;*
- 3) *to prevent practices that are unfair ;*
- 4) *to meet the needs of those consumers who are most vulnerable or are at the greatest disadvantage ;*
- 5) *to provide accessible and timely redress where consumer detriment has occurred ; and*
- 6) *to promote proportionate, risk-based enforcement.*²⁶³

L'Accord intergouvernemental prévoit à la section 6 que le texte de l'ACL soit développé « *by the agreement of all the Parties*²⁶⁴ », puis complété et adopté par l'ensemble des législations avant la fin de l'année 2010²⁶⁵. Ainsi, l'ACL se présente comme « une nouvelle vision centralisée de la protection du consommateur sur le territoire australien²⁶⁶ ». L'Australie a donc choisi « la voie de l'adoption d'une loi nationale unique, en vue d'offrir les mêmes protections à l'ensemble des Australiens, peu importe leur région de provenance, tout en éliminant les différences qui existaient entre les lois des différents États et territoires²⁶⁷ ».

L'ACL a remplacé près de 900 provisions dans au moins une vingtaine de lois, par exemple « *legislation adopting the ACL in Queensland simultaneously amended 25 other pieces of legislation, including the Chicken Meat Industry Committee Act 1976 (Qld) and the Tourism Services Act 2003 (Qld)*²⁶⁸ ». L'ACL se présente comme une « harmonisation maximale » du droit de la consommation en Australie. En effet, la section 5 de l'Accord intergouvernemental indique que « *[e]xcept as agreed by the Parties, a Party will not*

²⁶¹ *Ibid.*, recital-B.

²⁶² *Ibid.*, recital-C.

²⁶³ *Ibid.*, recital-D.

²⁶⁴ *Ibid.*, section 1.2.

²⁶⁵ *Ibid.*, section 3.2.

²⁶⁶ Union des consommateurs, 2015, *op. cit.*, p. 33.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 6

²⁶⁸ Productivity Commission, *Consumer Law Enforcement and Administration*, 2017, p. 43.

*submit a Bill to its legislature which would be inconsistent with or alter the effect of the Australian Consumer Law*²⁶⁹ ».

À titre de mécanisme de contrôle de la transposition, le Ministerial Council on Consumer Affairs (MCCA) a eu pour mandat de développer un processus de révision afin d'identifier toute incohérence entre l'ACL et les lois des États et des territoires²⁷⁰ assurant qu'aucune inconsistance ne subsisterait. Le MCCA est devenu le Legislative and Governance Forum on Consumer Affairs (CAF), une institution qui vient soutenir le cadre créé par l'Accord intergouvernemental : « *CAF's role is to undertake the functions under the Inter-Governmental Agreement for the Australian Consumer Law, the Trans-Tasman Mutual Recognition Act, the Mutual Recognition Act 1992, or delegated by the Council of Australian Governments (COAG) on CAF*²⁷¹ ». Il se réunit généralement deux fois par an²⁷² et ses autres comités peuvent se rencontrer de manière régulière au long de l'année.

Notons aussi que les relations avec la Nouvelle-Zélande ont également donné naissance au Consumer Affairs Australia & New Zealand (CAANZ), le principal forum de coopération et de coordination entre les organismes réglementaires de l'ACL. Le CAANZ est un forum entre les différentes agences chargées de la protection du consommateur en Australie et en Nouvelle-Zélande. Le CAANZ « *brings together senior officers of the commonwealth, state, territory and New Zealand consumer affairs and fair trading agencies at least three times per year. Three committees meet on a monthly basis to provide support to CAANZ*²⁷³ ».

Ainsi, si le COAG détient le pouvoir décisionnel, le CAF et le CAANZ sont les institutions qui permettent d'assurer une coopération en matière de réglementation continue entre les différents gouvernements. Comme précisé ci-dessus, l'ACL a été développé « *by the agreement of all the Parties*²⁷⁴ » mais sa modification est basée sur un système de vote à la majorité qualifiée. En effet, l'Entente intergouvernementale contient un mécanisme qui permet de modifier le contenu de l'ACL par vote (ou, dans le cas d'une modification mineure, par une intervention du Commonwealth). C'est le Commonwealth qui est chargé de coordonner le processus.

Selon les sections 8 et 9 de l'Accord intergouvernemental, les Parties peuvent proposer d'amender l'ACL en transmettant au Commonwealth et autres Parties un « *valid proposal*²⁷⁵ » qui :

²⁶⁹ Council of Australian Governments, 2009, *op. cit.*, section 5.

²⁷⁰ *Ibid.*, section 3.2.

²⁷¹ Legislative and Governance Forum on Consumer Affairs et Consumer Affairs Australia and New Zealand (2015), *Charter 2015-2017*, p. 15.

²⁷² En ligne : <http://consumerlaw.gov.au/consumer-affairs-forum/> (Consulté le 24 février 2019).

²⁷³ Productivity Commission, 2017, *op. cit.*, p. 53.

²⁷⁴ Council of Australian Governments, 2009, *op. cit.*, section 1.2.

²⁷⁵ *Ibid.*, section 8.

- 9.1. include a description of the problem to be addressed by the proposal ;
- 9.2. include a description of the key features of the legislative provisions by which it is proposed to address that problem ;
- 9.3. include a discussion of alternative methods of addressing the problem, including non-regulatory methods ; and
- 9.4. provide supporting material that, so far as practical, complies with the Commonwealth's best practice regulation requirements, including by provision of a draft Regulation Impact Statement, if required.²⁷⁶

Le Commonwealth doit ensuite, dans les 4 mois suivant le dépôt de la demande d'amendement, commencer une consultation avec les Parties. Ces dernières ont 3 mois pour répondre à la proposition. Le Commonwealth peut également proposer, de sa propre initiative, des amendements. Dans ce cas, il est aussi tenu de consulter les Parties, mais aucun délai n'est prescrit. Si l'amendement est mineur, conformément à la section 13, le Commonwealth n'est pas tenu de consulter les Parties mais doit donner « *sufficient notice of its intention to make such amendments* ». Si quatre Parties estiment que l'amendement n'est pas mineur, elles ont 21 jours pour transmettre leur avis, ce qui soumettra l'amendement à un vote.

À la fin de la période de consultation, un vote sera lancé sur l'amendement. Les Parties ont 35 jours pour voter et toute Partie qui s'abstient de voter est considérée en faveur. Aucun amendement ne sera proposé au Parlement du Commonwealth pour ratification si le gouvernement fédéral ainsi que quatre autres Parties à l'Accord intergouvernemental (dont au moins 3 États) n'ont pas approuvé l'amendement. L'Accord intergouvernemental est cependant soumis à la Constitution australienne et reste ainsi volontaire : les juridictions ont délibérément choisi de transférer une partie de leur souveraineté à l'échelon fédéral, mais les parties peuvent se retirer à tout moment de l'accord. Un retrait est effectif 6 mois après sa notification.

Pour l'administration et l'application de l'ACL, le COAG a choisi un modèle basé sur la participation de multiples organismes de réglementation. Selon la section 48 de l'Entente intergouvernementale, les gouvernements devaient également coopérer avec la Nouvelle-Zélande :

Parties will review in due course with New Zealand the potential benefits,[...] of participation by New Zealand in the Memoranda of Understanding referred to in clause 21, for the purpose of providing for improved communication, cooperation and coordination between the administration and enforcement of consumer law in Australia and New Zealand.

Et, en effet, la New Zealand Commerce Commission et le New Zealand Ministry of Consumer Affairs sont parties au Protocole d'entente signé en 2010²⁷⁷ entre les différentes agences chargées de l'application et de l'administration de l'ACL.

²⁷⁶ *Ibid.*, section 9.

²⁷⁷ Australian Consumer Law, *Memorandum of Understanding*, 2010.

Notons que l'ACL vient compléter le mécanisme de reconnaissance mutuelle en intégrant une manière d'interdire, de façon intérimaire, certains produits ou d'établir des normes obligatoires. En effet, la section 28 donne aux juridictions « *the power to develop and implement interim product bans within their respective jurisdictions*²⁷⁸ » qui s'appliquent automatiquement dans leur juridiction. Notons également que, contrairement à l'Union européenne et sa directive sur la sécurité des produits de consommation²⁷⁹ qui impose aux producteurs l'obligation de ne « mettre sur le marché que des produits sûrs²⁸⁰ », il n'existe aucune provision horizontale dans l'ACL qui permet de garantir la sécurité des produits. En effet, la sécurité des produits est réglementée par la partie 3-3²⁸¹ de l'ACL et ne permet d'appliquer des standards de sécurité que pour des produits ou services « *of a particular kind*²⁸² ».

Selon les sections 120 et 121 de l'ACL, les produits temporairement interdits en vertu de l'ACL sont également, automatiquement, considérés comme des exceptions au MRA et au TTMRA. Cet ajout a été fait après les recommandations de la Productivity Commission en 2009²⁸³.

Soulignons en terminant que la Productivity Commission a récemment publié un constat sur l'évolution de l'ACL dans un rapport intitulé *Consumer Law Enforcement and Administration*. Le rapport est semblable à celui qu'elle avait publié en 2008 et qui avait engendré l'harmonisation du droit de la consommation en Australie. Dans ce rapport, paru en 2017, la Productivity Commission reconnaît que l'ACL a permis une réduction significative des différences entre les juridictions, mais conclut que le système de protection du consommateur en Australie est encore trop complexe : « *[i]t includes generic consumer laws and the bodies that administer and enforce them, complemented by a multitude of product- and industry-specific consumer protection regulation and licensing regimes*²⁸⁴ ».

Une grande partie de cette complexité est attribuée à l'utilisation du modèle basé sur la participation de multiples organismes de réglementation. En effet, la Commission a noté que, même s'il n'y a une politique nationale du consommateur, le modèle choisi implique de nombreux organismes et agences de réglementation, ce qui crée des obstacles : « *With 10 regulators involved at different levels of government, there are risks of gaps or overlaps in investigations and enforcement, and of inconsistent approaches to interpreting, administering and applying the law*²⁸⁵ ».

²⁷⁸ Council of Australian Governments, 2009, *op. cit.*, section 28.

²⁷⁹ Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, JO L 11 du 15.1.2002, p. 4-17.

²⁸⁰ Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, JO L 11 du 15.1.2002, p. 4-17, art. 3.1.

²⁸¹ *Competition and Consumer Act 2010*, C2018C00437, Schedule 2, sections 104 à 133.

²⁸² *Ibid.*, section 104.

²⁸³ Productivity Commission, *Mutual Recognition Schemes*, 2009, p. XXIX.

²⁸⁴ Productivity Commission, 2017, *op. cit.*, p. 39.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 34.

La Commission note par exemple que l'État de Victoria a établi un organisme réglementaire indépendant - Energy Safe Victoria - « *to oversee the design, construction and maintenance of electricity, gas and pipeline networks to ensuring gas and electrical appliances meet safety and energy efficiency standards*²⁸⁶ ». La Productivity Commission note tout de même que « *[t]he multiple-regulator model for the ACL appears to be operating reasonably effectively given the intrinsic challenges in having 10 regulators administer and enforce one law* ».

La participation du consommateur

Dans son rapport paru en 2008, la Productivity Commission soulignait qu'il était important que les consommateurs puissent faire entendre leur voix et leurs préférences en matière de politique publique :

*Another element of consumer empowerment is the ability of consumers to influence government policies that affect them. Advocacy is one means of providing consumers with such influence. Most obviously, it can help to identify problems faced by consumers that may warrant government action[...], and to ensure that policy makers properly consider the effects of policy proposals on consumers. Several participants argued that robust consumer advocacy is also particularly important to counter what they perceived as the better-resourced and more powerful voice of business.*²⁸⁷

La Task Force établie en 2006 avait également souligné qu'un sondage mené en 2005 par l'Australian Public Service Commission avait révélé que seulement 25 % des agences de réglementation consultent le public lorsqu'elles élaborent des réglementations²⁸⁸. La Task Force remarquait ainsi que :

Consultation practices for developing regulations seem to vary appreciably, for no apparent reason. At one extreme, some regulatory bodies have stringent consultation requirements formally laid down in legislation or guidelines. At the other extreme, there appears to be almost total discretion in many areas of government regarding if and when to consult. This has led to a patchy record of consultation that has often not been commensurate with the potential impact of a regulation.

Dans son rapport de 2008, la Productivity Commission tire plusieurs conclusions sur l'état de la participation des consommateurs aux politiques publiques et à la réglementation. Elle note que le gouvernement peut aller plus loin pour améliorer la confiance des consommateurs et leur *empowerment* au sein des marchés. Elle note notamment que le manque de confiance des consommateurs peut être dû à « *a limited individual capacity to affect consumer policy*²⁸⁹ ». Sur la représentation des consommateurs dans les politiques et la recherche sur les politiques du consommateur, la Productivity Commission remarque que « *[g]overnment funding explicitly for the*

²⁸⁶ Productivity Commission, 2017, *op. cit.*, p. 58.

²⁸⁷ Productivity Commission, 2008, *op. cit.*, p. 274.

²⁸⁸ Regulation Taskforce, 2006, *op. cit.*, p. 152.

²⁸⁹ Productivity Commission, 2008, *op. cit.*, p. 259.

*purposes of policy advocacy is limited*²⁹⁰ » et soutient qu'il y a « *a case for additional government support*²⁹¹ ».

Dans ce rapport, la Productivity Commission présente également certaines préoccupations des associations de consommateurs et d'organisations communautaires sur les dispositions en matière de participation des consommateurs à l'élaboration de politiques publiques et à la réglementation. La Consumers' Federation of Australia (CFA), la plus grande association d'Australie avec environ 40 organisations réunies en son sein, explique notamment que les approches pour la participation des consommateurs divergent d'une agence à l'autre et d'un État à l'autre. Le Consumer Action Law Centre, lui, explique : « *A key missing link in Australian consumer policy is the inability for governments and other decision-makers to meaningfully consult consumer representatives* ».

La Productivity Commission reconnaît que « *consumers have not always had opportunities to make meaningful policy input*²⁹² ». CHOICE, l'association de consommateurs la plus connue en Australie, explique que si les gouvernements proposent régulièrement aux associations de consommateurs de participer à l'élaboration de politiques et de mesures réglementaires, les organisations, quant à elles, sont souvent financées pour des services autres que des plaidoyers, « *or do not receive government funding at all* ». Sur ce point, comme le dit la Productivity Commission :

As well as having opportunities to contribute to policy making, consumers or their representatives also need to have the means — time, money and know-how — if they are to make input that is effective.

Néanmoins, CHOICE « *receives no government funding and yet is able to make high quality and influential contributions on a range of policy matters* ». Elle obtient une grande partie de son financement de contributions volontaires par des individus, mais aussi des abonnements et des ventes de son magazine qui contient des tests et des comparaisons de produits. Sa place dans le débat public est influente mais elle n'a pas toujours les ressources nécessaires pour répondre aux appels du gouvernement.

Comme l'association résume :

This demand for our input demonstrates a real need expressed by government and parliamentary inquiries for consumer advocacy. It is time that appropriate advocacy was funded at a level sufficient to meet this need.

Outre la représentation des intérêts des consommateurs et leur participation à la politique publique, la Productivity Commission s'est également intéressée à l'état de la recherche sur les questions de consommation. Elle était, en 2008, arrivée à la conclusion

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 279.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 279.

²⁹² *Ibid.*, p. 277.

qu'il fallait que le gouvernement établisse et finance un Centre de recherche national sur le consommateur (National Consumer Policy Research Centre), tout en octroyant un financement supplémentaire pour soutenir des activités de recherche sur des problèmes spécifiques de la politique du consommateur.

Suite aux recommandations de la Productivity Commission, en 2009, l'Entente intergouvernementale souligne l'importance de la recherche et de la participation des consommateurs. D'après la section 47 de celle-ci, les Parties à l'accord « *recognize the importance of evidence-based policy supported by robust research and effective stakeholder advocacy*²⁹³ ». La section 47 prévoit en outre que le Commonwealth travaille avec les États et territoires « *to develop further the effectiveness of consumer representation and consumer policy research nationally* ». La même année, le gouvernement fédéral a consulté sur la question du financement des associations de consommateurs et sur la possible création d'un Centre de recherche national. Malgré les nombreux plaidoyers reçus, aucune action n'a été entreprise²⁹⁴.

Depuis 2008, le financement s'est fait de manière *ad hoc*. La Productivity Commission note, par exemple, que « *in 2014 consumer affairs ministers approved the provision of a consumer advocacy and research grant to CHOICE to fund the development of a Consumer TravelHub*²⁹⁵ ». Le gouvernement du Commonwealth a ainsi versé une bourse de 2,8 M \$ sur quatre ans à CHOICE « *to undertake a mix of research, tailored information, education campaigns and advocacy to improve the experiences of consumers in the travel market* ».

En 2017, la situation ayant peu changé, la Productivity Commission conclut :

There do not appear to have been any general developments since 2008 that would challenge the economic basis for the Commission's recommendation to increase funding. For example, while social media has significantly changed the way consumers are able to voice their concerns, it is not a substitute for organized and informed consumer advocacy. Being able to make an effective contribution to the policy debate requires time, resources and know-how.

Les différentes associations telles que la CFA ont assuré qu'elles aimeraient participer à plus de processus gouvernementaux, mais leur manque de ressources les oblige à sélectionner les sujets à prioriser. En 2016, la CFA a décliné plus de 15 demandes de contribution à des processus politiques ou réglementaires à cause du manque de ressources. La CFA a également souligné le besoin d'un « *funded peak body with capacity to both coordinate diverse consumer organisations as well as undertake or commission consumer research will facilitate better consumer policy outcomes, because the consumer interest will be strongly articulated in policy debates*²⁹⁶ ». Consumer Action, une autre organisation de consommateurs, commenta que les

²⁹³ Council of Australian Governments, 2009, *op. cit.*, section 47.

²⁹⁴ Productivity Commission, 2017, *op. cit.*, p. 213.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 216.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 217.

recommandations de la Productivity Commission de 2008 n'avaient tout simplement pas été mises en œuvre.

5 Discussion

Nous avons illustré tout au long de ce rapport que la protection des consommateurs doit être considérée comme une partie intégrante des activités de CRI. Non seulement il est important que la CRI ne se fasse pas au détriment des consommateurs, mais elle peut même devenir un outil privilégié, comme le prévoient les Principes directeurs des Nations Unies, pour l'harmonisation à la hausse des lois et règlements qui protègent les consommateurs. En effet, la protection des consommateurs doit être considérée comme une manière de renforcer la confiance des consommateurs dans le marché et non comme une simple barrière au commerce.

L'accélération des activités de CRI semble inévitable avec l'interconnexion toujours grandissante des économies. Nous l'avons montré à plusieurs reprises, le Canada est fortement engagé dans cette voie. L'AECG, que le Canada a établi avec ses partenaires européens, est particulièrement novateur et fait de la CRI une de ses priorités. L'ALEC, quant à lui, est né d'un désir d'accélérer la conciliation et la coopération réglementaire entre les provinces. Et c'est sans compter les nombreuses autres initiatives de CRI auxquelles participe le Canada.

Notre analyse des dispositions juridiques de l'AECG, de l'ALEC et du CCR démontre que le Canada et ses partenaires commerciaux mettent l'accent sur la réduction des barrières non-tarifaires dans l'objectif d'accroître la croissance économique et de favoriser l'innovation alors que les enjeux sont « tout, sauf strictement commerciaux²⁹⁷ ». Toutefois, la présence d'articles garantissant le maintien de niveaux de protection des consommateurs est rassurante. Par exemple, l'instrument interprétatif de l'AECG précise que l'accord ne pourra pas avoir pour effet d'affaiblir les normes et réglementations concernant la protection des consommateurs.

D'autres provisions sont également encourageantes pour les consommateurs. L'ALEC, par son article 400, ouvre la porte à un renforcement des mesures réglementaires visant la protection des consommateurs. De plus, l'accord reconduit le CMC qui a permis par le passé la conclusion d'accords d'harmonisation entre les provinces renforçant la protection du consommateur à travers le Canada. **Toutefois, nous constatons que l'ALEC ne donne pas le même élan que son prédécesseur aux travaux du CMC et, plus largement, aux initiatives de CRI en matière de protection des consommateurs. Soulignons également l'objectif fixé pour la CRI dans l'AECG qui va au-delà des priorités économiques. D'ailleurs, le plan de travail adopté par le FCR illustre l'ouverture des parties à discuter d'enjeux de protection des consommateurs comme la cybersécurité ou encore la sécurité des produits.**

²⁹⁷ C. DEBLOCK, *L'Accord Économique et Commercial Global : Un accord mal compris mais pourtant novateur*, 2018, p. 98.

La confiance des consommateurs dans les activités de CRI du Canada et des provinces ne sera toutefois garantie que si les dispositions législatives des traités et ententes sont accompagnées d'un processus de consultation des intervenants qui soit transparent et permette une représentation équilibrée des intérêts. Nous l'avons vu, l'implication des intervenants, dont les associations de consommateurs, tout au long du processus est considérée par les experts comme une pratique incontournable.

À cet égard, il est satisfaisant de constater que le Canada s'est doté, avec la *Directive du Cabinet sur la réglementation*, d'exigences claires en la matière qui requièrent des ministères et organismes fédéraux la consultation des parties intéressées. **En ce sens, il faut souligner la création du Comité consultatif externe sur la compétitivité réglementaire et la participation à titre de membre du CCC²⁹⁸**. Cependant, c'est dans la pratique que le bât blesse comme illustré par les résultats des consultations des trois initiatives étudiées dans ce rapport. La participation des associations de consommateurs est en effet demeurée marginale, notamment en regard de la participation des groupements sectoriels d'entreprises.

La raison est simple : les associations de consommateurs du Canada n'ont pas les ressources à leur disposition pour développer l'expertise nécessaire à la compréhension des enjeux complexes soulevés par la CRI et la capacité de se mobiliser rapidement lorsque les processus de consultation surviennent. Cette situation est exacerbée par la multiplication des partenaires commerciaux et par des enjeux de consommation qui se mondialisent, comme le commerce électronique ou la protection des renseignements personnels.

Cette situation n'est pas nouvelle et a été largement documentée dans le passé. Par exemple, Bruce Doern, professeur émérite à l'Université de Carleton, notait dès 2006 le problème du « passager clandestin²⁹⁹ » qui limite le financement du mouvement des consommateurs par un système d'adhésion de membres. À l'époque, il soulignait que « *Both set of players [ministères et organismes fédéraux et associations de consommateurs] agree that consumer input overall is very thin, relative to the modern challenges of markets and technological change and to the global and networked nature of markets and hence of consumer interests and consumer lobbying and input. Both see the need for increased funding for consumers associations as a partial counterweight and voice to business and producer interests who are infinitely better funded, can play the long game of lobbying to a much greater extent, and whose lobbying expenses are typically tax deductible³⁰⁰* ».

Comme nous l'avons montré en analysant les cas de l'Union européenne, de la Suisse et de l'Australie, l'enjeu de l'harmonisation de la protection des consommateurs et de la

²⁹⁸ En ligne : <https://www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/gestion-reglementation-federale/comite-consultatif-externe-competitivite-reglementaire.html> (Consulté le 15 décembre 2019).

²⁹⁹ Communément appelé « *Free-rider problem* ».

³⁰⁰ G. B. DOERN, *The Adequacy of Consumer Input in Federal Policy Processes*, 2006, p. 52.

participation des associations de consommateurs à la CRI n'est pas unique au Canada. Ces trois juridictions ont mené, au fil des années, plusieurs réformes réglementaires visant à harmoniser la réglementation concernant la protection des consommateurs. Bien que l'analyse montre que les disparités réglementaires subsistent, les initiatives de ces États démontrent la place centrale qui doit être accordée aux consommateurs en matière de CRI.

L'Union européenne et la Suisse reconnaissent, en particulier, l'importance du pluralisme politique et **la compétence des associations de consommateurs en matière de politiques publiques et de commerce, ce qu'elles traduisent par un financement annuel de leur mission permettant ainsi d'exercer leur influence**. Par exemple, transposé à l'échelle du Canada, le financement européen représenterait environ 3 M\$ par année³⁰¹, ce financement permettrait aux associations de consommateurs de se regrouper, comme illustré par l'existence du BEUC en Europe, et de participer **plus activement** aux activités de CRI.

Évidemment, les modèles étrangers de coopération réglementaire en matière de protection des consommateurs et de financement des organismes ne peuvent être calqués parfaitement au Canada qui dispose d'institutions et d'une culture qui lui est propre. Par exemple, l'existence de lois provinciales importantes dans certaines provinces laisse difficilement entrevoir l'adoption d'une loi nationale comme en Australie. Toutefois, il y a là plusieurs éléments desquels le Canada pourrait s'inspirer.

Nous l'avons mentionné préalablement, les activités de CRI devraient continuer à se multiplier dans les années à venir. L'existence de divergences réglementaires importantes au Canada montre tout le chemin qu'il reste à parcourir. Il y a là une opportunité à saisir pour les gouvernements et les associations de consommateurs du Canada. **Comme le souligne Hale, une attention politique de haut niveau est peut-être nécessaire pour initier et soutenir le momentum des activités de CRI³⁰². C'est le cas, selon nous, en matière de protection des consommateurs.**

Ainsi, nous formulons ci-dessous une série de recommandations qui vise à assurer dans l'avenir une participation équilibrée des intervenants, à maintenir les acquis et à faire progresser la protection des consommateurs à l'aide des activités de CRI.

Nous recommandons donc que :

- **Le SCT et les ministères et organismes canadiens fassent une de leurs priorités de l'harmonisation à la hausse de la protection des consommateurs dans le cadre de l'ensemble des activités de CRI.**

³⁰¹ Par habitant canadien, environ 0,075 dollar.

³⁰² G. HALE, *op. cit.*, p. 141.

- **Le gouvernement du Canada assure le financement pluriannuel nécessaire au développement de l'expertise et à la mobilisation des associations de consommateurs du Canada, à l'image de l'Union européenne et de la Suisse, afin qu'elles puissent participer aux activités de CRI.**

- **Le CMC considère de nouvelles initiatives de conciliation et d'harmonisation réglementaires en matière de protection des consommateurs, notamment par :**
 - **La réalisation d'un inventaire complet des divergences réglementaires en matière de protection des consommateurs dans les provinces et territoires canadiens.**
 - **La création d'un groupe de travail, constitué entre autres des principales associations de consommateurs du Canada, afin d'établir les priorités en matière d'harmonisation réglementaire.**
 - **L'utilisation d'outils pour analyser l'impact des modifications réglementaires sur les consommateurs canadiens et s'assurer de l'augmentation de la protection offerte aux consommateurs.**
 - **La création d'un comité de révision afin de s'assurer de la mise en place des accords d'harmonisation.**

- **Un comité consultatif soit créé dans le cadre du FCR afin de regrouper les associations de consommateurs du Canada et établir les futures priorités d'harmonisation réglementaire avec l'Union européenne.**

- **Dans le cadre de l'AECG, que soit considéré, à plus long terme, la création d'un comité spécialisé en matière de la protection des consommateurs sous l'auspice du Comité mixte.**

Annexe 1 – Survol de l’historique de l’intégration des politiques de protection du consommateur dans l’Union européenne

L’Union européenne est une organisation supranationale et intergouvernementale *sui generis*. Elle réunit 28 pays³⁰³ dans la poursuite d’objectifs économiques et politiques communs. À travers l’objectif de créer un marché unique à l’intérieur de ses frontières, l’Union européenne a, depuis longtemps, identifié la coopération réglementaire comme nécessaire à la réalisation d’un marché intérieur par l’intégration des différents marchés nationaux présents à l’intérieur de ses frontières. Si les prémisses de cette coopération réglementaire se trouvent dans le Traité de Rome, aujourd’hui, elle est institutionnalisée et bien entérinée dans le droit communautaire.

Nous allons le voir, l’intégration des marchés, la création du marché unique et la coopération réglementaire au sein de l’Union européenne ont, en grande partie, été poussées par les institutions que les États membres ont créé dans le but d’établir un marché commun. L’Europe s’est donc construite, à bien des égards, comme une fédération d’États. Comme le remarque, dès 1964, la Cour de Justice de l’Union européenne³⁰⁴ (CJUE) :

en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d’institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d’une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoir réels issus d’une limitation de compétence ou d’un transfert d’attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes.³⁰⁵

Les États membres ont donc, dès la création de la Communauté économique européenne, accepté un transfert de compétences au profit des organes de l’Union européenne qui devaient faciliter l’intégration économique.

L’Union européenne, parvenue très loin dans son processus d’intégration, cherche maintenant à connecter son marché à de nouveaux partenaires. Il ne s’agit donc plus de créer une proximité politique tout en créant un marché commun, mais de faciliter la connexion des marchés entre eux autour de certains secteurs « avec le résultat que les accords régionaux se superposent, se croisent, s’enchevêtrent pour donner cette image bien connue d’un bol de spaghettis³⁰⁶ ».

³⁰³ 27 une fois le processus du Brexit accompli.

³⁰⁴ Anciennement connue sous le nom de Cour de justice des Communautés européennes.

³⁰⁵ *Costa v. ENEL*, 6/64, [1964] E.C.R. 1141, p. 1159.

³⁰⁶ M. ARÈS, É. BOULANGER et C. DEBLOCK, *Intégration ou interconnexion?*, 2016, p. 2.

Le consommateur dans le Traité de Rome

La protection du consommateur n'était pas une priorité lors de la formation du bloc régional européen. Le *Traité de Rome instituant la Communauté Économique Européenne* (Traité de Rome) n'avait que quelques provisions qui mentionnaient le consommateur. On peut relever l'article 39(1)(e) qui donne pour but de la politique agricole commune « d'assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs » ; l'article 40(3) qui exclut « toute discrimination entre producteurs ou consommateurs de la Communauté » dans l'organisation commune des marchés agricoles ; et l'article 85(3) permettant aux entreprises de déroger à l'interdiction de passer des accords si, entre autres, elles réservent « aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ».

Notons également l'article 86 qui interdit les pratiques abusives, consistant notamment à « a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ; b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; » ou l'article 92(2)(a) identifiant « les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits » comme « compatibles avec le marché commun ». Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, ces articles ont été reconduits, devenant respectivement les articles 33, 34, 81, 82 et 87.

Outre le lien direct qui peut être établi entre la protection du consommateur et le marché commun, le préambule du *Traité de Rome* ouvrait également la voie à une coopération dans ce domaine entre les États signataires qui se donnaient « pour but essentiel à leurs efforts l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi de leurs peuples³⁰⁷ », tandis que son article 2 donne pour mission à la Communauté économique européenne « de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit³⁰⁸ ».

Toujours est-il que la protection du consommateur n'était pas directement prévue comme tombant dans la compétence de la Communauté, puisque « [l]a protection des consommateurs était loin des préoccupations des États lors de la signature dudit traité³⁰⁹ ». Ainsi, aucune disposition du Traité de Rome ne donnait les pouvoirs de créer une structure juridique pour la protection des consommateurs sur le marché commun : le présupposé était que les consommateurs bénéficieraient de l'intégration européenne à travers un marché plus efficient et plus compétitif.

³⁰⁷ Traité de Rome de 1957, préambule.

³⁰⁸ *Ibid.*, art. 2

³⁰⁹ Union des consommateurs, *Levée des Barrières au Commerce Intérieur et Protection du Consommateur : l'exemple de l'Union Européenne*, 2015, p. 26.

Aujourd'hui pourtant, un large éventail d'instruments a été déployé au sein de l'Union européenne pour assurer la protection du consommateur et de ses droits. Il convient d'analyser comment cette reconnaissance de l'importance de la protection du consommateur pour l'Europe s'est faite. Nous verrons que l'intérêt de la protection du consommateur pour le droit européen est né de la rencontre entre le besoin d'abolir les barrières non tarifaires au commerce et celui de promouvoir une Europe à visage humain.

La Communauté économique européenne et le principe du *Cassis de Dijon*

Le Traité de Rome illustre le désir des États de la Communauté économique européenne d'instituer une zone de libre-échange où la circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux ne rencontre pas d'obstacles. En effet, à son article 3, le traité donne comme domaine d'action de la Communauté « l'élimination, entre les États membres, des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, ainsi que de toutes autres mesures d'effet équivalent³¹⁰ ». L'article 3 présente également l'objectif de la Communauté: « l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux³¹¹ ». D'après la jurisprudence de la CJUE, l'absence de ces obstacles est la caractéristique intrinsèque du « marché intérieur³¹² ». Cet objectif va guider l'évolution du droit de la consommation au sein du bloc régional.

Les articles 30 à 34 du Traité de Rome sont parmi les plus significatifs pour l'instauration du marché intérieur en Europe. Ils disposent notamment que :

Article 30.

Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent sont interdites entre les États membres, sans préjudice des dispositions ci-après.

Article 31.

Les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouvelles restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent.

Article 34.

1. Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres.

Ces dispositions sont cependant sujettes à des exceptions qui sont énumérées à l'article 36 dudit traité. En tant que dérogation à la règle d'application générale, et suivant la maxime juridique *exceptio est strictissimae interpretationis*, la CJUE a interprété l'article 36 du Traité de Rome de 1957 de manière stricte. Ainsi, d'après la CJUE, « les exceptions qu[e l'article 36] énumère ne peuvent être étendues à des cas autres que

³¹⁰ *Traité de Rome de 1957, op.cit.*, art. 3a.

³¹¹ *Ibid.*, art. 3.c.

³¹² *République fédérale d'Allemagne contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-406/01, [2002] E.C.R. I-04561, point 82.

ceux limitativement prévus³¹³ ». Or, « ni la défense des consommateurs, ni la loyauté des transactions commerciales n'étant mentionnées parmi les exceptions figurant à l'article 36, il apparaît que ces raisons ne peuvent être invoquées — en tant que telles — dans le cadre dudit article³¹⁴ ».

Très rapidement, la CJUE, mandatée par l'article 164 du traité d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité » a dû interpréter l'expression « mesures d'effet équivalent » que l'on retrouve notamment dans les articles 30, 31 et 34 du traité.

En 1972, dans l'affaire *Procureur du Roi c. Dassonville*, la CJUE considère que « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives³¹⁵ ». Ainsi, cette affaire fait de certaines réglementations nationales des mesures à éliminer. Dans cette décision qui fait date, la CJUE interprète donc, de manière très libérale, l'expression « mesure d'effet équivalent ».

C'est, en effet, une interprétation bien plus large que celle donnée, par exemple, par la Cour suprême du Canada à l'article 121 de la *Loi constitutionnelle canadienne* dans l'affaire *Comeau*³¹⁶. D'après la Cour suprême du Canada, les « mesures semblables » sont celles qui entravent « de par leur essence et leur objet » la circulation des biens, tandis que, d'après la CJUE, les « mesures d'effet équivalent » sont celles qui sont « susceptible[s] » d'entraver « directement ou indirectement », « actuellement ou potentiellement », le commerce intracommunautaire. Ces différences peuvent s'expliquer notamment par le fait que contrairement au *Traité de Rome*, la *Loi constitutionnelle* n'avait pas pour objectif principal l'instauration d'un marché commun mais plutôt la délimitation des compétences entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et territoriaux.

L'année 1979 marque un tournant dans l'approche de la réglementation en Europe, mais également pour la protection du consommateur, avec l'affaire du *Cassis de Dijon*³¹⁷. Dans cette affaire, la CJUE va non seulement réinterpréter l'article 30 en proposant de nouvelles dérogations qui lui sont intrinsèques (c'est-à-dire indépendamment de l'article 36), mais elle va également poser les bases du principe de reconnaissance mutuelle en Europe au travers du principe du *Cassis de Dijon*.

Dans sa décision, la CJUE explique que :

³¹³ *Commission v. Ireland*, 113/80, [1981] E.C.R. 1625, point 7.

³¹⁴ *Ibid.*, point 8.

³¹⁵ *Procureur du Roi contre Benoît et Gustave Dassonville*, 8/74, [1974] E.C.R. 00837, point 5.

³¹⁶ *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, para. 53.

³¹⁷ *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, [1979] E.C.R. 00649.

[...] les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs;

[...] les prescriptions relatives à la teneur alcoolique minimum des boissons spiritueuses ne poursuivent pas un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises, qui constitue l'une des règles fondamentales de la Communauté;

Ainsi, la CJUE considère de nouvelles dérogations aux règles fondamentales de la Communauté européenne. Ces exceptions doivent être nécessaires pour satisfaire à des « exigences impératives » ou poursuivre « un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation ». Ces dérogations sont donc soumises au test de « nécessité » et de « proportionnalité³¹⁸ » et, bien sûr, ne doivent pas être de nature discriminatoire ou une restriction déguisée au commerce. La CJUE offre ainsi de nouvelles voies pour préserver la souveraineté des États en matière de réglementation.

On notera que, parmi les « exigences impératives » qui permettent de déroger au principe de libre circulation, la CJUE cite la « défense des consommateurs ». Si le droit du consommateur n'empêche pas intrinsèquement le libre-échange, il peut facilement entraver le commerce, notamment en imposant aux entreprises de se conformer aux différentes règles. En l'absence de toute mention du consommateur dans l'article 36, son inclusion parmi les exceptions possibles à l'article 30 était donc la bienvenue. Ainsi, il découle de *l'affaire du Cassis de Dijon* que, si une mesure équivalant à une restriction quantitative est mise en place, elle peut être justifiée notamment au regard de la protection de la santé publique ou du consommateur³¹⁹.

Suite à cette affaire, les intérêts du consommateur ont été invoqués à plusieurs reprises pour justifier certaines mesures qui allaient à l'encontre du principe du marché intérieur, avec plus ou moins de succès. La défense du consommateur a, par exemple, été invoquée ultérieurement dans l'affaire *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*. En effet, une interdiction du « *cold calling* » privait la compagnie Alpine Investments d'une « technique rapide et directe de publicité et de prise de contact avec des clients potentiels se trouvant dans d'autres États membres ». Le gouvernement néerlandais justifiait cette interdiction par le consommateur, ce dernier devant être protégé des « modes de démarchage les plus agressifs ». La CJUE conclut qu'« il n'apparaît pas que l'interdiction du “cold calling” soit disproportionnée par rapport à l'objectif qu'elle poursuit » et que « le fait qu'un État membre impose des règles moins strictes que celles imposées par un autre État membre ne signifie pas que ces dernières

³¹⁸ Ces tests peuvent être résumés comme suit : une mesure « n'est compatible avec le principe de la libre circulation de marchandises prévu par le traité qu'à la condition que les entraves éventuelles qu'elle cause aux échanges intracommunautaires n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif visé et que cet objectif soit justifié au regard du droit communautaire. » *Cinéthèque c. Fédération nationale des cinémas français*, 61/84, [1985] E.C.R. 02605, para. 22.

³¹⁹ *Officier van justitie contre Koninklijke Kaasfabriek Eysen BV.*, 53/80, [1981] E.C.R. 00409, para. 15.

sont disproportionnées et, partant, incompatibles avec le droit communautaire ». La mesure était donc considérée comme nécessaire et proportionnelle pour satisfaire à l'exigence impérative de défendre les consommateurs néerlandais et ainsi déroger à la règle fondamentale du libre-échange.

La deuxième raison de l'importance de l'affaire du Cassis de Dijon tient au fait qu'il en découle le principe de reconnaissance mutuelle, aujourd'hui encore en vigueur en Europe. Ce principe est résumé par la CJUE quelques années plus tard:

en l'absence de réglementation commune de la production et de la commercialisation d'un produit, il appartient aux États membres de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la production, la distribution et la consommation de celui-ci, à la condition toutefois que ces réglementations ne fassent pas obstacle ... au commerce intracommunautaire » et que « ce ne serait que lorsqu'une réglementation nationale indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés pourrait être justifiée comme étant nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives tenant en particulier à ... la défense des consommateurs et à la loyauté des transactions commerciales qu'elle pourrait déroger aux exigences découlant de l'article 30³²⁰.

Suite à l'arrêt de la Cour, la Commission a publié une communication³²¹, dans laquelle elle présente le principe qui en découle :

Tout produit importé d'un État membre doit être en principe admis sur le territoire de l'État membre importateur s'il est légalement fabriqué, c'est-à-dire s'il est conforme à la réglementation et aux procédés de fabrication loyaux et traditionnels du pays d'exportation, et commercialisé sur le territoire de ce dernier.

La Commission réitère également les dérogations possibles, c'est-à-dire les réglementations qui :

- sont nécessaires, c'est-à-dire appropriées et non excessives, pour satisfaire à des exigences impératives (santé publique, protection des consommateurs ou de l'environnement, loyauté des transactions commerciales, etc.),
- poursuivent un but d'intérêt général dont le caractère est si impératif qu'il justifie une dérogation à une règle fondamentale du traité telle que la libre circulation des marchandises,
- sont essentielles pour atteindre un tel but, c'est-à-dire constituent à la fois le moyen le plus adéquat et le moins entravant pour les échanges.

L'affaire du Cassis de Dijon a poussé la Commission à s'intéresser au principe de reconnaissance mutuelle et à l'harmonisation des normes et réglementations. Suite à la décision de la CJUE, la Commission entama un processus d'harmonisation visant à supprimer ce qui restait des barrières au commerce intracommunautaire. C'est le début

³²⁰ *Commission v. Ireland*, 113/80, [1981] E.C.R. 1625, para. 10.

³²¹ Commission des communautés européennes, *Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78.*

de l'intégration économique complète³²² et de la création du marché intérieur unique. Cette nécessité d'harmoniser les réglementations est aussi née du principe de reconnaissance mutuelle lui-même. En effet, si les États essaient d'attirer l'investissement sur leur territoire, ils auront tendance à abaisser les niveaux de protection que leur réglementation confère afin d'être plus compétitifs. Il faut donc empêcher les États membres de déréguler les marchés et imposer, au moins, un socle commun de protection.

Même si sa portée a été amoindrie par le nombre de biens qui font l'objet d'une harmonisation au niveau européen, le principe découlant de l'affaire du Cassis de Dijon a toujours une grande incidence sur l'échange intracommunautaire. Comme le précise le site internet de l'Union européenne :

S'il n'existe pas de règles à l'échelle de l'UE (environ 15 % des règles applicables aux produits ne sont pas harmonisées dans l'UE), des obligations différentes peuvent s'appliquer selon les pays. Dans ce cas, vous devez respecter uniquement les règles en vigueur dans votre pays. Les autres pays de l'UE ne peuvent pas interdire la vente de vos produits, ni vous contraindre à les modifier ou à pratiquer des contrôles supplémentaires, à condition que vous puissiez prouver que vos produits respectent toutes les normes techniques et de qualité en vigueur dans votre pays, et qu'ils offrent un niveau équivalent de sécurité: c'est le principe de la reconnaissance mutuelle.³²³

Le principe de reconnaissance mutuelle entraîne cependant des risques comme l'illustre, par exemple, l'affaire C-184/96. Une société hongroise s'était installée en Allemagne pour produire du foie gras, étant donné qu'aucune réglementation n'existait en Allemagne sur la fabrication de ce produit. La société s'est plainte de la réglementation française et la CJUE a conclu :

Compte tenu des considérations qui précèdent, il y a lieu de constater que, en adoptant le décret sans y inclure une clause de reconnaissance mutuelle pour les produits en provenance d'un État membre et répondant aux règles édictées par cet État, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du traité.³²⁴

Ainsi, les entreprises européennes peuvent s'installer dans les États qui ont le niveau de protection le plus faible, et donc souvent le moins de contrainte, et commercialiser leurs produits dans tous les pays d'Europe tant que les pays en question ne prouvent pas que les réglementations qu'ils mettent en place sont justifiables au regard de l'article 36 ou du test du Cassis de Dijon. Cela peut ainsi pousser certains États à niveler par le bas les niveaux de protection afin d'attirer l'investissement, ce qui peut avoir un impact sur l'ensemble des pays de l'Europe. Et ce, sans compter le fait que certaines réglementations, qui, bien que justifiées par des « exigences impératives » comme la

³²² En opposition à l'intégration économique partielle: « L'intégration économique peut, ensuite, être partielle ou complète. Elle sera partielle si elle est envisagée comme un processus limité à la circulation des biens et services, des capitaux, voire des personnes, et complète si elle engage également les politiques, les réglementations, la monnaie, etc., autrement dit la souveraineté des États qui y participent. » (voir DEBLOCK et WELLS, *op. cit.*, 2016).

³²³ En ligne : https://europa.eu/youreurope/business/product/product-rules-specifications/index_fr.htm (Consulté le 3 décembre 2018)

³²⁴ *Commission des Communautés européennes contre République française*, C-184/76, [1998] E.C.R. I-06197, point 28.

protection du consommateur, ne répondent pas aux autres critères de licéité établis par la Cour (proportionnalité, etc.) puissent être considérées comme une violation du Traité de Rome. En plus de « forcer » les États à niveler vers le bas leurs niveaux de protection, le principe établi par la Cour peut avoir pour effet de réduire la confiance des consommateurs envers les produits d'autres États membres et ainsi les inciter à éviter d'acheter les produits importés. C'est notamment pour éviter ces effets que la Commission européenne prendra des mesures, comme nous le verrons plus bas.

Du marché commun au marché unique

Au Sommet de Paris de 1972, les chefs d'État ou de gouvernement expriment leur désir d'aller plus loin dans l'intégration européenne et de lancer les bases de l'Union européenne telle qu'elle existe aujourd'hui. Dans la déclaration du Conseil, suivant le sommet de Paris, les chefs d'État expriment leur désir de revoir les procédures de décision et le fonctionnement des institutions européennes « afin d'en augmenter l'efficacité³²⁵ ».

De plus, «[s]e heurtant à des barrières au commerce entre ses États membres, dont celles créées par la divergence des lois nationales de protection du consommateur, l'Union européenne a décidé dès les années 70 de veiller à l'harmonisation des règles applicables dans les États membres, et ce, par voie d'émission de Directives sur plusieurs sujets³²⁶ ». Ainsi, «[d]epuis les premières mesures adoptées en 1975, l'UE n'a cessé d'œuvrer pour offrir à tous un niveau de protection élevé en matière de santé et de sécurité, de la fabrication à l'utilisation finale d'un produit³²⁷ ».

L'apparition des mentions à la protection du consommateur dans la jurisprudence de la CJUE ou dans l'Acte unique européen est également expliquée par le contexte international et européen. En effet, dans les années 1970, les États sont de plus en plus préoccupés par les questions concernant les consommateurs et le rôle de la Communauté européenne dans leur réponse. La Commission note plusieurs raisons qui ont mené à cette préoccupation grandissante :

- l'expérience des 15 premières années de la Communauté commençait à démontrer que les mécanismes du marché ne suffisaient pas à mettre en place une "Europe à visage humain";
- les organisations de consommateurs devenaient de plus en plus actives à l'époque;
- de nouveaux pays demandaient à adhérer à la Communauté, dont deux étaient dotés d'un mouvement des consommateurs particulièrement important (le Royaume-Uni et le Danemark).³²⁸

³²⁵ Déclaration du sommet de Paris, Octobre 1972, point 15.

³²⁶ Union des consommateurs, 2015, *op. cit.*, p. 25.

³²⁷ Commission Européenne, *Comprendre les politiques de l'Union européenne : Consommateurs*, 2013, p. 5.

³²⁸ En ligne : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-92-68_fr.htm (Consulté le 3 décembre 2018). Au Royaume-Uni, par exemple, l'association Consumer International a été créée en 1960.

Sur la scène internationale, des développements importants ont également lieu. Aux États-Unis, le président Kennedy évoque un *Consumer Bill of Rights* tandis qu'à l'Organisation des Nations unies, les discussions qui mèneront à l'adoption, en 1985, de la *Résolution A/RES/39/248 sur les Principes Directeurs de la protection du consommateur* commencent.

Le premier changement significatif a donc lieu lors du Sommet de Paris, tenu les 19 et 20 octobre 1972. La protection du consommateur y a été explicitement abordée. Les chefs d'État et les chefs de gouvernement des États membres invitent les institutions de la Communauté à préparer un programme d'action qui devait notamment viser « à renforcer et à coordonner les actions en faveur de la protection des consommateurs³²⁹ ». La reconnaissance de l'importance de la protection du consommateur s'est donc faite en corollaire de la naissance de l'idée de revoir le fonctionnement de l'intégration européenne.

En 1974, le Parlement européen applaudit les initiatives européennes en matière de protection du consommateur et affirme que l'harmonisation des législations est une bonne idée et « doit s'inspirer de la législation la plus avancée³³⁰ ». Le 14 avril 1975, suite aux travaux amorcés après la conférence de Paris, est prise la *Résolution du conseil des ministres sur un Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs*³³¹. Dans l'Annexe du Programme, le Conseil européen déclare que :

3. [...] Les intérêts du consommateur peuvent être groupés en cinq catégories de droits fondamentaux :
 - a) droit à la protection de sa santé et de sa sécurité,
 - b) droit à la protection de ses intérêts économiques,
 - c) droit à la réparation des dommages,
 - d) droit à l'information et à l'éducation,
 - e) droit à la représentation (droit d'être entendu).³³²

En 1981, une seconde résolution du Conseil des communautés européennes réaffirme ces 5 droits du consommateur³³³. C'est la première fois que l'on parle de « droits » du consommateur en droit européen. Cette résolution était fortement inspirée par le susmentionné *Consumer Bill of Rights* dans lequel il était reconnu l'existence de 4 droits du consommateur : le droit à la sécurité, le droit de choisir, le droit à l'information et le droit d'être entendu.

³²⁹ *Déclaration du sommet de Paris, op. cit.*, point 6.

³³⁰ En ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1974:062:FULL&from=EN> (Consulté le 3 décembre 2018)

³³¹ En ligne : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425(01)&from=EN) (Consulté le 3 décembre 2018)

³³² Conseil de l'Europe, *Annexe à la résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs*, J.O., C-92/1, 25 Avril 1975, au point 3 e).

³³³ En ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31981Y0603%2801%29> (Consulté le 3 décembre 2018)

Notons cependant que la politique européenne sur la protection du consommateur ne pouvait se faire indépendamment des autres politiques communautaires. En effet, il faut rappeler que d'après l'article 4 du Traité de Rome de 1957, les institutions de la Communauté européenne doivent agir « dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité ».

Or, comme mentionné ci-dessus, la protection du consommateur n'y est clairement pas mentionnée comme entrant dans la compétence de celle-ci, sauf, bien sûr, comme corollaire du principe de libre-échange. Cependant, « [t]he 1975 resolution was therefore significant, because consumer protection was firmly put on the agenda³³⁴ ». Ces instruments étaient du droit mou (n'étant ni une directive, ni un règlement³³⁵), mais étaient importants dans le développement graduel d'une politique commune de protection du consommateur en Europe et ont tout de même un effet légal, notamment lors de l'interprétation des textes par la Cour européenne de Justice.

Comme le résume Christian Twigg-Flesner :

The difficulty [...] was that there appeared to be no obvious basis on which the then EEC could develop a coherent legislative consumer protection programme, and very little of significance happened in the immediate aftermath of this programme. But the adoption of this programme was undoubtedly of immense symbolic value, because it confirmed that consumer protection was an area on which the EEC should focus some of its activities³³⁶

Il a fallu attendre le traité de Maastricht pour que des actions législatives et réglementaires prises au niveau régional et destinées, *per se*, à la protection du consommateur puissent être prises. Bien que l'absence de base juridique appropriée ait « rendu difficile la concrétisation de ces bonnes intentions³³⁷ », quelques initiatives, sous forme de directives, voient le jour. On peut notamment citer la *Directive 79/112/CEE du Conseil du 18 décembre 1978 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard*, ou encore la *Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux*.

³³⁴ C. TWIGG-FLESNER, *The Yearbook of Consumer Law 2008, 2007*, p. 366.

³³⁵ Traité de Rome de 1957, *op. cit.*, art. 189.

³³⁶ TWIGG-FLESNER, 2007, *op. cit.*, p. 366.

³³⁷ En ligne : [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-92-68 fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-92-68_fr.htm) (Consulté le 3 décembre 2018)

La nouvelle approche

En 1985, de nouvelles initiatives de convergence des réglementations, d'harmonisation et de reconnaissance mutuelle sont lancées afin d'accélérer la création d'un espace économique commun européen. Le principe de reconnaissance mutuelle, né de la jurisprudence de la CJUE, a fortement influencé ce développement. En effet, l'affaire du Cassis de Dijon a rendu caduc l'effort mené par la Commission visant à favoriser le commerce intracommunautaire avec une série de directives dédiées à l'harmonisation des législations européennes.

Par exemple, la Commission avait élaboré un certain nombre de directives, techniques et verticales (c'est-à-dire réglementant un aspect très précis de manière profonde) sur les exigences en matière d'alimentation. On pense notamment à la *Directive 73/241/CEE du Conseil du 24 juillet 1973 relative au rapprochement des législations des États membres concernant les produits de cacao et de chocolat destinés à l'alimentation humaine*. Celle-ci « se justifiait par le fait que des différences entre les législations nationales concernant plusieurs sortes de produits de cacao et de chocolat pouvaient entraver la libre circulation de ces produits et avaient, de ce fait, une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché commun³³⁸ ».

Ainsi, en 1985, la Communauté économique européenne adopte une « nouvelle approche » devant permettre la transition vers le marché intérieur. La Commission décrit cette nouvelle approche dans un livre blanc³³⁹. Elle y explique la nouvelle vision européenne : « faire l'unité de ce grand marché [...] suppose que les États membres de la communauté s'accordent sur les barrières de toute nature, l'harmonisation des règles, le rapprochement des législations et des structures fiscales ».

Plusieurs mesures sont prises dans le cadre de la nouvelle approche. Tout d'abord, la Commission va déléguer une partie de son autorité normative à des entreprises privées de normalisation, séparant ainsi le technique du politique. Les normes produites par des organismes de normalisation internationaux (ISO, CEI, Codex Alimentarius) ou européens (CEN, CENELEC, ETSI) sont ainsi intégrées dans de nombreuses directives. La Commission propose également d'assouplir ses directives, jusque là très verticales, pour des directives plus générales, souples et horizontales, laissant ainsi l'aspect plus technique aux organismes de normalisation nationaux et internationaux.

La « nouvelle approche » était également « *an attempt to speed up EU rule-making*³⁴⁰ ». Le livre blanc propose de réformer l'adoption des directives sous l'article 100. En effet, l'exigence de l'adoption à l'unanimité des directives était inadéquate pour promouvoir le marché intérieur puisque les États membres disposaient, *de facto*, d'un droit de véto

³³⁸ Directive 2000/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2000 relative aux produits de cacao et de chocolat destinés à l'alimentation humaine.

³³⁹ En ligne : http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_fr.pdf (Consulté le 12 décembre 2018)

³⁴⁰ T. BÜTHE et W. MATTLI, *The New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy*, 2011, p. 220.

et pouvaient ainsi bloquer toutes les propositions de la Commission sur lesquelles ils n'étaient pas d'accord.

D'ailleurs, la « nouvelle approche » s'appuie sur la jurisprudence de la CJUE établissant le régime de reconnaissance mutuelle sur le territoire européen : l'idée est que l'harmonisation se fasse uniquement sur certains « aspects essentiels » tandis que le reste des échanges intracommunautaires serait gouverné par le principe de reconnaissance mutuelle établi dans l'affaire du Cassis de Dijon.

Très vite, la protection du consommateur a été vue dans le cadre du bon fonctionnement du marché intérieur. Le livre blanc fait notamment mention de « [p]lusieurs autres domaines de la politique communautaire [qui] sont en interaction avec le marché intérieur en ce sens qu'ils conditionnent son fonctionnement et bénéficieront de l'impulsion qu'apportera son achèvement. Ceci est particulièrement vrai pour les politiques des transports, sociale, de l'environnement et de la protection des consommateurs³⁴¹ ».

Dans la 3^e résolution du Conseil concernant les futures orientations de la politique de la Communauté économique européenne pour la protection et la promotion des intérêts des consommateurs, adoptée le 23 juin 1986³⁴², le Conseil confirme que la protection du consommateur doit se faire en corollaire de l'intégration économique plutôt que comme une politique en tant que telle. La résolution ne mentionne pas les « droits fondamentaux » du consommateur mais reconnaît « la valeur de l'éducation et de l'information des consommateurs pour la protection de leurs intérêts et pour leur permettre de tirer le plus grand profit de l'achèvement du marché intérieur ». Ce document fait aussi le lien entre la « nouvelle approche » et la protection du consommateur puisque le Conseil déclare : « Lorsque la nécessité d'une harmonisation au niveau de la Communauté se manifeste, les propositions à cette fin devraient s'inspirer de l'esprit de la « Nouvelle approche » fixée par la résolution du Conseil du 7 mai 1985 ».

En 1986, l'adoption de l'*Acte unique européen*, qui entrera en vigueur en 1987, permettra l'accélération de l'émission de directives « qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». On notera qu'en vertu du paragraphe 3, les directives émises au nom de l'article 100A en matière de protection du consommateur doivent « prendre pour base un niveau de protection élevé ». Cela empêchera une harmonisation des réglementations à partir du plus petit dénominateur commun. On notera également que, contrairement à l'article 100, l'article 100A permet aux États membres de déroger aux directives émises sous certaines conditions.

³⁴¹ Commission des communautés européennes, *L'Achèvement du Marché Intérieur, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen*, 1985, point 20.

³⁴² En ligne : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986Y0705\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31986Y0705(01)&from=EN) (Consulté le 12 décembre 2018)

Le paragraphe 3 illustre le fait que « l'émergence du droit communautaire de la consommation s'est faite avec l'intention clairement affirmée de concilier les objectifs économiques liés à l'achèvement et au bon fonctionnement du marché intérieur européen avec les intentions de construire une Europe à visage humain³⁴³ ». À partir de ce moment, « [l']Europe sociale et l'Europe du citoyen trouvent dans la protection du consommateur un terrain d'action privilégié. Le processus d'harmonisation sert ainsi une politique qui se voit confirmer des objectifs et des priorités propres, rejoignant et dépassant l'achèvement du marché intérieur ».

Ainsi, à partir de l'entrée en vigueur de l'*Acte unique européen*, un nombre de directives ayant pour objet la protection du consommateur seront émises. Ces directives prennent une approche d'« harmonisation minimum », c'est-à-dire que les États membres pourront dépasser les niveaux de protection prévus par celles-ci, mais ne pourront pas s'y soustraire. Un grand nombre de ces directives contient également une clause de reconnaissance mutuelle, permettant aux biens et services qui satisfont les exigences de la directive d'être commercialisés dans tous les pays membres.

En 1992, lors de la signature du *Traité sur l'Union européenne* (aussi appelé le Traité de Maastricht), la protection du consommateur « devient une politique de plein droit de ce bloc régional³⁴⁴ ». En effet, l'article 129A du Traité, réservé à la protection du consommateur, est une provision horizontale faisant entrer la protection du consommateur dans toutes les activités de l'Union européenne. L'article 129A (article 153 depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam) pousse la communauté à contribuer « à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs par : a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 100 A dans le cadre de la réalisation du marché intérieur ; b) des actions spécifiques qui appuient et complètent la politique menée par les États membres en vue de protéger la santé, la sécurité et les intérêts économiques des consommateurs et de leur assurer une information adéquate ».

L'article 3 du Traité de Maastricht étend également le domaine d'action de la communauté à « une contribution au renforcement de la protection des consommateurs ». Ainsi, depuis Maastricht, « *consumer protection is not merely one of the means of accomplishing an internal 'frontier-free' market: it now exists in its own right*³⁴⁵ ». Bien sûr, comme l'a remarqué la Commission européenne, « [l]e marché intérieur ne sera jamais «achevé». Les efforts pour en optimiser le fonctionnement s'inscrivent dans la durée³⁴⁶ ». Par conséquent, le maintien et l'évolution de ce marché continuent de se faire à travers l'article 100A (95 aujourd'hui) et prend en compte un niveau élevé de protection du consommateur. Par exemple, après l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, une directive sur les clauses abusives dans les contrats a été

³⁴³ T. BOURGOIGNIE, *Vers un droit européen de la consommation : unifié, harmonisé, codifié ou fragmenté ?*, 2005, p. 160.

³⁴⁴ Union des consommateurs, 2015, *op. cit.*, p. 27.

³⁴⁵ TWIGG-FLESNER, 2007, *op. cit.*, p. 3.

³⁴⁶ En ligne : https://ec.europa.eu/internal_market/score/docs/score11/score11-text_fr.pdf (Consulté le 15 décembre 2018)

adoptée (93/13/CEE), une autre sur la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (94/47/CE) ou la vente à distance (97/7/CE).

Ces directives contiennent des « clauses minimales » dont la formulation ressemble à :

Les États membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur.³⁴⁷

Ou encore :

1. Les droits résultant de la présente directive sont exercés sans préjudice d'autres droits dont le consommateur peut se prévaloir au titre des règles nationales relatives au droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle.
2. Les États membres peuvent adopter ou maintenir en vigueur, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité pour assurer un niveau de protection plus élevé du consommateur.³⁴⁸

Ces clauses sont l'illustration de l'harmonisation minimum : les états peuvent aller au-delà de la protection conférée par la directive, mais pas en deçà.

Parlons brièvement également de la *Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits*. Cette directive « vise à assurer que les produits mis sur le marché sont sûrs³⁴⁹ ». Elle prône notamment la CRI entre les pays membres à son article 10 notamment sous la forme d'un système d'alerte rapide entre les États membres et la Commission qui permet aux autorités nationales d'être rapidement informées de l'existence d'un produit dangereux : le système RAPEX. Notons que selon l'article 21.7.4 de l'AECG, le Canada « peut se voir accorder l'accès à des informations choisies tirées du système d'alerte rapide RAPEX de l'Union européenne ». En 2016 seulement, le système RAPEX a reçu 2044 notifications³⁵⁰.

³⁴⁷ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, art. 14.

³⁴⁸ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art. 8.

³⁴⁹ Directive 2001/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits, art. 1.1.

³⁵⁰ Commission européenne, *Rapport annuel 2016 du RAPEX*, 2017, p. 4.