



Montreal 2014–2015 Montréal

Editor-in-Chief
Rédactrice en chef
FRANCESCA TADDEO

English Executive Editor
Rédactrice exécutive pour l'anglais
JENNIFER ANDERSON

Executive Managing Editor
Rédacteur exécutif administratif
VAUGHAN BALDERSTON

French Executive Editor
Rédacteur exécutif pour le français
FRANÇOIS NOLET-LÉVESQUE

Executive Online Editor
Rédactrice exécutive en ligne
J ROSEL KIM

Senior Editors
Rédacteurs seniors
HERSI HUJALEH
KATHERINE KALININ
IRINA NICA
ALLISON RENDER
KAYLE SYKES
NICHOLAS TORTI

Senior Managing Editors
Rédacteurs administratifs seniors
SAMANTHA ALLEN
ALEXANDRA BOMAC
CATHERINE HAMILL
DANIEL MASTINE
JESSICA STARCK

Editors / Rédacteurs
GUILLAUME BLAIS
STEFANIE CARDARELLI
BENNY CHAN
JOSHUA CROWE
DAVID HAMEL
ELSPETH McMURRAY
GUILLAUME MERCIER
LIPi MISHRA
IÑAKI NAVARRETE
DAVID ST-ONGE
ORLA VEALE MARTIN

Managing Editors
Rédacteurs administratifs
JULIE BEAUCHAMP
KYLE BEST
MARIE RONDEAU
ANDREW STUART

Senior Online Editors
Rédacteurs en ligne seniors
LAURA CRESTOHL
ANTHONY MAHER
SILVIA NEAGU
WILLIAM STEPHENSON
JESSICA WALSH

Solicitations Editor
Rédactrice pour la sollicitation
MARISA CORONA

Online Editors
Rédacteurs en ligne
KATARINA DANIELS
STEPHANIE HEWSON
JEY KUMARASAMY

Layout Editor / Rédactrice mise en page
JENNIFER ANDERSON

Faculty Advisor / Professeure-conseil
PROF. ALANA KLEIN

Advisory Board / Comité consultatif

ME CHRISTINE BAUDOUIN	PROF. ROBERT KOURI
PROF. ANGELA CAMPBELL	PROF. ANTONIA MAIONI
PROF. PIERRE DESCHAMPS	ME HARRIS POULIS
MR. DEREK J JONES	PROF. MARIE-CLAUDE PRÉMONT
HON. JUSTICE NICHOLAS KASIRER, JCA	PROF. MARGARET SOMERVILLE
PROF. LARA KHOURY	PROF. DANIEL WEINSTOCK



VOL. 8, No. 1
2014–2015

EDITOR'S NOTE	<i>Francesca Taddeo</i>	v
---------------------	-------------------------	---

ARTICLES

GMO LABELLING AND THE CONSUMER'S RIGHT TO KNOW: A COMPARATIVE REVIEW OF THE LEGAL BASES FOR THE CONSUMER'S RIGHT TO GENETICALLY MODIFIED FOOD LABELLING.....	<i>Li Du</i>	1
LES LANGUES DES SIGNES AU CANADA : ENTRE DROITS LINGUISTIQUES ET DROITS DE LA PERSONNE.....	<i>Émilie Moniz et Mark Power</i>	43
AMENDMENTS TO THE <i>CIVIL CODE OF QUÉBEC</i> 'S RESEARCH PROVISIONS: A LEGISLATIVE COMMENT	<i>Edward S Dove & Ma'n H Zawati</i>	79
COMMENTAIRE D'ARRÊT : <i>ST-GERMAIN C BENHAÏM</i> — UN JUGEMENT AUDACIEUX ET HABILE	<i>Lara Khoury</i>	111

EDITOR'S NOTE

*Francesca Taddeo**

Issue 8:1 of the *McGill Journal of Law and Health* is a reflection of the journal's reputation as a leading health law publication in Canada, of the Editorial Board's rigour, and of the collaborative nature of the journal's members and executives. The first article in this issue, by Li Du, begins with a comparative analysis of GMO labelling in China, the European Union, and the United States and at the international law level, and ends in an evaluation of whether or not the consumer's right to know is a sufficient justification for GMO labelling to become mandatory in Canada.

The next article, by Émilie Moniz and Mark Power, examines the legal and cultural status of sign language in Canada and concludes that since sign language has a cultural dimension and a legal status distinct from that of Canada's official languages, it is unlikely to benefit from constitutional protection. Edward S Dove and Ma'n H Zawati's legislative comment is the third article to appear in this issue. The authors begin by analyzing the positive changes contained in Bill 30, *An Act to amend the Civil Code* and other legislative provisions with respect to research, passed by Québec's National Assembly on 14 June 2013. They subsequently evaluate the potential for future improvements to the *Act*, as well as missed opportunities. In the last article of the issue, Lara Khoury comments on the case of *St-Germain c Benhaim*, rendered on 5 December 2014 by the Québec Court of Appeal, lauding it as an innovative decision for the manner in which the Court inferred medical causation.

I would like to thank the authors, peer reviewers, and editors for their contributions, time, and dedication to ensuring the publication of this issue. I would also like to thank the Executive of Volume 8 – Jennifer Anderson, Vaughan Balderston, J Rosel Kim, and François Nolet-Lévesque – for their hard work and support in making the journal shine across different platforms, notably with the publication of Volume 8:1, the organization of our annual Colloquium, as well as continued updates on our blog and website. I would like express particular thanks to the executive of Volume 9 – Jennifer Anderson, Hersi Hujaleh, David Hamel, Benny Chan, Nicolas

* Editor-in-Chief, *McGill Journal of Law and Health*, Vol. 8.

Charest, Samantha Allen, and Katarina Daniels – as well as its talented team of editors, who graciously collaborated with the Volume 8 Executive to ensure this issue’s publication. Special thanks to the members of our Advisory Board and to our faculty advisor, Professor Alana Klein, for their continued support of the journal over the years. Lastly, many thanks to our readers for your continued readership, interest, and support of the *McGill Journal of Law and Health*; we hope you enjoy this read and continue to visit our website at <http://mjlh.mcgill.ca>!

GMO LABELLING AND THE CONSUMER'S RIGHT TO KNOW: A COMPARATIVE REVIEW OF THE LEGAL BASES FOR THE CONSUMER'S RIGHT TO GENETICALLY MODIFIED FOOD LABELLING

*Li Du**

Recent sensationalist lobbying campaigns have frequently used the protection of the “consumer’s right to know” as a rationale for demanding a mandatory labelling system for genetically modified organisms (GMOs). This article aims to discuss how Health Canada, the Canadian agency responsible for food labelling, is likely to react to the purportedly overwhelming argument of the consumer’s right to know and the allegedly strong trend towards mandatory GMO labelling requirements. It begins with a comparative analysis of recent legal practices regarding the legal basis of the consumer’s right to know for GMO labelling in the US, the European Union, and

De récentes et sensationnalistes campagnes de lobbying ont invoqué le « droit du consommateur de savoir » comme une raison d’insister sur l’établissement d’un système d’étiquetage obligatoire pour les organismes génétiquement modifiés (OGM). Cet article vise à discuter comment Santé Canada, l’agence canadienne responsable de l’étiquetage alimentaire, risque de réagir au prétendu puissant argument du droit du consommateur de savoir ainsi qu’à la présumée forte tendance vers des exigences d’étiquetage des OGM. L’auteur propose une analyse comparative des récentes pratiques juridiques en ce qui concerne la base légale de l’étiquetage des OGM par raison

* Li Du, LLB, MBBS (Wuhan), PhD (Alberta); Research Associate at the Health Law Institute, Faculty of Law, University of Alberta, Edmonton, AB; PhD Candidate, School of Law, Wuhan University, Hubei, China. I would like to gratefully acknowledge Timothy Caulfield and Linda Reif for assistance and insight in the research and writing of this article. I would also like to thank Christen Rachul, School of Linguistics and Language Studies, Carleton University, Ottawa, for language editing at the early stages of this article. I am very grateful to the editors of McGill Journal of Law and Health for their great assistance throughout the entire publication process.

© Li Du 2014

Citation: Li Du, “GMO Labelling and the Consumer’s Right to Know: A Comparative Review of the Legal Bases for the Consumer’s Right to Genetically Modified Food Labelling” (2014) 8:1 McGill JL & Health 1.

Référence : Li Du, « GMO Labelling and the Consumer’s Right to Know: A Comparative Review of the Legal Bases for the Consumer’s Right to Genetically Modified Food Labelling » (2014) 8 : 1 RD & santé McGill 1.

China. It subsequently refers to international instruments relevant to GMO labelling, examining how the consumer's right to know is addressed on the level of international law. Based on this review, this paper concludes that the consumer's right to know is currently far from being universally accepted as a justifiable rationale for enacting a mandatory food labelling requirement; consequently, in cases where there is no solid evidence indicating that there are harmful effects of GMOs on human health and preservation of life, Health Canada is unlikely to introduce a mandatory regime based solely on an acknowledgement of the consumer's right to know whether foods are GMOs or contain GM ingredients.

du droit du consommateur de savoir aux États-Unis, dans l'Union européenne et en Chine. Il adresse également les instruments internationaux pertinents à l'étiquetage des OGM, s'interrogeant comment le droit du consommateur de savoir est considéré au niveau du droit international. Cette revue de la littérature permet de conclure que le droit du consommateur de savoir est actuellement loin d'être universellement reconnu comme justification pour la promulgation d'un règlement obligatoire d'étiquetage alimentaire. Par conséquent, dans les cas où il n'existe pas de preuve solide démontrant des effets nuisibles des OGM sur la santé humaine ou la préservation de la vie, il est peu probable que Santé Canada introduise un régime obligatoire d'étiquetage basé exclusivement sur une reconnaissance du droit du consommateur de savoir si des aliments sont des OGM ou s'ils en contiennent comme ingrédients.

INTRODUCTION	4
I. CAN THE CONSUMER'S RIGHT TO KNOW PROVIDE SUFFICIENT JUSTIFICATION FOR GMO LABELLING UNDER DOMESTIC AND REGIONAL LEGAL REGIMES?	10
<i>A. United States</i>	10
<i>B. European Union</i>	18
<i>C. China</i>	21
II. CAN THE CONSUMER'S RIGHT TO KNOW PROVIDE SUFFICIENT JUSTIFICATION FOR A MANDATORY GMO LABELLING MEASURE AT THE LEVEL OF INTERNATIONAL LAW?	24
<i>A. The Codex Alimentarius Commission and Codex Committee on Food Labelling</i>	25
1. The Codex Alimentarius Commission	25
2. The Codex Committee on Food Labelling	26
<i>B. The Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity</i>	29
<i>C. The WTO system</i>	31
1. GATT 1994	32
2. SPS Agreement	34
3. TBT Agreement	36
CONCLUDING REMARKS	38

INTRODUCTION

Genetically modified food (GM food) labelling refers to a statement located on a label of prepackaged food, or written documentation in the case of non-prepackaged food, stating either that a product contains or consists of genetically modified organisms (GMOs) or, conversely, that it is GMO-free.¹ The European Union (EU) was the first legislative body to adopt a traceability and labelling system for the management of GMOs, and today, more than sixty countries have promulgated GMO labelling laws, which vary significantly.² In general, GMO labelling schemes can be classified into two categories: mandatory and voluntary. Under a mandatory labelling regime, GM food products have to be labelled to distinguish them from non-GM foodstuffs, while a voluntary labelling regime allows operators to make the decision whether to label GM products (or “GM-free” products) or not. The EU GMO labelling system is representative of a mandatory labelling scheme. It requires that products be labelled if they contain ingredients of

¹ See the definition of “labelling” provided by the Codex Alimentarius Commission; this joint body of the UN Food and Agriculture Association (FAO) and the World Health Organization (WHO), provides a standard for labelling of food products in general, including those that are genetically modified organisms (GMOs) or contain GM ingredients. See Codex Alimentarius Commission, *General Standard for the Labelling of Prepackaged Foods*, Codex STAN 1-1985 (Rev 1-1991). A GMO can be generally understood as an organism whose genetic material has been altered by genetic engineering techniques, although other techniques exist. In this article, I limit the discussion of genetic modification to the genetic engineering techniques. See Health Canada, *Bio-technology and Genetically Modified Foods*, online: HC <www.hc-sc.gc.ca/fn-an/gmf-agm/fs-if/faq_1-eng.php#p4>.

² In 1997, the first EU instrument to address regulatory issues regarding novel food and food ingredients was adopted; it forms the basis for the EU’s mandatory GMO labelling regime. See EC, *Regulation (EC) No 258/97 of the European Parliament and of the Council of 27 January 1997 concerning novel foods and novel food ingredients*, art 8, [1997] OJ, L 43/1 at 5. See also Colin A Carter & Guillaume P Gruère, “Mandatory Labeling of Genetically Modified Foods: Does It Really Provide Consumer Choice?” (2003) 6:1-2 *AgBioForum* 68 at 68; Clare B Herrick, “‘Cultures of GM’: Discourses of Risk and Labelling of GMOs in the UK and EU” (2005) 37:3 *Area* 286 at 290; Laura Murphy, Jillian Bernstein & Adam Fryska, “More Than Curiosity: The Constitutionality of State Labeling Requirements for Genetically Engineered Foods” (2013) 38 *Vt L Rev* 477 at 480.

which more than 0.9% are from an authorized GMO.³ In contrast, the US and Canada use voluntary labelling regimes which permit food producers or retailers to choose to label their food products as GMO or non-GMO, to label them as containing GM or non-GM ingredients, or to provide no labels at all.⁴

Over the decades, there have been debates concerning GMO labelling schemes, and these controversies have never been settled. For example, the California GMO labelling campaign in 2012 – the proposed *California Right to Know Genetically Engineered Food Act*, introduced as a ballot measure under the name Proposition 37 (Prop 37) – reignited debates in the US and Canada about issues such as the possible risks and benefits of GM foods, the transparency of food supply systems, and, in particular, the protection of the consumer's informed choice and the right to know. The California ballot measure insisted that Californian consumers have a right to know whether foods are genetically modified or contain GM ingredients, and had it been successful, would have required that retailers and producers label food products if they were GM or contained GM ingredients.⁵

The current Canadian GMO labelling law does not recognize the consumer's right to know as a determinative factor triggering a special labelling

³ EC, *Regulation (EC) No 1829/2003 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 on genetically modified food and feed*, art 12(2), [2003] OJ, L 268/1 at 11 [*EC Regulation 1829/2003*]. Article 12(2) specifies that the labelling requirement “shall not apply to foods containing material which contains, consists of or is produced from GMOs in a proportion no higher than 0,9 per cent of the food ingredients considered individually or food consisting of a single ingredient, provided that this presence is adventitious or technically unavoidable.”

⁴ See Canadian General Standards Board, *Voluntary Labelling and Advertising of Foods That Are and Are Not Products of Genetic Engineering*, National Standard of Canada CAN/CGSB-32.315-2004 (Ottawa: CGSB, 2004), online: CGSB <www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ongc-cgsb/programme-program/normes-standards/internet/032-0315/documents/commitee-committee-eng.pdf>. The situation in the US will be discussed in Part I.A.

⁵ Ballot Measure (Cal), Proposition 37 (2012), *Genetically Engineered Foods. Labeling. Initiative Statute, proposal to adopt The California Right to Know Genetically Engineered Food Act* (defeated), s 1(a) [California Prop 37]. The official text of the proposition is available in California Secretary of State, Elections Division, *California General Election, Tuesday, November 6, 2012: Official Voter Information Guide* at 110-13, online: CSOS <<http://vig.cdn.sos>.

requirement for GMO foods. Health Canada, the Canadian federal agency responsible for food labelling, takes the position that GM foods are not substantially different from conventional non-GM foods, and that GM foods should be assessed in the same manner as conventional foods.⁶ Under this standard, foods that have been approved by Health Canada, whether GM or non-GM, are deemed to be safe for human consumption.⁷ GM foods require labelling only if there are changes in the food (e.g. problematic allergens or a significant nutrient or compositional change) that consumers need to be informed of for health and safety reasons.⁸ Proponents of mandatory GMO labelling are not satisfied with the current Canadian voluntary labelling of GMOs; they criticize the government's policy in this regard as having kept consumers ignorant about GM foods, citing the rationale of the consumer's right to know.⁹ For example, supporters of private member's Bill C-257

ca.gov/2012/general/pdf/complete-vig-v2.pdf>. For the official analysis and statement of the opposing positions for the information of voters, see *ibid* at 54-57.

- ⁶ Health Canada, Health Products and Food Branch, Food Directorate, *Guidelines for the Safety Assessment of Novel Foods* (June 2006), online: HC <www.hc-sc.gc.ca/fn-an/alt_formats/hpfb-dgpsa/pdf/gmf-agm/guidelines-lignesdirectrices-eng.pdf>.
- ⁷ See Health Canada, "Genetically Modified (GM) Foods and Other Novel Foods", online: HC <www.hc-sc.gc.ca/fn-an/gmf-agm/index-eng.php>.
- ⁸ For GMO labelling, Health Canada operates on the premise that the process behind the product is irrelevant, so the label need only address product traits. See Stan Benda, "It's All about Elmer Gantry ... There Is No Frankenstein!!! – Part II" (2003) 16 IPJ 393 at 425; see also Canadian Food Inspection Agency, Factsheet, "Labelling of Genetically Engineered Foods in Canada", online: CFIA <www.inspection.gc.ca/english/fssa/labeti/novnou/novnoue.shtml>.
- ⁹ See Shauna Nep & Kieran O'Doherty, "Understanding Public Calls for Labelling of Genetically Modified Foods: Analysis of a Public Deliberation on Genetically Modified Salmon" (2013) 26:5 Society and Natural Resources 506 at 517; Canadian Biotechnology Action Network, "Labeling", online: Canadian Biotechnology Action Network <www.cban.ca/Resources/Topics/Labeling>. For a US example, see Earth Talk, "Should genetically modified food products be labeled for consumer protection?", *About.com* (nd), online: About.com <<http://environment.about.com/od/health/a/Should-Genetically-Modified-Food-Products-Be-Labeled-For-Consumer-Protection.htm>>, reprinted from *E/The Environmental Magazine* (16 September 2010).

(introduced in the Canadian parliament in 2011)¹⁰ argued that Canadian consumers have the right to be informed about whether or not the food they purchase has been genetically modified.¹¹

With this strong push for mandatory labelling, the question of whether the consumer's right to know can provide stand-alone justification for mandatory GMO labelling challenges the Canadian food labelling system. Moreover, as this article will discuss, the labelling of GM foods has already become a global issue, and is of particular relevance to the international trade conflicts of agricultural products due to different GMO labelling methods. Therefore, a timely review of the concept of the consumer's right to know and its legal status as a stand-alone justification for mandatory GMO labelling in different jurisdictions and international instruments relevant to GMO labelling may provide persuasive evidence regarding the legal status of the consumer's right to know under the Canadian regime.

Of note, although the consumer's right to know or to be informed has been put forward by anti-GMO groups as an argument for mandating a GMO labelling regime, the concept of such a right "to know" or "to be informed" has never been clearly defined.¹² In light of relevant claims used in recent GMO labelling campaigns,¹³ the concept of the consumer's right

¹⁰ Bill C-257, *An Act to amend the Food and Drug Act (mandatory labelling for genetically modified foods)*, 1st Sess, 41st Parl, 2011 (first reading 23 June 2011) [Bill C-257].

¹¹ See e.g. *House of Commons Debates*, 41st Parl, 1st Sess, No 14 (23 June 2011) at 1010 (Alex Atamanenko), online: Parliament of Canada <www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=5112534&Language=E&Mode=1>.

¹² R Paul Thompson, *Agro-Technology: A Philosophical Introduction* (New York: Cambridge University Press, 2011) at 42.

¹³ The GMO labelling legislative campaigns expressing the concept of the consumer's right to know include, in the US, California Prop 37, *supra* note 5; Ballot Measure (Wash), Initiative 522 (2013), *Labeling of Genetically-Engineered Foods*, proposal to adopt *The People's Right to Know Genetically Engineered Food Act* (defeated), online: Washington Secretary of State <http://sos.wa.gov/_assets/elections/initiatives/FinalText_285.pdf> [Washington Initiative 522] (initially proposed as an initiative to the legislature, before being submitted to the electorate); *An Act to Protect Maine Food Consumers' Right to Know about Genetically Engineered Food and Seed Stock*, 126th Leg, Me, 2013 (enacted, will come into effect if five contiguous states adopt similar legislation before 2018 (§ 2(1)-(2))), online: Maine Legislature <www.maine-

to know, for the purposes of this study, shall involve the following elements: (1) consumers, drawing on health risk concerns, argue that they have a right to know what is in their food; (2) consumers specifically want to know or to be informed as to whether foods are GMOs or contain GM ingredients; and (3) consumers believe the implementation of mandatory GMO labelling measures will be effective, thereby assisting them to make informed choices between GM and non-GM food products.

This study is mainly focused on a descriptive exploration of how the consumer's right to know has been addressed in the selected domestic and supranational GMO labelling laws and other instruments. The study also provides a legal analysis of whether the consumer's right to know is accepted as an exclusive justification for a mandatory GMO labelling in selected jurisdictions and international instruments – in particular, under the World Trade Organization (WTO) agreements.

Part I of this article consists of a comparative examination of selected domestic and regional GMO labelling law. Based on considerations of different labelling models and the scales of cultivation and marketing of GM products, the GMO labelling regimes of the EU, the US, and China are reviewed. The three jurisdictions are all major agricultural trade partners with Canada, have different GMO marketing scales, and use varying labelling models.¹⁴ The EU grows only a small amount of GM crops and imposes among the most severe restrictions and regulatory oversight in the world for the approval and labelling of GM foods;¹⁵ these restrictions must

legislature.org/legis/bills/getDoc.asp?id=29251> [Act to Protect Maine Food Consumers' Right to Know]; and, in Canada, Bill C-257, *supra* note 10.

¹⁴ See Agriculture and Agri-Food Canada, *2011-2012 Agriculture and Agri-Food Market Access Report: Re-opening, Maintaining and Expanding Markets* (2012), online: AAFC <www5.agr.gc.ca/resources/prod/doc/pdf/mar-ram_2011-12_eng.pdf>; see also Foreign Affairs and International Trade Canada, *Canada's State of Trade: Trade and Investment Update – 2012*, at 84-85, online: Foreign Affairs, Trade and Development Canada <www.international.gc.ca/economist-economiste/assets/pdfs/performance/SoT_2012/SoT_2012_Eng.pdf>.

¹⁵ International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications, *Brief 46-2013: Executive Summary Global Status of Commercialized Biotech/GM Crops: 2013* at Table 1, Fig 1, online: ISAAA <www.isaaa.org/resources/publications/briefs/46/executivesummary/default.asp>; Steve Keane, "Can a Consumer's Right to Know Survive the WTO? The Case of Food Labeling" (2006) 16:1 *Transnat'l L & Contemp Probs* 291 at 300; Aarti Gupta, "Transpa-

be implemented by all EU member states.¹⁶ In contrast, the US, the world's leading GM crop producer, leans more heavily on a burden of scientific proof of harm in its GMO-related regulations, and has adopted a voluntary labelling regime.¹⁷ China, one of the first countries in the world to introduce GM crops commercially,¹⁸ was the sixth largest producer of biotech crops in 2013.¹⁹

Part II continues the comparative analysis at the international law level. Several international instruments relevant to GM food labelling are examined. They include the newly approved *Compilation of Codex Texts Relevant to Labelling of Foods Derived from Modern Biotechnology* by the Codex Alimentarius Commission's Committee on Food Labelling (which deals with international food and agricultural law);²⁰ the *Cartagena Protocol on*

rency as Contested Political Terrain: Who Knows What about the Global GMO Trade and Why Does It Matter?" (2010) 10:3 Glob Environ Polit 32 at 46, 48.

¹⁶ With the accession of Croatia on July 1, 2013, the EU currently has 28 member states: Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, and the United Kingdom. See European Union, "Countries", online: EU <http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm>; see also *EC Regulation No 1829/2003*, *supra* note 3 at 22 ("[t]his Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States").

¹⁷ Simon Lester & Inu Barbee, "The Challenge of Cooperation: Regulatory Trade Barriers in the Transatlantic Trade and Investment Partnership" (2013) 16:4 J Int'l Econ L 847 at 855.

¹⁸ The International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications (ISAAA) in fact names China as the first country in the world to commercialize GM crops. See Clive James & Anatole F Krattiger, *Global Review of the Field Testing and Commercialization of Transgenic Plants: 1986 to 1995; The First Decade of Crop Biotechnology* (ISAAA Brief No 1 – 1996) at 23, online: ISAAA <www.isaaa.org/resources/publications/briefs/01/download/isaaa-brief-01-1996.pdf>; Yu Zhuang & Wenxuan Yu, "Improving the Enforceability of the Genetically Modified Food Labeling Law in China with Lessons from the European Union" (2013) 14:3 Vermont Journal of Environmental Law 465.

¹⁹ International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications, *supra* note 15 at Table 1.

²⁰ Codex Alimentarius Commission, *Compilation of Codex Texts Relevant to the Labelling of Foods Derived from Modern Biotechnology*, CAC/GL 76-2-11

Biosafety to the Convention on Biological Diversity (international environmental law);²¹ the 1994 *General Agreement on Tariffs and Trade* (the *GATT 1994*);²² the *WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures* (known as the *SPS Agreement*);²³ and the *Agreement on Technical Barriers to Trade* (known as the *TBT Agreement*).²⁴ The concluding section summarizes the legal basis of the consumer's right to know for GMO labelling as explored in the preceding parts, and assesses whether the concept is likely to be accepted by the Canadian food labelling system.

I. CAN THE CONSUMER'S RIGHT TO KNOW PROVIDE SUFFICIENT JUSTIFICATION FOR GMO LABELLING UNDER DOMESTIC AND REGIONAL LEGAL REGIMES?

A. United States

In the United States, the labelling of GM food products is governed by the Food and Drug Administration (FDA). The FDA supports a voluntary labelling requirement for food derived from genetic modification, which allows manufacturers to decide whether or not to label their products as developed using bioengineering.²⁵ According to the FDA, GM foods and

(2011), online: CA <www.codexalimentarius.org/> [*Codex Compilation*].

²¹ *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity*, 29 January 2000, 2226 UNTS 208, 39 ILM 1027, online: Convention on Biological Diversity <<http://bch.cbd.int/protocol/text>> [*Cartagena Protocol*].

²² *General Agreement on Tariffs and Trade 1994*, 15 April 1994, 1867 UNTS 187, 33 ILM 1153 [*GATT 1994*].

²³ *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*, 15 April 1994, 33 ILM 1125, online: World Trade Organization <www.wto.org/english/docs_e/legal_e/15sps_01_e.htm> [*SPS Agreement*].

²⁴ *Agreement on Technical Barriers to Trade*, 15 April 1994, 33 ILM 1125, online: World Trade Organization <www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm> [*TBT Agreement*].

²⁵ US, Food and Drug Administration, *DRAFT Guidance for Industry: Voluntary Labeling Indicating Whether Foods Have or Have Not Been Developed Using Bioengineering; Draft Guidance* (Docket No 00D-1598), 66 Fed Reg 4839 (January 2001), online: FDA <www.fda.gov/Food/GuidanceRegulation/Gui-

non-GM counterparts do not have material differences, and are therefore subject to the same labelling requirements as other food products specified in sections 403(i) and 201(n) of the *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act (FDCA)*.²⁶ Accordingly, GM foods must necessarily be labelled differently from their non-GMO counterparts only when they: (1) are significantly different from their traditional counterparts; (2) have changed in usage; (3) have a significantly different nutritional property; or (4) contain new allergens.²⁷ As a result, in the absence of evidence of one of these four conditions, the implementation of a mandatory labelling regime based solely on consumer demand or on the principle of the consumer's right to know would represent a departure from the Act in its current form. The FDA's position is that production methods are not material factors by which to conclude that GM foods differ from non-GM conventional foods, and thus that special labelling measures should be not applied to GM foods in the absence of material differences between GM and non-GM foods.²⁸

However, individual US states, in particular western and northeastern states, have introduced ballot measures or proposals for mandating non-voluntary GMO labelling regimes similar to California's defeated Prop 37,²⁹ mentioned earlier. For example, Initiative 522 in the State of Washington, which aimed to establish an *Act Relating to Disclosure of Foods Produced through Genetic Engineering* (also known as the *People's Right to Know Genetically Engineered Food Act*), was based on the argument of the consumer's right to know, and would have mandated GMO labelling measures for all GM foods or foods containing a GM ingredient; it was rejected by voters on 5 November 2013.³⁰ However, in the same year, the Connecticut legisla-

danceDocumentsRegulatoryInformation/LabelingNutrition/ucm059098.htm>
[FDA, *Draft Voluntary Labeling Guidance*].

²⁶ *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*, 21 USC §§ 321(n), 343(i) (1938) [FDCA].

²⁷ FDA, *Draft Voluntary Labeling Guidance*, *supra* note 25.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ See *supra* note 5 (in the Introduction).

³⁰ Washington Initiative 522, *supra* note 13 at 5. See also Elizabeth Weise, "Washington state voters reject labeling of GMO foods", *USA Today* (6 November 2013), online: USA Today <www.usatoday.com/story/news/nation/2013/11/06/washington-state-voters-reject-gmo-labeling/3450705/>; Jon Entine, "After GMO labeling bill defeat in Washington, will anti-GMO 'witch hunts' escalate in next battleground – Kaua'i?", *Forbes* (7 November 2013),

ture passed *An Act Concerning Genetically-Engineered Food*, becoming the first state to support a requirement for GMO labelling.³¹ A month later, in January 2014, Maine joined Connecticut, with the passage into law of a GMO labelling act approved the previous year by its legislature.³² Nonetheless, by their own terms, the entry into force of these labelling laws depends on five neighbouring states of the northeast region enacting substantially similar statutes.³³ To date, no other contiguous states have passed mandatory GMO labelling laws.

US case law on the subject of the consumer's right to know is also relevant to this discussion. In *Alliance for Bio-Integrity v Shalala*, a coalition of scientists, chefs, civil activists, and religious leaders brought suit in federal court to oppose the FDA's non-labelling policy for GM food. Concerned that GMOs may pose potential risks to human health and the environment or that consuming GMOs infringed individuals' religious beliefs, the plaintiff organization founded its claim on six grounds – *inter alia*, the FDA's failure to observe notice-and-comment procedures, non-compliance with environmental legislation, arbitrary decision-making, and violation of religious freedom.³⁴ In accepting the counter-motion for summary judgment and dismissing the Alliance for Bio-Integrity's suit, the US District Court for the DC Circuit declined to support a consumer's right to know as a sole and sufficient basis for a food labelling legislation.³⁵ The Court held that a consumer's right to know can only be considered *after* another material difference has been shown in the product – in other words, that the consumer's

online: Forbes <www.forbes.com/sites/jonentine/2013/11/07/after-gmo-labeling-bill-defeat-in-washington-will-anti-gmo-witch-hunts-escalate-in-next-battleground-kauai/>.

³¹ Conn Gen Stat tit 21a, ch 418, § 21a-92c (2014) [*Connecticut GMO Labeling Law*]. See also Reid Wilson, "Maine becomes second state to require GMO labels", *The Washington Post* (10 January 2014), online: WP <www.washingtonpost.com/blogs/govbeat/wp/2014/01/10/maine-becomes-second-state-to-require-gmo-labels/>.

³² Wilson, *ibid*.

³³ *Act to Protect Maine Food Consumers' Right to Know*, *supra* note 13, § 2(1)-(2); *Connecticut GMO Labeling Law*, *supra* note 31; see also Wilson, *supra* note 31.

³⁴ *Alliance for Bio-Integrity v Shalala*, 116 F Supp (2d) 166 at 170 (DC Cir 2000) [*Shalala*].

³⁵ *Ibid* at 178-79.

interest in knowing is not material in and of itself under the *FDCA*³⁶ – and furthermore that the FDA's position that genetic modification did not create a material difference between two products was entitled to deference.³⁷

The case of labelling of recombinant bovine somatotropin (rBST)³⁸-derived milk products in the US is another instructive example of how the consumer's right to know has been addressed in US juridical practice. The substance in question, rBST, is a genetically engineered hormone. It is an artificial variant of bovine somatotropin, a hormone naturally produced by all milk cows that regulates a cow's milk production.³⁹ In 1993, the FDA approved the use of rBST in animals,⁴⁰ and it became one of the first GE products approved by the US government for use in livestock food production.⁴¹ Yet health-related concerns about rBST such as an alleged hindrance to the immune system and increased incidence of ketosis and liver disease resulted in extensive debates in the public sphere.⁴² However, safety assessments of

³⁶ *Supra* note 26.

³⁷ *Shalala, supra* note 34 at 178-79; see also Thomas J Moyer & Stephen P Anway, "Biotechnology and the Bar: A Response to the Growing Divide between Science and the Legal Environment" (2007) 22 Berkeley Tech LJ 671 at 697-701.

³⁸ The acronym for recombinant bovine somatotropin may be styled either "rBST" or "rbST." This article uses the form "rBST" except where directly citing a source that uses the alternative styling.

³⁹ Joseph J Molnar, Keith A Cummins & Peter F Nowak, "Bovine Somatotropin: Biotechnology Product and Social Issue in the United States Dairy Industry" (1990) 73:11 J Dairy Sci 3084 at 3085; see also David A Martin, "Crying over Spilt Milk: A Closer Look at Required Disclosures and the Organic Milk Industry" (2011) 18 Mo Env'tl L & Pol'y Rev 524 at 525.

⁴⁰ *Interim Guidance on the Voluntary Labeling of Milk and Milk Products from Cows That Have Not Been Treated with Recombinant Bovine Somatotropin*, 59 Fed Reg 6279 (1994) [*Interim rbST Guidance*].

⁴¹ DE Bauman, "Bovine Somatotropin and Lactation: From Basic Science to Commercial Application" (1999) 17:2-3 Domest Anim Endocrinol 101 at 111.

⁴² See *ibid* at 111-12; Lee Ann Jackson & Michele T Villinski, "Reaping What We Sow: Emerging Issues and Policy Implications of Agricultural Biotechnology" (2002) 24:1 Review of Agricultural Economics 3 at 12; Guillermo F Gallo & Elliot Block, "Effects of Recombinant Bovine Somatotropin on Nutritional Status and Liver Function of Lactating Dairy Cows" (1990) 73:11 J Dairy Sci 3276 at 3276; see also JK Oldenbroek et al, "Effects of Treatment of Dairy

rBST milk evaluated by authoritative US and Canadian bodies such as the US FDA, the Royal College of Physicians and Surgeons of Canada, etc., all concluded that the use of rBST was unlikely to cause any toxic effect on human health.⁴³ International organizations such as the World Health Organization (WHO) and the UN Food and Agriculture Organization (FAO) also confirmed that rBST was safe for human consumption.⁴⁴

Despite the lack of evidence proving that the use of rBST is harmful for human consumption, consumers increasingly expressed the desire for rBST labelling to enable them to differentiate between rBST and non-rBST milk products.⁴⁵ In February 1994, the FDA issued the *Interim Guidance on the Voluntary Labeling of Milk and Milk Products from Cows that Have Not Been Treated with Recombinant Bovine Somatotropin*.⁴⁶ This *Guidance* declined to implement a mandatory model and moreover discouraged the use of “rBST free” labelling, because the FDA was concerned that labelling milk products as “rBST free” might lead to a misunderstanding among consumers that milk products from cows treated with supplemental rBST were different in composition from, or inferior to, those derived from cows not receiving rBST.⁴⁷ To avoid this potentially erroneous impression, the *In-*

Cows with Recombinant Bovine Somatotropin over Three or Four Lactations” (1993) 76:2 J Dairy Sci 453 at 465.

⁴³ US, Food and Drug Administration, *Report on the Food and Drug Administration’s Review of the Safety of Recombinant Bovine Somatotropin* (updated 23 April 2009), online: FDA <www.fda.gov/animalveterinary/safetyhealth/productsafetyinformation/ucm130321.htm>; Royal College of Physicians and Surgeons of Canada, *Report of the Royal College of Physicians and Surgeons of Canada – Expert Panel on Human Safety of rbST* (prepared for Health Canada, January 1999) at “Conclusions”, online: Health Canada <www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/vet/issues-enjeux/rbst-stbr/rep_rcpsc-rap_crmcc_final-a-eng.php>.

⁴⁴ Seventy-Eighth Meeting of the Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives (JECFA), *Toxicological Evaluation of Certain Veterinary Drug Residues in Food*, WHO Food Additives Series, no 69 (Geneva: World Health Organization, 2014) at 143-45, online: WHO <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/128550/1/9789241660693_eng.pdf>.

⁴⁵ Terence J Centner & Kyle W Lathrop, “Labeling rbST-Derived Milk Products: State Responses to Federal Law” (1997) 45:2 U Kan L Rev 511 at 515.

⁴⁶ *Interim rbST Guidance*, *supra* note 40.

⁴⁷ The FDA noted that “[t]here is currently no way to differentiate analytically between naturally occurring bST and recombinant bST in milk, nor are there

terim rbST Guidance adopted the voluntary labelling method for rBST-derived milk products, but encouraged dairy producers to pair production labelling indicating that their milk is “from cows not treated with rbST”⁴⁸ with a clarifying statement such as “No significant difference has been shown between milk derived from rbST-treated and non-rbST-treated cows.”⁴⁹

Nevertheless, several jurisdictions in the US were not satisfied with the federal rBST labelling guidance, and they attempted to establish a mandatory labelling regime for rBST milk products. In 1994, based on the claim that laws should protect consumer interests and the public's right to know, Vermont implemented a statute mandating the labelling of rBST milk products derived from rBST-treated cows.⁵⁰ This requirement was vigorously challenged in court by the International Dairy Food Association (IDFA).⁵¹ The IDFA argued that the statute violated dairy producers' right to freedom of expression as guaranteed under the First Amendment.⁵² Vermont's mandatory requirements were rejected by the United States Court of Appeals for the Second Circuit.⁵³ On the basis of reports from the FDA, which confirmed that dairy products derived from herds treated by rBST were indistinguishable from products from untreated herds, the Court held that

their [Vermont consumers'] desire is *insufficient* to permit the State of Vermont to compel the dairy manufacturers to speak against their will. Were consumer interest alone sufficient, there is no end to the information that states could require manufacturers to disclose about their production methods.⁵⁴

any measurable compositional differences between milk from cows that receive supplemental bST and milk from cows that do not” (*ibid* at 6280).

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Vt Stat Ann tit 6 § 2754 (terminated 30 Mar 1998 by Adj Sess, No 127 § 4 (1993), as amended by No 61 § 272i (1997)).

⁵¹ *Int'l Dairy Foods Ass'n v Amestoy*, 92 F (3d) 67 (2d Cir 1996).

⁵² *Ibid* at 67.

⁵³ *Ibid* at 67, 69-70.

⁵⁴ *Ibid* at 74 [emphasis added].

The Court concluded that “consumer curiosity” could not provide a sufficient justification for mandating an rBST labelling measure, which it considered a breach of dairy producers’ First Amendment right to freedom of expression.⁵⁵

Legislators in other states, on the other hand, have taken the opposite position and attempted to *prohibit* processors from labelling their products as “artificial hormone free” or “rBST-free.” In 2007, Pennsylvania, another large dairy-producing state, proposed a draft that aimed to forbid any labelling statements indicating that a milk product was from non-rBST-treated cows.⁵⁶ Both dairy industry and consumer protection groups strongly objected to the proposal. They argued that the prohibition of “rBST-free” labelling would frustrate consumers’ access to information that was needed to fulfill their interest in being able to choose between rBST-derived and non-rBST-derived dairy products.⁵⁷ Pennsylvania Secretary of Agriculture Dennis Wolff contended, on the other hand, that “rBST-free” labels might falsely imply that rBST-treated products were unsafe.⁵⁸ After months of controversy, the Governor of Pennsylvania stepped in and the Pennsylvania Department of Agriculture subsequently issued revised milk labelling standards.⁵⁹ These standards required that any claim on the label of a dairy product stating that rBST was not used during production, such as “No rBST” or “Free of rBST” be accompanied by a disclaimer, so that the label in its

⁵⁵ *Ibid*; see also GL Keel, “Commercial Free Speech Trumps the Politics of Food Labeling: The Legacy of rBST-Free Milk Mandate and Prohibition Cases for Genetic Engineering Disclosure Laws” (2014) 48:1 First Amendment Studies 44 at 49.

⁵⁶ Mark Scolforo, “Pennsylvania bars hormone-free milk labels, roiling industry”, *San Diego Union-Tribune* (13 November 2007), online: SD U-T. <<http://legacy.utsandiego.com/news/business/20071113-1350-hormones.html>>.

⁵⁷ *Ibid*.

⁵⁸ *Ibid*. See also Emily A Kane, “Pennsylvania bans rBGH-free labels on dairy products”, *Natural News* (13 December 2007), online: NN <www.naturalnews.com/022379.html>.

⁵⁹ US, Pennsylvania Department of Agriculture, Bureau of Food Safety and Laboratory Services, *Milk Labeling Standards 2.0.1.17.08*, online: PDA <www.agriculture.state.pa.us/portal/server.pt/gateway/PTARGS_0_2_24476_10297_0_43/AgWebsite/Files/Publications/milk_labeling_standards_new.pdf> [*Pennsylvania Milk Labeling Standards*]. See also Teri Lee Gruss, “Pennsylvania governor rethinks milk labeling rule for rBST”, *Natural News* (22 February 2008), online: NN <www.naturalnews.com/022699.html>.

entirety would read, for example, "No rbST was used on cows producing this milk. No significant difference has been shown between milk derived from rbST-treated and non-rBST-treated cows."⁶⁰

Ohio is another state that attempted to prohibit "rBST-free" labelling under a rule adopted by the Ohio Department of Agriculture in 2008 that banned outright composition claims such as "rBST-free" on dairy product labels.⁶¹ The Ohio labelling rule was also adopted on the premise that a label that read "rBST-free" label might create the false or misleading impression that milk products from rBST-treated cows are inferior to those from untreated cows.⁶² However, in 2010, in *International Dairy Foods Association v Boggs*, both the IDFA and the Organic Trade Association (OTA) challenged the Ohio rule, claiming that the ban violated their First Amendment right to exercise truthful commercial speech.⁶³ The US Court of Appeals for the Sixth Circuit upheld the IDFA and OTA appeals and reversed the judgment of the district court, thus ruling against the ban on such labels.⁶⁴

As the above discussion reveals, the current US federal and state food labelling systems provide mechanisms to voluntarily make information available to consumers, but the consumer's right to know has not as yet been sufficient to justify a *mandatory* labelling regime at the federal level for either GMO foods or an analogous foodstuff from the point of view of "right to know" campaigns, namely rBST-derived milk products. Under current federal regulations, mandatory labeling of GMO foods can be demanded only when there are significant public health and safety interests that require special labelling on that basis. Based on the FDA's present findings on GMO safety assessment, as referenced above, it is unlikely for proponents of GMO labelling to succeed in convincing a court to implement or uphold a mandatory labelling requirement for GMO foods on the sole basis of the consumer's right to know.

⁶⁰ *Pennsylvania Milk Labeling Standards*, *supra* note 59, para 7(A)(iii).

⁶¹ Ohio Admin Code § 901:11-8-01 (rescinded). See also *International Dairy Foods Association v Boggs*, 622 F (3d) 628 at 634 (6th Cir 2010).

⁶² *Ibid* at 633.

⁶³ *Ibid* at 635.

⁶⁴ *Ibid* at 643.

B. European Union

The protection of the consumer's right to know has played a significant role in GMO labelling legislation in the European Union. The principle can be traced back to the *Treaty Establishing the European Community*,⁶⁵ and is reproduced in Article 169(1) of the current *Treaty on the Functioning of the European Union*. That article reads:

In order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Union shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organise themselves in order to safeguard their interests.⁶⁶

Moreover, the *Charter of Fundamental Rights of the European Union* proclaims, "Union policies shall ensure a high level of consumer protection."⁶⁷ Based on these established principles, GMO labelling legislation in the EU has consistently emphasized the protection of the consumer's right to know. The latest GMO labelling regulation, *EC Regulation 1830/2003*, maintains that making information available to consumers does constitute a sufficient legal basis for a mandatory GMO labelling regime.⁶⁸

⁶⁵ *Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community*, 2 October 1997, [1997] OJ C 340/173 at 247, art 153 (ex art 129a), as amended by the *Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts*, 2 October 1997, [1997] OJ C 340/1 (entered into force 1 May 1999).

⁶⁶ *Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, 13 December 2007, [2012] OJ C 326/47 at 124, art 169(1) (entered into force 1 December 2009; most recent consolidation 26 October 2012).

⁶⁷ *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 7 December 2000, [2012] OJ C 326/391 at 403, art 38 (entered into force 1 December 2009, most recent promulgation 26 October 2012). The *Charter* has binding legal effect on EU bodies and on member states only when they are implementing their EU obligations; see the *Treaty on European Union*, 13 December 2007, [2012] OJ C 326/13 at 19, art 6(1) (entered into force 1 December 2009; most recent consolidation 26 October 2012).

⁶⁸ Paragraph 11 of the preamble of EC Regulation 1830/2003 states: "It is necessary to ensure that consumers are fully and reliably informed about GMOs and the products, foods and feed produced therefrom, so as to allow them to make an informed choice of product." EC, *Regulation (EC) No 1830/2003 of the*

Although the consumer's right to know appears to be an important consideration with respect to GMO labelling legislation in the EU, the availability of GM products is relatively limited in the EU market.⁶⁹ Consequently, consumers in the EU are not likely to have a real choice between GM and non-GM products and, as a result, the legislation providing for a right to know *whether* foods are genetically modified may have limited real-world relevance in EU states. Questions about the legislation's supposed focus on consumers have also been raised, with criticisms levelled against some EU members' recent bans on certain GM varieties that had already passed EU safety assessments, on the basis that the policies in question are arbitrary and not based on scientific evidence, but rather are driven by political expediency or protectionist purposes.⁷⁰

One example of GMO policy that was not based on scientific evidence is the Monsanto MON810 corn case. A variety of GM maize, MON810 contains a Bt-derived gene that encodes a protein toxic to certain lepidopteran pest insects, including the European corn borer.⁷¹ To date, no evidence has been established showing that MON810 corn negatively affects non-targeted animals under natural field conditions.⁷² Nonetheless, MON810 has been banned for cultivation by the governments of six EU countries (France,

European Parliament and of the Council of 22 September 2003 concerning the traceability and labelling of genetically modified organisms and the traceability of food and feed products produced from genetically modified organisms and amending Directive 2001/18/EC, [2003] OJ L 268/24 at 25 [EC Regulation 1830/2003].

⁶⁹ Annie H Liu, My Bui & Mark Leach, "Considering Technological Impacts When Selecting Food Suppliers: Comparing Retailers' Buying Behavior in the United States and Europe" (2013) 20:2 Journal of Business-to-Business Marketing 81 at 90 ("most food retailers within the European Union do not sell GMO products.... However, in Iceland, GMO goods are available because of Icelanders' lack of awareness and therefore ambivalence on the issue").

⁷⁰ William A Kerr, "What Is New in Protectionism? Consumers, Cranks, and Captives" (2010) 58:1 Canadian Journal of Agricultural Economics 5 at 16; Marcel Kuntz, John Davison & Agnès E Ricroch, "What the French Ban of *Bt* MON810 Maize Means for Science-Based Risk Assessment", Correspondence, (2013) 31:6 Nat Biotechnol 498 at 498-99.

⁷¹ Agnès Ricroch, Jean Baptiste Bergé & Marcel Kuntz, "Is the German Suspension of MON810 Maize Cultivation Scientifically Justified?" (2010) 19:1 Transgenic Res 1 at 1 [Ricroch, Bergé & Kuntz, "German Suspension"].

⁷² *Ibid* at 9.

Austria, Greece, Hungary, Germany, and Italy) despite the absence of solid scientific evidence.⁷³ In France, contiguous cultivation of MON810, which had been grown for several years, was suspended due to political reasons in 2008.⁷⁴ The French government replaced two pre-existing science-based GMO committees (the *Commission de génie génétique* and the *Commission du génie biomoléculaire*) with a temporary committee, the *Comité de préfiguration de la Haute Autorité sur les biotechnologies*. After just one meeting, the chairman of the *Comité*, Senator Jean-François Le Grand, indicated that the group “had ‘serious doubts’ about the safety of MON810.”⁷⁵ However, his statement was denied by almost all other scientists and economists on the committee, who argued that Senator Le Grand had misinterpreted the committee report, as the document did not use the words “serious doubts,” nor did it characterize the new scientific evidence as demonstrating the negative effect of MON810.⁷⁶ Similarly, in 2009, the cultivation and marketing of MON810 in Germany was halted by Federal Minister Aigner,⁷⁷ whereupon the German Central Commission for Biological Safety challenged the moratorium as being non-scientifically grounded.⁷⁸ Related criticisms can be found in a study by Agnès Ricroch, Jean Baptiste Bergé, and Marcel Kuntz. Based on an extensive survey of the scientific literature regarding the possible effects of MON810 on non-target animals under natural field conditions, Ricroch’s team argued that the existing meta-knowledge on Bt maize “was ignored by the German government [which] instead used selected individual studies which fit what seems to be a political decision.”⁷⁹

⁷³ John Davison, “GM Plants: Science, Politics and EC Regulation” (2010) 178:2 *Plant Sci* 94 at 95.

⁷⁴ Kuntz, Davison & Ricroch, *supra* note at 70 at 498.

⁷⁵ Davison, *supra* note 73 at 95. (Note that Davison incorrectly refers to Senator Le Grand as “Legrand.”)

⁷⁶ Agnès E Ricroch, Jean Baptiste Bergé & Marcel Kuntz, “Is the Suspension of MON810 Maize Cultivation by Some European Countries Scientifically Justified?”, *Information Systems for Biotechnology News Report* (April 2010) at 2, online: ISB <www.isb.vt.edu/news/2010/Apr/Suspension-of-MON810-Maize-Cultivation.pdf>.

⁷⁷ Davison, *supra* note 73 at 95; Ricroch, Bergé & Kuntz, “German Suspension”, *supra* note 71 at 1-2.

⁷⁸ Kuntz, Davison & Ricroch, *supra* note at 70 at 498.

⁷⁹ Ricroch, Bergé & Kuntz, “German Suspension”, *supra* note 71 at 10.

Under the strict EU GMO approval systems and individual states' non-scientific-ly-grounded policy-making, GMOs are not cultivated in significant quantities in the EU.⁸⁰ As a result, the stringent EU labelling requirements intended to address the consumer's right to know can be considered protectionist measures, because the labelling demands are primarily applied to imported food and feed from GMO-producing countries such as Canada and the US.

C. China

Legislative powers in the People's Republic of China are vested in a number of bodies at the central and local levels.⁸¹ To date, neither of the two highest bodies – namely, the National People's Congress of China and its Standing Committee – has passed a law regarding GMOs or GM ingredients. The Standing Committee's *Food Safety Law of the People's Republic of China*, adopted in 2009, sets out general principles and provisions on food safety, packaging, and labelling of food products. It recognizes the important role of labelling of food products as a means of disclosing information and promoting communication between consumers and producers.⁸²

⁸⁰ International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications, *supra* note 15.

⁸¹ In terms of different levels of authority, concepts concerning laws in China can be summarized as follows (in descending order of authority): (1) "laws" are promulgated by the National People's Congress or its Standing Committee; (2) "(administrative) regulations" are issued by the State Council; (3) "(administrative) rules" are issued by the ministries under the State Council; (4) "local regulations" are promulgated by the people's congresses or their standing committees of the provinces, autonomous regions, and municipalities directly under the Central Government; (5) "local rules" are issued by the people's government of the provinces, autonomous regions, and municipalities directly under the Central Government and the comparatively larger cities. See PRC, 3rd sess, 9th National People's Cong, Pres Order No 31, *Legislation Law of the People's Republic of China*, arts 7, 56, 57, 63 (promulgated 29 April 2000). An official English translation is available in the legislative database of the Chinese Government's official website, online: Chinese Government's Official Web Portal <http://english.gov.cn/laws/2005-08/20/content_29724.htm>.

⁸² PRC, 7th sess Standing Cttee, 11th National People's Cong, Pres Order No 9, *Food Safety Law of the People's Republic of China*, art 48 (promulgated 28 February 2009) [*Food Safety Law*]. An unofficial English translation is available in the legislative database of the Chinese Procedural Law Network, on-

Although the *Food Safety Law* does not contain any detailed or specific provisions on GMO labelling, it has provided the authority for lower legislative bodies to enact other laws that can be applied to GMOs where applicable, including for the labelling of GMOs.⁸³ These laws include the *Measures for the Administration of New Resource Food*, issued by the Ministry of Health in 2007;⁸⁴ the *Administrative Provisions on Food Labeling*, issued by the State Administration of Quality Supervision, Inspection and Quarantine (QSIIQ) in 2007 and amended in 2009;⁸⁵ and the *Administrative Measures for Labeling Agricultural GMOs*, issued by the Ministry of Agriculture in 2002 and amended in 2004.⁸⁶

Before the *New Resource Food Measures* came into effect in 2007, there was another administrative rule: the *Administrative Measures for Genetical-*

line: CPLN <www.procedurallaw.cn/english/law/200903/t20090320_196425.html>.

⁸³ *Ibid.*, art 101.

⁸⁴ PRC, Ministry of Health, Order No 56 (2007), *Measures for the Administration of New Resource Food*, 2007 May-August Falü Qüanshu 560 (promulgated 2 July 2007; effective 1 December 2007; repealed 31 May 2013) [*New Resource Food Measures*]. For an unofficial English translation, see FAOLEX doc no LEX-FAOC073544, online: FAOLEX <<http://faolex.fao.org/docs/texts/chn73544E.doc>>. The Ministry of Health regulates health concerns associated with GM foods. See Yang Wanghua, “Regulation of Genetically Modified Organisms in China” (2003) 12:1 *Reciel* 99 at 105.

⁸⁵ PRC, General Administration of Quality Supervision, Inspection, and Quarantine, Order No 102 (2007), revised by Order 123 (2009), *Administrative Provisions on Food Labeling* (revision promulgated 22 October 2009) [*Administrative Provisions on Food Labeling*]. For an unofficial English translation, see FAOLEX doc no LEX-FAOC082579, online: FAOLEX <<http://faolex.fao.org/docs/texts/chn82579.doc>>.

⁸⁶ PRC, Ministry of Agriculture, Order No 10 (2002), revised by Order No 38 (2004), *Administrative Measures for Labeling Agricultural Genetically Modified Organisms*, 2002 January-June Falü Qüanshu 1689 (issued 5 January 2002; effective 20 March 2002; revised 1 July 2004). No English translation of the 2004 revision, either official or unofficial, seems to have been published. However, an unofficial English translation of the 2002 *Measures* is provided by the Chinese Ministry of Environmental Protection’s Biosafety Clearing-House, online: BC-H <<http://english.biosafety.gov.cn/image20010518/5423.pdf>>. Since 1996, the Ministry of Agriculture has established and implemented biosafety regulatory systems that ensure the appropriate use of agricultural bio-

ly *Modified Food Hygiene*.⁸⁷ Issued by the Ministry of Health in 2001, that rule specifically focused on the management of GM foods. It is worth noting that the protection of consumer “awareness” (i.e. right to know) had been recognized as a main rationale for implementing special management rules for GM foods in the 2001 *Measures*.⁸⁸ However, the 2007 *New Resource Food Measures* removed the statement regarding “protect[ing] consumers’ rights of ... awareness” from its rationales for establishing management measures for GM foods. Instead, it emphasized only health concerns to the exclusion of other considerations, thus establishing safety as the sole justification for the application of administrative measures to GM foods.⁸⁹

technology, from laboratory research to commercialization. See Jia Shirong & Peng Yufa, “GMO Biosafety Research in China” (2002) 1 *Environ Biosafety Res* 5 at 7.

⁸⁷ PRC, Ministry of Health, Order No 28 (2002), *Administrative Measures for Genetically Modified Food Hygiene*, 2002 January-June Falü Qüanshu 626 (approved 11 December 2001; promulgated 8 April 2002; effective 1 July 2002; repealed 2 July 2007 by the *New Resource Food Measures*, *supra* note 84, art 28) [*Administrative Measures for Genetically Modified Food Hygiene*]. An unofficial translation is provided by the US Food and Drug Administration Global Agriculture Information Network (GAIN), online: USDA <<http://apps.fas.usda.gov/gainfiles/200207/145684140.pdf>>.

⁸⁸ *Administrative Measures for Genetically Modified Food Hygiene*, *supra* note 87, art 1 states:

Based on the Food Hygiene Law of the People’s Republic of China ... and Ag GMO Safety Regulations, these measures are established to strengthen the monitoring and administration of genetically modified (GM) food and protect consumers’ rights of health and awareness.

(translation of the USFDA GAIN report, *supra* note 87 [reference omitted]).

⁸⁹ The *New Resource Food Measures*, *supra* note 84, states:

In order to strengthen the supervision and management of new resource food and protect the physical health of consumers, these Measures have been made in accordance with the Law on Food Hygiene Law of the People’s Republic of China (the “Food Hygiene Law”).

(translation from the FAOLEX database, *supra* note 84).

With regard to the *Administrative Provisions on Food Labeling* issued by the QSIQ, the protection of consumer interests is one of its rationales for requiring a food to be labelled. Other considerations include standardizing the labelling of foods, preventing fraud with respect to quality, and protecting the legitimate rights and interests of businesses.⁹⁰

II. CAN THE CONSUMER'S RIGHT TO KNOW PROVIDE SUFFICIENT JUSTIFICATION FOR A MANDATORY GMO LABELLING MEASURE AT THE LEVEL OF INTERNATIONAL LAW?

The preceding comparative analysis indicates that although the consumer's right to know has not been recognized as providing sufficient legal basis for mandatory GMO labelling in the US, Canada, or China, it does provide such a basis in the EU. As a result, conflicts of GM food trade due to different labelling measures are inevitable. Accordingly, the question of whether the consumer's right to know is accepted as a stand-alone justification for mandatory GMO labelling in relevant international instruments is of significance for the settlement of potential GMO-related trade disputes. At the level of international law, the legal instruments that contain provisions applicable to the labelling of GMOs are principally: (1) various international food labelling standards established by the Codex Committee on Food Labelling, a sub-committee of the Codex Alimentarius Commission; (2) the *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity*; and (3) the WTO agreements. Each of these is discussed in turn below.

⁹⁰ See *Administrative Provisions on Food Labeling*, *supra* note 85, art 1 (“[f]or the purpose of ... safeguarding the legitimate rights and interests of enterprises and consumers, these Provisions are formulated ...” [translation from the FAOLEX database, *supra* note 85]).

A. The Codex Alimentarius Commission and Codex Committee on Food Labelling

1. The Codex Alimentarius Commission

The Codex Alimentarius Commission was created in 1961 in the eleventh session of the Conference of the FAO, and formally approved by the Sixteenth World Health Assembly as the principal organ of the Joint FAO/WHO Food Standard Programme in May 1963.⁹¹ It is an international food standards-setting body, the first session of which was held that same year in Rome; around 120 participants from 30 countries and 16 international organizations attended the 1961 session.⁹² The US, EU, and Canada were among the first members of the Codex Alimentarius Commission, and China became a member in 1984.⁹³ Today, the Codex Alimentarius Commission has 186 members (185 countries and the EU) and 224 observers (52 intergovernmental organizations, 157 non-governmental organizations, and 15 UN agencies).⁹⁴ Its members comprise 99% of the world's population.⁹⁵

⁹¹ The World Health Organization (WHO), as the United Nations' specialized authority for directing and coordinating health, was formally established in 1948, and the World Health Assembly is the decision-making body of the WHO. See Kelley Lee, *The World Health Organization* (Abingdon, UK: Routledge, 2009) at 1; World Health Organization, "About WHO", online: WHO <www.who.int/about/en/>; World Health Organization, "World Health Assembly", online: WHO <www.who.int/mediacentre/events/governance/wha/en/>. For more information on the history of the Codex, see Codex Alimentarius, "About Codex: The Foundation History of Codex", online: CA <www.codexalimentarius.org/about-codex/codex-timeline/en/> [Codex Alimentarius, "Foundation History"]; Meredith T Mariani, *The Intersection of International Law, Agricultural Biotechnology, and Infectious Disease* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007) at 62.

⁹² Codex Alimentarius, "Foundation History", *supra* note 91.

⁹³ Codex Alimentarius, "Members and Observers: Members" (28 August 2014), online: CA <www.codexalimentarius.org/members-observers/members/en/>.

⁹⁴ Codex Alimentarius, "Members and Observers" (14 May 2014), online: CA <www.codexalimentarius.org/members-observers/en/>; see also Ching-Fu Lin, "Scientification of Politics or Politicization of Science: Reassessing the Limits of International Food Safety Lawmaking" (2013) 15:1 Colum Sci & Tech L Rev 1 at 5.

⁹⁵ Codex Alimentarius, "About Codex" (31 March 2014), online: CA <www.codexalimentarius.org/about-codex/en/>.

The Codex Alimentarius Commission develops Codex food standards, guidelines, and related texts that aim to protect the health of consumers and ensure fair food trade.⁹⁶ GM food labelling is addressed in the *Principles for the Risk Analysis of Foods Derived from Modern Biotechnology*, which were adopted by the Commission in 2003 (followed by amendments in 2008 and 2011).⁹⁷ According to the *Principles*, GM food risk assessment is a comprehensive process of science-based analysis and is conducted on a case-by-case basis.⁹⁸ Food labelling is regarded by the *Principles* as one of the risk management methods, but it is addressed in the context of marketing approvals and post-market monitoring with the purposes of

(a) verifying conclusions about the absence or the possible occurrence, impact and significance of potential consumer *health effects*; and (b) monitoring changes in nutrient intake levels, associated with the introduction of foods likely to significantly alter nutritional status, to determine their human *health impact*.⁹⁹

Hence, the health safety issue is the major concern under the Codex's risk assessment guidance for GM foods.

2. The Codex Committee on Food Labelling

The Codex Committee on Food Labelling (CCFL) is the main body under the Codex Alimentarius Commission that prepares drafting provisions on labelling applicable to all foods.¹⁰⁰ Prior to 2011, the CCFL had drafted four documents related to the issues regarding GMO labelling, but none of

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Codex Alimentarius Commission, *Principles for the Risk Analysis of Foods Derived from Modern Biotechnology*, CAC/GL 44-2003 (2003).

⁹⁸ *Ibid.*, s 3.13.

⁹⁹ *Ibid.*, s 3.20 [emphasis added].

¹⁰⁰ Codex Alimentarius, "List of Active Codex Committees" (2 April 2014), on-line: CA <www.codexalimentarius.org/committees-task-forces/en/?provide=committeeDetail&idList=7>.

them achieved consensus.¹⁰¹ Finally, in May 2011, after almost twenty years of debate, and having at last obtained the agreement of the US that it would not oppose the adoption of a Codex guideline on the voluntary labelling of GMOs, the 39th Session of the CCFL reached a consensus and thereby developed the 2011 *Compilation of Codex Texts Relevant to the Labelling of Foods Derived from Modern Biotechnology*.¹⁰² This newly adopted *Compilation* does not specifically endorse the labelling of GM products, nor create new obligations, but rather requires that any approach implemented by Codex members regarding the labelling of GM foods be consistent with already adopted Codex texts.¹⁰³

From a review of all of these existing Codex texts, it becomes evident that the consumer's right to know has not been considered a rationale that can be used to justify a mandatory labelling requirement for foods derived from modern biotechnology. For example, according to the *General Stan-*

¹⁰¹ These four drafts of the Codex Committee on Food Labelling (CCFL) included:

(1) *Proposed Draft Recommendations for the Labelling of Foods Obtained through Biotechnology*, ALINORM 97/22A, Appendix VI (Report of the CCFL to the Codex Alimentarius Commission, 25th Sess, Geneva, 1997);

(2) *Proposed Draft Recommendations for the Labelling of Foods Obtained through Certain Techniques of Genetic Modification/Genetic Engineering (Proposed Draft Guidelines for the Labelling of Food and Food Ingredients Obtained through Certain Techniques of Genetic Modification/Genetic Engineering)*, ALINORM 01/22A, Appendix V (Report of the CCFL to the Codex Alimentarius Commission, 24th Sess, Geneva, 2001);

(3) *Proposed Draft Guidelines for the Labelling of Food and Food Ingredients Obtained through Certain Techniques of Genetic Modification/Genetic Engineering: Labelling Provisions*, ALINORM 04/27/22, Appendix VI (Report of the CCFL to the Codex Alimentarius Commission, 27th Sess, Rome, 2004); and

(4) *Draft Amendment to the General Standard for the Labelling of Prepackaged Foods (Draft Recommendations for the Labelling of Foods Obtained through Certain Techniques of Genetic Modification/Genetic Engineering): Definitions*, ALINORM 08/31/22, Appendix VI (Report of the CCFL to the Codex Alimentarius Commission, 31st Sess, Geneva, 2008).

¹⁰² *Supra* note 20.

¹⁰³ The *Codex Compilation* states expressly: "The purpose of this document is only to recall and assemble in a single document some important elements of guidance from Codex texts, which are relevant to labelling of foods derived from modern biotechnology" (*ibid*, s 1). Specifically, the *Compilation* "recalls"

dard for the Labelling of Prepackaged Foods, GM food products are required to be labelled only when the presence of an allergen in any food or food ingredients obtained through biotechnology is transferred from any foods or ingredients that are known to cause hypersensitivity, such as peanuts, milk, fish, etc.¹⁰⁴ This indicates that the relevant concerns are still associated with health or safety specifically.

the following Codex Alimentarius documents:

- (1) *General Standard for the Labelling of Prepackaged Foods*, *supra* note 1, particularly ss 3.1-3.2, 4.1.1-4.1.2, 4.2.2, 7.1;
- (2) *General Guidelines on Claims*, CAC/L 1-1979, particularly ss 1.2-1.3, 2 (Definition), 3.3, 3.5, 4.1, 5.1(iii)-(vi);
- (3) *Guidelines for Use of Nutrition and Health Claims*, CAC/GL 23-1997, “Introduction” and ss 1.1-1.5;
- (4) *Guidelines for the Production, Processing, Labelling and Marketing of Organically Produced Foods*, CAC/GL 32-1999, particularly s 1.5;
- (5) *General Guidelines for Use of the Term “Halal”*, CAC/GL 24-1997;
- (6) *Working Principles for Risk Analysis for Food Safety for Application by Governments*, CAC/GL 62-2007;
- (7) *Principles for the Risk Analysis of Foods Derived from Modern Biotechnology*, CAC/GL 44-2003, particularly at para 19;
- (8) *Guideline for the Conduct of Food Safety Assessment of Foods Derived from Recombinant-DNA Plants*, CAC/GL 45-2003;
- (9) *Guideline for the Conduct of Food Safety Assessment of Foods Produced Using Recombinant-DNA Microorganisms*, CAC/GL 46-2003; and
- (10) *Guideline for the Conduct of Food Safety Assessment of Foods Derived from Recombinant-DNA Animals*, CAC/GL 68-2008.

See also Codex Committee on Food Labelling, *Proposed Draft Compilation of Codex Texts Relevant to Labelling of Foods Derived from Modern Biotechnology*, REP 11/FL, Appendix III (Report of the CCFL to the Codex Alimentarius Commission, 34th Sess, Geneva, 2011).

¹⁰⁴ *General Standard for the Labelling of Prepackaged Foods*, *supra* note 1, ss 4.2.1.4, 4.2.2.

B. The Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity

The *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity*¹⁰⁵ is the first multilateral treaty that deals exclusively with the safe handling, transport, and use of living modified organisms (LMOs) derived from modern biotechnology. The *Cartagena Protocol* was adopted on 29 January 2000, and entered into force on 11 September 2003.¹⁰⁶ As of 8 August 2014, the *Cartagena Protocol* has 167 contracting parties, including the EU and China.¹⁰⁷ Canada signed the *Protocol* on 19 April 2001, but has not ratified it.¹⁰⁸ The US has not signed or ratified the *Protocol*.¹⁰⁹

Aside from the establishment of a Biosafety Clearing-House, which is meant to “[f]acilitate the exchange of scientific, technical, environmental and legal information on, and experience with, living modified organisms,”¹¹⁰ the *Cartagena Protocol* also initiated two other kinds of information exchange mechanisms. One is the communication of information, which is provided for mainly through an “advance informed agreement” procedure (AIA);¹¹¹ the second is LMO identification, which is primarily based on the

¹⁰⁵ *Cartagena Protocol*, *supra* note 21.

¹⁰⁶ Convention on Biological Diversity, “Parties to the Protocol and Signature and Ratification of the Supplementary Protocol” (11 June 2014), online: CBD <<http://bch.cbd.int/protocol/parties/>>.

¹⁰⁷ Secretariat of the Convention on Biological Diversity, “Cartagena Protocol on Biosafety Ratification List” (8 August 2014), online: CBD <www.cbd.int/doc/lists/cpb-ratifications.pdf> [“Cartagena Ratification List”]. For more information on the *Cartagena Protocol*, see Mariani, *supra* note 91 at 18-27.

¹⁰⁸ “Cartagena Ratification List”, *supra* note 107.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Cartagena Protocol*, *supra* note 21, art 20.

¹¹¹ *Ibid.*, arts 7-8. Under the AIA, an exporter is required to provide a notification to potential participatory countries of the information specified in Annex I before the LMOs to be intentionally introduced into the environment can be exported. See also *ibid.*, art 11.1, which specifies that when LMOs are intended for direct use as food or feed, or for processing, the Party that makes a final decision regarding their domestic use, including placing them on the market, shall inform the Parties through the Biosafety Clearing-House within fifteen days of making that decision. That Party must make a decision under a domestic regulatory framework that is consistent with the objective of this Protocol and within 270

labelling regime.¹¹² The labelling requirement is a key component of the information exchange mechanisms under the *Cartagena Protocol*, and is a significant requirement for states parties to implement the *Protocol* as well. Ever since they were first agreed to in 2000, the detailed requirements for labelling LMOs intended for direct use as food or feed or for processing (LMO-FFPs) have undergone debate. Consensus was not fully reached until the seventh meeting of the Convention on Biological Diversity Conference of the Parties serving as Meeting of the Parties (MOP) to the *Cartagena Protocol on Biosafety* held in October 2014.¹¹³ The outcome of that meeting

days of receipt of the notification (*ibid*, arts 10.3, 11.4).

¹¹² *Ibid*, art 18.2.

¹¹³ This issue was discussed repeatedly, from the First Meeting of the Conference of the Parties (COP) to the Cartagena Protocol on Biosafety (2004) up until the Sixth Meeting (2012), but consensus was not fully reached during that period. See e.g. Third Meeting of the Conference of the Parties serving as the Meeting of the Parties to the Cartagena Protocol on Biodiversity (COP-MOP 3), Decision BS-III/10, *Handling, Transport, Packaging and Identification of Living Modified Organisms: Paragraph 2(a) of Article 18* (2006), online: CBD <www.cbd.int/decision/mop/?id=11066> [Decision BS-III/10]; see also Fifth Meeting of the Conference of the Parties serving as the Meeting of the Parties to the Cartagena Protocol on Biodiversity (COP-MOP 5), Decision BS-V/8, *Handling, Transport, Packaging and Identification of Living Modified Organisms: Paragraph 2(a) of Article 18* (2010), online: CBD <www.cbd.int/decision/mop/default.shtml?id=12321>. The issue was also discussed at the Fourth and Sixth Meetings without resolution (Decisions BS-IV/8 and BS-VI/8). But most recently, the COP-MOP 7 meeting held in October 2014 addressed this issue again and came to agreement based on a review of the past eight years of implementation of paragraph 2(a) of Article 18 of the *Cartagena Protocol* and Decision BS-III/10. See United Nations, Press Release, “UN Meeting Agrees on Decisions to Advance the Implementation of the International Agreement on the Safe Use of Living Modified Organisms” (3 October 2014), online: Convention on Biological Diversity <www.cbd.int/doc/press/2014/pr-2014-10-03-bscopmop7-en.pdf> [United Nations, Press Release, “Implementation of the International Agreement”]. For the report by the Executive Secretary accompanying the agenda item at the meeting, see Conference of the Parties serving as the Meeting of the Parties to the Cartagena Protocol on Biodiversity, Seventh Meeting, *Handling, Transport, Packaging and Identification of Living Modified Organisms: Synthesis of Information on Experience Gained with the Implementation of Requirements Related to Paragraph 2(a) of Article 18*, UNEP/CBD/BS/COP-MOP/7/8 (11 August 2014), especially at para 29, online: Convention on Biological Diversity <www.cbd.int/doc/meetings/bs/mop-07/official/mop-07-08-en.pdf>.

was an agreement that the Parties should continue to use measures that can ensure the implementation of requirements under paragraph 2(a) of Article 8 of the *Cartagena Protocol on Biosafety* and paragraph 4 of decision BS-III/10. Accordingly, each party shall clearly identify LMOs by using “may contain” or “contains” labelling and by ensuring they are intended for direct use as food or feed or for processing, but not for intentional introduction into the environment.¹¹⁴ However, the *Cartagena Protocol* does not address food safety concerns and does not require labelling for consumer products. As expressed in Article 1 of the *Protocol*, the established information exchange system is for

ensuring an adequate level of protection in the field of the safe transfer, handling and use of living modified organisms resulting from modern biotechnology that may have adverse effects on the conservation and sustainable use of biological diversity, taking also into account risks to human health....¹¹⁵

Consequently, it can be concluded that under the *Cartagena Protocol*, rationales for mandating labelling requirements on LMOs are not based on protecting the consumer's right to know, but primarily on the considerations of ensuring conservation and sustainable use of biological diversity, as well as protecting human health.

C. The WTO system

As the largest global international organization that deals with the rules of trade between member states, the WTO has played a key role in promoting free trade and settlement of interstate trade disputes.¹¹⁶ Currently, the WTO has 160 members, including active global trade players such as Canada, the

¹¹⁴ United Nations, Press Release, “Implementation of the International Agreement”, *supra* note 113; *Cartagena Protocol*, *supra* note 21, art 18.2(a); Decision BS-III/10, *supra* note 113 at paras 4(a)-(b).

¹¹⁵ *Cartagena Protocol*, *supra* note 21, art 1 [emphasis added].

¹¹⁶ World Trade Organization, “What is the WTO?”, online: WTO <www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm>; see also Simon Lester, Bryan Mercurio & Arwel Davies, *World Trade Law Text: Materials and Commentary* (Oxford: Hart, 2012) at 3.

EU, the US, and China.¹¹⁷ So far, there has been no complaint about GMO labelling on the WTO level, and within the WTO system there are no agreements that specifically regulate the labelling of GMOs. However, provisions of the WTO *GATT 1994*, the *SPS Agreement*, and the *TBT Agreement* all have some relevance to the issue of GM product labelling, and thus they are applicable to the settlement of potential GMO trade disputes arising from differing GMO labelling regimes. Moreover, the argument of the consumer's right to know has been discussed in several important WTO cases – for example, the *United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (US—Tuna II)*¹¹⁸ and, in particular, the *United States—Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements (US—COOL)*.¹¹⁹ These cases have provided persuasive evidence for determining whether the consumer's right to know can serve as a sole justification for mandatory labelling requirements under WTO rules.

1. *GATT 1994*

A fundamental agreement of the WTO system, the *GATT 1994* is based on general principles for liberalizing trade in goods. These principles must be applied to all areas of international trade in goods by all WTO members. Exceptions to the *GATT* obligations are available under Article XX, wherein a member state can justify restrictive measures on imported products in certain defined circumstances.¹²⁰ Among these exceptional situations, a demand for mandatory labelling of imported GMO foods could theoretic-

¹¹⁷ World Trade Organization, "Understanding the WTO: The Organization" (26 June 2014), online: WTO <www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm>.

¹¹⁸ *United States—Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (Complaint by Mexico)* (2012), WTO Doc WT/DS381/AB/R (Appellate Body Report), online: WTO <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/381abr_e.pdf> [*US—Tuna II*].

¹¹⁹ *United States—Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements (Complaints by Canada and Mexico)* (2012), WTO Doc WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R (Appellate Body Reports), online: WTO <www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/384_386abr_e.pdf> [*US—COOL*].

¹²⁰ Article XX of *GATT 1994*, *supra* note 22, originates in the original 1947 *GATT* (*General Agreement on Tariffs and Trade*, 30 October 1947, 55 UNTS 194, art XX, Can TS 1947 No 27 (entered into force 1 January 1948)), which is incorporated into the 1994 agreement under the operation of *GATT 1994*, Article

cally fall within exception (b) ("necessary to protect human, animal or plant life or health") and/or exception (g) ("relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption").¹²¹ However, the

1(a). Article XX permits exceptions for measures that are:

- (a) necessary to protect public morals;
- (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
- (c) relating to the importations or exportations of gold or silver;
- (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;
- (e) relating to the products of prison labour;
- (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;
- (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;
- (h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria ... ;
- (i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry ... ;
- (j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply

These listed exceptional measures are limited by the chapeau to Article XX, which states that the justification of these exceptions is "[s]ubject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade" (*ibid*). See also Jacqueline D Krikorian, *International Trade Law and Domestic Policy: Canada, the United States, and the WTO* (Vancouver: UBC Press, 2012) at 86-87.

¹²¹ *GATT 1994*, *supra* note 22, arts XX(b), (g); see also Marie Kreipe, *Genetically Modified Food: Trade Regulation in View of Environmental Policy Objectives* (Hamburg: Diplomica, 2010) at 23-24.

consumer's right to know is not one of the ten exceptions under Article XX.¹²² Moreover, much of the language of Article XX is broad and vague. Thus, in situations which are based on the objectives of protecting human and animal health or conserving exhaustible natural resources, the application of Article XX will be heavily dependent on interpretation by the Panel and Appellate Body.¹²³ To meet the increasing concerns regarding human and animal health, provision of information to consumers, and protection of the environment, two new legally binding agreements applicable to trade in goods – the *SPS Agreement* and *TBT Agreement* – were annexed to the WTO Agreement.¹²⁴ These agreements are discussed in the next two sections.

2. *SPS Agreement*

The *SPS Agreement* acknowledges that WTO members have the right to use certain trade-restrictive sanitary measures where “necessary for the protection of human, animal or plant life or health.”¹²⁵ Specifically, under the definitions in Annex A of the *Agreement*, these measures include “labelling requirements directly related to food safety.”¹²⁶ Therefore, a state can use the *SPS Agreement* to justify its labelling requirement if the labelling measure is adopted based on the argument of potential health risk. However, according to Articles 2.2 and 2.3, these labelling requirements must be

¹²² See Rüdiger Wolfrum, “Article XX *GATT* 1994: General Exceptions [Introduction]” in Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Anja Seibert-Fohr, eds, *WTO: Technical Barriers and SPS Measures* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007) 61 at 64.

¹²³ See generally Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll & Anja Seibert-Fohr, eds, *WTO: Technical Barriers and SPS Measures* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007).

¹²⁴ Simonetta Zarrilli & Irene Musselli, “The Sanitary and Phytosanitary Agreement, Food Safety Policies, and Product Attributes” in Merlinda D Ingco & John D Nash, eds, *Agriculture and the WTO: Creating A Trading System for Development* (Washington, DC: World Bank/Oxford University Press) 215 at 216-17. In the event of a conflict between the *GATT* 1994 and an Annex 1A listed agreement such as the *SPS* or *TBT Agreements*, the latter prevails (*ibid* at 220).

¹²⁵ Saul Halfon, “Confronting the WTO: Intervention Strategies in GMO Adjudication” (2010) 35:3 *Sci Technol Human Values* 307 at 310; *SPS Agreement*, *supra* note 23, art 2.1.

¹²⁶ *Ibid*, Annex A, para 1.

“applied only to the extent necessary to protect human, animal or plant life or health,” shall not be “maintained without sufficient scientific evidence,” and “shall not be applied in a manner which would constitute a disguised restriction on international trade.”¹²⁷

Given that the *SPS Agreement* recognizes the Codex Commission as a credible international authority on food related issues,¹²⁸ the 2011 *Codex Compilation* is expected to be followed by every WTO member on the basis of Article 3.1.¹²⁹ Nevertheless, WTO members can still use more stringent measures than the Codex standards in cases where they consider that the Codex guidelines are not sufficient to protect human, animal, or plant life or health in their jurisdiction, with the proviso that these measures must be justified by sufficient scientific evidence.¹³⁰ If the relevant scientific evidence is insufficient, member states can *provisionally* adopt a *SPS* measure to prohibit imports of certain items or require mandatory labelling of products¹³¹ – thus enabling, for example, the labelling of GM foods or foods containing GM ingredients. However, the condition for retaining these temporary *SPS* measures is that they have to be supported by “the additional information necessary for a more objective assessment of risk ... within a reasonable period of time.”¹³² Therefore, the *SPS Agreement* does not appear to be consistent with adopting the consumer’s right to know – i.e. a non-risk-based factor – as a rationale for imposing mandatory GMO labelling measures beyond a time-limited, provisional period.

¹²⁷ *Ibid*, arts 2.2, 2.3.

¹²⁸ *Ibid*, Annex A, para 3(a) (defining “[i]nternational standards, guidelines and recommendations” as being, in the area of “food safety, the standards, guidelines and recommendations established by the Codex Alimentarius commission relating to food additives, veterinary drug and pesticide residues, contaminants, methods of analysis and sampling, and codes and guidelines of hygienic practice”). See also Peter J Aggett et al, “Nutrition Issues in Codex: Health Claims, Nutrient Reference Values and WTO Agreements: A Conference Report” (2012) 51 *Eur J Nutr* S1 at S2.

¹²⁹ “To harmonize sanitary and phytosanitary measures on as wide a basis as possible, Members shall base their sanitary or phytosanitary measures on international standards, guidelines or recommendations, where they exist ...” (*SPS Agreement*, *supra* note 23, art 3.1).

¹³⁰ *Ibid*, art 3.3.

¹³¹ *Ibid*, art 5.7.

¹³² *Ibid*.

3. *TBT Agreement*

If a state argues that its labelling measures are not safety-based – in order to avoid application of the *SPS Agreement*, which is stringent in its requirements of proof – then the *TBT Agreement* would apply instead. The *TBT Agreement* sets up principles for assessing technical barriers to trade, requiring that technical regulations adopted by members not be applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade.¹³³ In the terminology of the *TBT Agreement*, labelling requirements applied to a GM-based product could be considered either a “technical regulation” (if it is a mandatory labelling regime) or a “standard” (if it is a voluntary labelling regime).¹³⁴

The *TBT Agreement* allows member states to use technical regulations to fulfill a legitimate objective, such as “national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment.”¹³⁵ However, Article 2.2 also requires that such technical regulations shall not be

prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create.¹³⁶

The use of the term “unnecessary obstacles” in Article 2.2 implies that some trade-restrictiveness is allowed under the *TBT Agreement*, provided that it does not exceed what is necessary to achieve the contribution that the technical regulation in question makes to legitimate objectives.¹³⁷

It is uncertain whether providing consumers with GMO information on labels solely on the basis of a claimed consumer’s right to know can be regarded as a legitimate objective under Article 2.2 of the *TBT Agreement*. To date, no analyses from the WTO Panels and Appellate Body have addressed

¹³³ *TBT Agreement*, *supra* note 24, art 2.1.

¹³⁴ *Ibid*, Annex 1, paras 1-2.

¹³⁵ *Ibid*, art 2.2.

¹³⁶ *Ibid*.

¹³⁷ See *US—Tuna II*, *supra* note 118 at para 319.

this issue. The WTO Appellate Body in its decision in the *US—COOL* dispute noted that the determination of the “legitimacy” of a measure’s objective should be based on an independent and objective assessment that considers the measure’s “design, architecture, structure, legislative history, as well as its operation.”¹³⁸ The Appellate Body also recognized that if the objective of the measure is among those enumerated in Article 2.2 of the *TBT Agreement*, then the objective is legitimate.¹³⁹ With regard to the objective of the “country of origin labeling” (COOL) measure, although providing consumers with information as to origin is not among those objectives specifically listed in Article 2.2, the Appellate Body found that the COOL measure was related to the objective of prevention of deceptive practices specified in both Article 2.2 and *GATT 1994*, Article XX(d).¹⁴⁰

Following the Appellate Body’s reasoning in the *US—COOL* case, if the provision of information can fall within the scope of the legitimate objective of prevention of deceptive practices under Article 2.2, the subsequent question should then be whether providing consumers with information on a *specific type of issue* – e.g. whether foods are GMO or contain GM ingredients – can also be linked to the objective of prevention of deceptive practices. To assert this linkage, a member state would have to prove that GM and non-GM products are different, and that deceptive purchases will occur because of confusion arising from the absence of labelling. One approach would be for the member state to demonstrate that the use of GM techniques has had an impact on the quality or properties of the end products sufficient to distinguish GM products from their non-GM counterparts. However, to date, there has been no solid scientific evidence suggesting GM and non-GM food products have material differences that may cause higher risks or major changes for nutritional compositions of GM foods.¹⁴¹

Given that there is no established evidence supporting the existence of material differences between GM and non-GM foods, the provision of in-

¹³⁸ *US—COOL*, *supra* note 119 at para 395.

¹³⁹ *Ibid* at paras 370-72.

¹⁴⁰ *GATT 1994*, *supra* note 22, art XX(d).

¹⁴¹ When California Prop 37, *supra* note 5, became a nationwide controversy, the American Association for the Advancement of Science (AAAS) issued a formal statement arguing against the misguided assumption by the proposition’s proponents that there are harmful risks associated with GM foods. The AAAS argued that “consuming foods containing ingredients derived from GM crops

formation to consumers as to whether their foods are genetically modified or contain GM ingredients is not likely to be deemed a “legitimate objective” under the meaning of Article 2.2 of the *TBT Agreement*. Even if it can be argued that there are scientific uncertainties for GM food risks, the consumer’s right to know and/or a state’s desire to provide consumers with information are still unlikely to provide sufficient justification for a mandatory GMO labelling measure under the *TBT Agreement*. This is because there is an alternative that can fulfill the same objective but in a less trade-restrictive manner: a voluntary negative (i.e. “GMO-free”) labelling requirement.¹⁴² As GM foods have repeatedly been shown to be as safe as non-GM foods for human consumption, the use of voluntary negative labelling by distributors of “GM-free” products could provide the desired level of consumer information, which may assist consumers in making informed choices while preventing trade conflicts from arising through contradictory mandatory labelling requirements.

CONCLUDING REMARKS

The evidence presented in the foregoing legal exploration indicates that a universal acceptance of the consumer’s right to know in the context of

is no riskier than consuming the same foods containing ingredients from crop plants modified by conventional plant improvement techniques.” See American Association for the Advancement of Science, News Release, “Statement by the AAAS Board of Directors on Labeling of Genetically Modified Foods” (20 October 2012), online: AAAS <www.aaas.org/sites/default/files/AAAS_GM_statement.pdf>. Even in the EU, where GM foods are subject to more stringent regulatory management, the European Food Safety Authority (EFSA) Panel on GMOs published a scientific opinion in 2012 on the safety assessment of genetically modified MON810 maize varieties, a type of GM maize developed by Monsanto that can express the Cry1Ab insect protein isolated from *Bacillus thuringiensis* (Bt) to control certain Lepidoptera insects. See EFSA Panel on Genetically Modified Organisms (GMO), “Scientific Opinion on an Application (EFSA-GMP-NL-2012-107) for the Placing on the Market of Maize MON 810 Pollen under Regulation (EC) No 1829/2003 from Monsanto” (2012) 10:12 EFSA Journal 3022, online: EFSA <www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/doc/3022.pdf>. The report “conclude[d] that the genetic modification in maize MON 810 does not constitute an additional health risk if maize MON 810 pollen were to replace maize pollen from non-GM maize in or as food” (*ibid* at 6). See also Kuntz, Davison & Ricroch, *supra* note 70.

¹⁴² See Keane, *supra* note 15 at 324.

GMO labelling legislation has not been achieved, either in domestic law or in relevant international instruments (see the summary presented in Tables 1 and 2). GMO labelling regulations in the US, Canada, and China do not recognize the consumer's interest in knowing whether foods are GMOs or contain GM ingredients as a sufficient, stand-alone rationale for implementing a mandatory labelling measure. Rather, only health safety concerns or compositional differences between GM and non-GM conventional foods would be regarded as determinative factors triggering labelling requirements. Put another way, under GMO labelling laws of these three countries, consumers only have a right to know what could harm them.

In contrast, EU GMO labelling law acknowledges the consumer's right to know as sufficient justification for a mandatory labelling regime. Accordingly, EU consumers are entitled to receive information about the GM status of their foods, regardless of health and safety concerns. This being said, the insistence on the consumer's right to know in EU GMO labelling legislation does not in itself guarantee EU consumers real choice at the point of purchase, because there are limited GM foods available in the EU market in the first place. In addition, an increasing number of challenges by scientists make the case that EU members' policies on the cultivation of authorized GMOs are not scientifically grounded, but rather are politically driven. Furthermore, because of the bans on GMO cultivation in the EU, the mandatory GMO labelling requirement overwhelmingly affects imported foods, a fact that suggests that the consumer's right to know may have been used as an excuse for EU protectionism.

At the international level, although the fragmentation of international law has resulted in different, or even inconsistent, approaches to GMO labelling requirements, applicable international instruments do not recognize the consumer's right to know as a permissible exclusive basis for a GMO labelling regime. The Codex Alimentarius's *Principles for the Risk Analysis of Foods Derived from Modern Biotechnology* and its 2011 *Compilation* regard health and safety concerns as the determinative factors for implementing mandatory GMO labelling. The *Cartagena Protocol*, in keeping with its status as an international environmental treaty, targets conservation and sustainable use of biological diversity, as well as the protection of human health. Thus, it does not provide authority for member states to require a special labelling measure for LMOs exclusively based on the consumer's right to know.

Under the WTO system, the consumer's right to know is not included in the exceptions under Article XX of the *GATT*, which permits special trade measures to be deemed not to violate other *GATT* rules. The *SPS Agreement*

insists on scientific justifications for any sanitary/phytosanitary measures adopted by member states, therefore it will not permit a mandatory GMO labelling regime grounded solely in the consumer's right to know without any supporting scientific evidence. The *TBT Agreement* allows member states to use technical regulations to fulfill a legitimate objective. Nonetheless, to analogize from the Appellate Body's reasoning in the *US—COOL* case, it appears that providing consumers with information about whether foods are GMOs or contain GM ingredients may not be regarded as satisfying a legitimate objective under Article 2.2 of the *TBT Agreement*, because of the lack of scientific evidence confirming that GM foods are either materially different from non-GM foods or pose any known harms or higher risks to human and animal health and safety. Therefore, the consumer's right to know appears to be unavailable under the WTO system as sufficient basis for mandatory GMO labelling as well.

As noted in the Introduction to this paper, Health Canada's current GMO labelling regime relies heavily on scientific rationality, while the EU GMO legislation emphasizes a social protection rationale. Although the Canadian model of scientific, evidence-based policy-making may be challenged for its limited social considerations, the EU model may not actually be more socially responsive; the discussion in Part II regarding some of the policies regarding GMOs adopted by EU countries reveals that the EU's GMO policy-making may in reality be more influenced by consumer and environmental lobby groups and/or protectionist concerns than by respect for consumer interests *per se*.¹⁴³ In conclusion, given that there is no established evidence indicating harmful effects of GMOs, and that the legal basis of the consumer's right to know has not been accepted under international instruments, especially in the WTO system, it is highly unlikely that Health Canada will stop using the present voluntary GMO labelling system and instead introduce a mandatory labelling system.

However, the obstacles to a mandatory labelling measure do not necessarily mean that there are no alternative methods for catering to the increasing demand for information about GM foods from consumers and environmental groups. In practice, commercial self-adjustments carried out by many companies in the US and Canada suggest that, even without a mandatory federal GMO labelling regime, greater transparency from manufactu-

¹⁴³ See *supra* notes 70-79 and accompanying text. See also Jonathan P Doh & Terrence R Guay, "Corporate Social Responsibility, Public Policy, and NGO Activism in Europe and the United States: An Institutional-Stakeholder Perspective" (2006) 43:1 *Journal of Management Studies* 47 at 61.

ers and retailers can be achieved through voluntary labelling. For instance, the retailer Whole Foods has already adopted an internal policy of voluntarily labelling and advertising the GM status of their products to inform their customers, and also requires their suppliers to provide this information.¹⁴⁴ Accordingly, some consumers' non-GMO preferences that are not scientifically linked to health and safety evidence are increasingly supported under voluntary labelling regimes. In fact, it is in consideration of promoting the consumer's right to make informed choices that the author of this paper advocates for the consistent implementation of a voluntary labelling regime.

¹⁴⁴ Walter Robb & AC Gallo, "Whole Foods Market commits to full GMO transparency – announcement at Natural Products Expo West", News Release/Corporate Blog Post, *Whole Foods Market* (11 March 2013), online: WFM <www.wholefoodsmarket.com/blog/whole-foods-market-commits-full-gmo-transparency-announcement-natural-products-expo-west>; see also Anton E Wohlers, "Labeling of Genetically Modified Food: Closer to Reality in the United States?" (2013) 32:1 *Politics Life Sci* 73 at 73.

TABLE 1. THE CONSUMER'S RIGHT TO KNOW IN US, CANADIAN, EU, AND CHINESE GMO LABELLING LEGISLATION

State	Labelling requirements for GMOs	Can the consumer's right to know provide the sole basis for mandatory labelling?	If not, what rationales can justify mandatory labelling?
US	Voluntary	No	A material difference between GM foods and their non-GM counterparts.
Canada	Voluntary	No	Health and safety concerns
EU	Mandatory	Yes	
China	Mandatory	Generally no	Health and safety concerns

TABLE 2. THE CONSUMER'S RIGHT TO KNOW IN INTERNATIONAL INSTRUMENTS RELEVANT TO GMO LABELLING

Instrument	Labelling requirements for GMOs	Can the consumer's right to know provide the sole basis for mandatory labelling?	If not, what rationales can justify mandatory labelling?
<i>Cartagena Protocol on Biosafety</i>	Mandatory	No	Conservation and sustainable use of biodiversity, human health
Codex CCFL	Not specified	No	Health and safety concerns
WTO Agreements	Not specified	Probably no	<i>GATT 1994</i> : Article XX exceptions <i>SPS Agreement</i> : Scientific evidence of health risks <i>TBT Agreement</i> : Measures that do not constitute unnecessary obstacles to international trade

LES LANGUES DES SIGNES AU CANADA : ENTRE DROITS LINGUISTIQUES ET DROITS DE LA PERSONNE

*Émilie Moniz et Mark Power**

Au Canada, les langues des signes n'ont aucun statut juridique. La surdité est considérée tant par les diverses lois canadiennes des droits de la personne que par la Cour suprême du Canada comme étant un handicap physique. Or, la surdité revêt aussi une dimension culturelle. Ces différentes manières de percevoir la surdité expliquent certaines des tensions expliquant le statut juridique des langues des signes au Canada. Des droits s'apparentant à des droits linguistiques ont été accordés aux locuteurs des langues des signes en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et par diverses lois de droits de la personne. Les langues des signes sont toutefois des langues à part entière, distinctes des langues officielles, et peuvent donc difficilement tirer profit des dispositions constitutionnelles garantissant un statut, des droits et des privilèges au français et à l'anglais.

In Canada, sign languages have no legal status. Deafness is considered to be a physical disability both by the various Canadian human rights laws and by the Supreme Court of Canada. Yet deafness also has a cultural dimension. These different ways of perceiving deafness explain some of the tensions underlying the legal status of sign languages in Canada. Quasi-linguistic rights have been recognized for speakers of sign languages by virtue of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and by diverse human rights legislation. However, sign languages remain a separate entity, distinct from the official languages, and thus it is difficult to invoke in their favour the constitutional provisions that guarantee legal status, rights, and privileges to French and English.

* Émilie Moniz, diplômée de l'Université Laval (Baccalauréat en sciences historiques et études patrimoniales) et de l'Université d'Ottawa (JD et LLL – Programme de droit canadien) ; Mark Power, avocat. Les auteurs tiennent à remercier leurs familles ainsi que M McClelland, È Thériault et M-È Dupuis.

© Émilie Moniz et Mark Power 2014

Référence : Émilie Moniz et Mark Power, « Les langues des signes au Canada : entre droits linguistiques et droits de la personne » (2014) 8 : 1 RD & santé McGill 43.

Citation: Émilie Moniz & Mark Power, "Les langues des signes au Canada : entre droits linguistiques et droits de la personne" (2014) 8:1 McGill JL & Health 43.

INTRODUCTION	45
I. LA SURDITÉ ET LES LANGUES DES SIGNES	50
A. <i>La surdité comme handicap</i>	51
1. Définir la surdité	51
2. La surdité et la lutte contre la discrimination des personnes handicapées	55
B. <i>Les langues des signes, des langues à part entière</i>	57
1. Définition des langues des signes	59
2. Statut juridique des langues des signes	62
II. LES LANGUES DES SIGNES ET L'ARTICLE 15 DE LA CHARTÉ	64
A. <i>La Charte et les langues des signes</i>	64
1. Une application des dispositions linguistiques de la <i>Charte</i>	64
2. Une évolution en vase clos : l'article 15 de la <i>Charte</i> et les droits linguistiques	69
B. <i>Égalité réelle, langue des signes et article 15 de la Charte</i>	73
1. Éducation	73
2. Accès aux services gouvernementaux	76
CONCLUSION	77

INTRODUCTION

Au Canada, les langues officielles, le français et l'anglais, font l'objet de dispositions constitutionnelles garantissant des droits linguistiques à leurs locuteurs. À l'exception peut-être des langues des peuples autochtones¹, il semble que les autres langues parlées par les membres du public canadien ne bénéficient d'aucun statut constitutionnel. En outre, pour le moment, la discrimination en vertu de la langue ne semble pas constituer un motif de discrimination prohibé par l'article 15 de la *Charte*². Les cours canadiennes ont jusqu'à présent refusé de reconnaître des droits linguistiques à des minorités dont les droits n'ont pas déjà été mentionnés explicitement par la *Charte*³. Cependant, dans l'affaire

¹ Voir généralement Julie Robinson et Mark C Power, « Constitutionnalité de dispositions conférant un statut, des privilèges et des droits à une langue minoritaire : le cas singulier du Nunavut et de la *Loi sur la protection de la langue inuit* » (2013) 58 : 3 RD McGill 519 ; Gabriel Poliquin, « La protection d'une vitalité fragile : les droits linguistiques autochtones en vertu de l'article 35 » (2013) 58 : 3 RD McGill 573. Les articles 25 et 35 de la *Charte*, *infra* note 2, n'accordent pas explicitement de statut aux langues autochtones. Il est vrai que l'article 14 de la *Charte* donne le droit à l'interprétation dans les procès criminels. Or, ce droit n'est pas considéré comme un droit linguistique. Il s'agit plutôt d'un droit découlant du droit à un procès juste et équitable. Voir *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768 au para 41, 173 DLR (4^e) 193 [Beaulac] ; Vanessa Gruben, « Le bilinguisme dans le domaine judiciaire » dans Michel Bastarache, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004, 155 aux pp 193-94. Au Yukon, aux Territoires du Nord-Ouest ainsi qu'au Nunavut, des lois ont accordé un statut particulier aux langues autochtones. Dans deux de ces territoires, les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut, des langues autochtones ont un statut de langues officielles. Voir *Loi sur les langues officielles*, LRTN-O 1988, c O-1 ; *Loi sur les langues officielles*, L Nu 2008, c 10.

² *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [Charte].

³ *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 RJO (3^e) 577 au para 96, 208 DLR (4^e) 577 (CA) [Lalonde]. Or, dans l'arrêt *Gosselin (Tuteur à l'instance) c Québec (PG)*, 2005 CSC 15 aux para 10-12, [2005] 1 RCS 238, 250 DLR (4^e) 483 [Gosselin], la Cour suprême ne ferme pas la porte à une interprétation de l'article 15 de la *Charte* permettant la reconnaissance de la langue comme motif de discrimination. En effet, la Cour suprême a indiqué qu'elle souscrivait aux observations de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 44 DLR (4^e) 16 à la p 37, 36 CCC (3^e) 353, 58 Sask R 161 (CA) :

*Eldridge*⁴ la Cour suprême du Canada a reconnu un droit à l'interprétation en langue des signes au moment de recevoir certains soins de santé.

Les langues des signes sont considérées comme des moyens de favoriser l'égalité et l'intégration des personnes sourdes⁵ et malentendantes⁶. C'est pourquoi les locuteurs des langues des signes⁷ accèdent généralement à de l'interprétation et à des services dans leur langue en vertu des lois de droits de la personne et de l'article 15 de la *Charte*⁸. L'interprétation et l'accès à des services en langue des signes visent ainsi à empêcher la discrimination en raison d'un handicap physique et à favoriser l'égalité réelle entre individus⁹. Or, pour certains locuteurs des langues des signes, ceux qui s'expriment majoritairement ou uniquement en langue des signes, l'accès à l'éducation et à des services en langue des signes est aussi une question qui soulève des intérêts collectifs. D'une certaine manière, les revendications de ces locuteurs s'apparentent aux revendications linguistiques des minorités nationales du Canada, dont les communautés de langue officielle en situation minoritaire.

À notre avis, la présence dans la Charte des dispositions relatives à la langue des art. 16 à 20, ou la suppression du mot 'langue' dans une version antérieure du par. 15(1), n'ont pas non plus nécessairement pour effet d'exclure de la portée de l'art. 15 la forme de distinction en cause [traduction de la Cour suprême dans l'arrêt *Gosselin*].

⁴ *Eldridge c Colombie-Britannique (PG)*, [1997] 3 RCS 624 au para 82, 151 DLR (4^e) 577 [*Eldridge*].

⁵ Selon une définition usuelle, un sourd « perçoit mal les sons ou ne les perçoit pas du tout » (*Le nouveau petit Robert*, 2004, *sub verbo* « sourd »).

⁶ Un malentendant est, selon une définition usuelle, une « personne dont l'acuité auditive est diminuée » (*ibid*, *sub verbo* « malentendant »).

⁷ Plusieurs personnes (et pas uniquement des personnes sourdes ou malentendantes) utilisent les langues des signes comme moyen de communication. Par exemple, un enfant « entendant » dont les deux parents sont sourds peut fort bien avoir une langue des signes comme langue maternelle. De même, un interprète en langue des signes peut être plus à l'aise de s'exprimer en langue des signes. Le terme « locuteur des langues des signes », en plus de renvoyer à une notion neutre qui ne fait pas référence à un handicap ou à des limitations auditives, permet d'inclure toutes les personnes s'exprimant en langue des signes.

⁸ *Eldridge*, *supra* note 4 au para 80.

⁹ *Ibid* au para 80 :

Cet article analyse l'interaction entre les langues des signes, les droits linguistiques et l'article 15 de la *Charte*. Nous soutenons qu'il est souhaitable que les législateurs, le constituant et les tribunaux considèrent les langues des signes comme de véritables langues, pouvant bénéficier d'un statut, de droits et de privilèges qui pourraient être inspirés du statut, des droits et des privilèges des langues officielles. En reconnaissant les langues des signes uniquement comme moyen d'enrayer la discrimination et de favoriser l'égalité des personnes sourdes et malentendantes, la réalité culturelle de ces langues et de ces locuteurs n'est pas prise en compte. Il en résulte une subordination des langues des signes aux langues orales. L'égalité réelle des locuteurs des langues des signes pourrait mieux se réaliser si un statut, des droits et des privilèges étaient accordés à ces langues.

Une analyse du contexte entourant l'utilisation des langues des signes sera réalisée dans un premier temps (partie I). Cela sera suivi d'une étude du traitement des langues des signes par les tribunaux saisis de litiges invoquant l'article 15 de la *Charte* en matière de langues des signes (partie II).

Le statut juridique des langues des signes a fait l'objet de très peu d'étude au Canada. En effet, il est étonnant qu'à l'exception des analyses de l'affaire *Eldridge*¹⁰ rares, voire inexistantes, sont les auteurs qui se sont penchés sur le sujet au Canada. Quoique nous tentions de combler une partie de ce vide, les objectifs de cet article sont modestes. Il vise à identifier la problématique entourant les droits linguistiques des locuteurs des langues des signes et surtout, d'encourager davantage de recherche dans le domaine par les chercheurs s'intéressant à l'égalité, aux minorités et au croisement de ces notions juridiques.

Je suis donc d'avis que le fait pour la commission des services médicaux et les hôpitaux de ne pas fournir de services d'interprétation gestuelle lorsque ces services sont nécessaires pour permettre des communications efficaces constitue une violation à première vue des droits garantis aux personnes atteintes de surdité par le para 15(1). Cette omission prive ces personnes de l'égalité de bénéfice de la loi et crée de la discrimination à leur endroit par comparaison avec les entendants.

¹⁰ Voir généralement Martha Jackman, « L'égalité réelle dans le contexte des droits linguistiques » dans André Braën, Pierre Foucher et Yves Le Bouthillier, dir, *Languages, Constitutionalism, and Minorities/Langues, constitutionnalisme et minorités*, Toronto, Butterworths, 2006, 629.

Bien que ce sujet soit peu étudié au Canada, le statut juridique des langues des signes est pourtant un enjeu important ailleurs dans le monde. Par exemple, le Parlement européen a adopté deux résolutions, la première en 1988¹¹ et la seconde en 1998¹², invitant ses États membres à reconnaître des droits aux locuteurs des langues des signes. En 2001, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹³ adopta une recommandation demandant que l'on accorde aux langues des signes une protection semblable à celle conférée aux langues régionales et minoritaires par la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*¹⁴.

Au Canada, la situation des personnes sourdes et malentendantes est assez méconnue du public, en raison notamment du faible nombre de ces personnes. En 2006, il y aurait 1 266 120 (5,0 %) des Canadiens âgés de 15 ans et plus qui ont déclaré avoir une limitation auditive¹⁵. De ce nombre,

¹¹ CE, *Résolution sur les langages gestuels à l'usage des sourds*, [1988] JO, C 187/236.

¹² CE, *Résolution sur le langage gestuel*, [1998] JO, C 379/66.

¹³ Le Conseil de l'Europe a pour mission de permettre une union étroite entre ses membres (47 États en 2012) par l'organisation de débats, la conclusion d'accords et l'adoption d'une action commune. L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe est composée de représentants de chaque État membre. Voir Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, « Working Structure : Parliamentary Representation », en ligne : CE <<http://website-pace.net/web/apce/parliamentary-representation>>.

¹⁴ CE, *Recommandation 1492 (2001) de l'Assemblée parlementaire sur les droits des minorités nationales*, [2001] art 12 xii, en ligne : Conseil d'Europe <<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta01/FRE/C1492.htm>>. Adoptée en 1992 par le Conseil de l'Europe, la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* a pour but de protéger et favoriser les langues régionales et minoritaires en Europe.

¹⁵ Le terme « limitation auditive » englobe toutes les déficiences auditives possibles (Statistiques Canada, *L'Enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006 : Faits sur les limitations auditives*, Ottawa, StatCan, 2006 à la p 6). Ainsi, cette expression inclut les personnes sourdes, devenues-sourdes, malentendantes et implantées. Une personne devenue sourde est une personne qui avaient une ouïe fonctionnelle, mais qui, à la suite d'un accident ou avec l'âge, a perdu une partie de sa capacité auditive. Le terme « malentendant » quant à lui, désigne les personnes qui peuvent entendre, mais qui n'ont pas une ouïe totalement fonctionnelle. Finalement, le terme « implanté » désigne les personnes ayant reçu un implant cochléaire pour les aider à mieux entendre.

seulement 25 370 (2,0 %) personnes ont indiqué utiliser une langue gestuelle pour communiquer¹⁶. Près de la moitié de ce groupe a déclaré utiliser la *American Sign Language* (ci-après ASL)¹⁷, alors qu'environ le quart utilisait un autre type de langage gestuel, tel qu'un langage propre à la région géographique de la résidence¹⁸, le langage corporel et les gestes¹⁹, hormis la *Langue des signes québécoise*²⁰ (ci-après LSQ).

Même si le nombre de personnes touchées par les problématiques entourant le statut des langues des signes est faible, l'étude de cette question est pertinente. D'abord, il s'agit d'une question importante pour les personnes ayant une limitation auditive qui désirent s'exprimer en langue des signes. Ensuite, il s'agit d'un point de rencontre entre les droits linguistiques et

Un implant cochléaire est un système électronique qui est implanté chirurgicalement sous la peau et dans l'oreille afin de restaurer l'audition d'une personne sourde. Voir Centre québécois d'expertise en implant cochléaire, « Un implant cochléaire ? » (2012), en ligne : CQEIC <www.implantcochleaire.ca/implant.html>.

¹⁶ Les langues gestuelles font référence à tous les moyens de communication autres que la parole tels que les langues des signes et le langage corporel.

¹⁷ La *American Sign Language* (ASL) est une langue des signes née aux États-Unis dont l'usage s'est répandu au Canada. Voir John Tabak, *Significant Gestures: A History of American Sign Language*, Westport, Praeger, 2006.

¹⁸ Il existe au Nouveau-Brunswick une adaptation régionale de la *Langue des signes québécoise* appelée la *Langue des signes des Maritimes*.

¹⁹ Le langage corporel et les gestes sont une manière informelle de communiquer. Ce n'est pas un code complet comme une langue. Il s'agit bien souvent de gestes utilisés par une personne pour communiquer ; voir *L'enquête sur la participation et les limitations d'activités de 2006 : Profil des appareils et des aides spécialisées pour les personnes ayant des incapacités*, Ottawa, StatCan, 2008 à la p 17 [Statistique Canada 2008].

²⁰ La *Langue des signes québécoise* (LSQ) est une langue des signes qui a été créée au Québec. Traditionnellement, l'ASL est parlée par les personnes issues de communautés anglophones tandis que la LSQ est parlée par des personnes issues de communautés francophones. L'Association des Sourds du Canada a pour position que seules deux langues des signes sont légitimes au Canada, l'ASL et la LSQ. La langue des signes des Maritimes quant à elle est considérée comme dialecte régional. Association des Sourds du Canada, « La langue » (23 juillet 2012), en ligne : Association des Sourds du Canada <www.cad.ca/la_langue.php>. Voir Statistique Canada 2008, *supra* note 19 à la p 19.

les droits à l'égalité, ce qui peut amener à se questionner quant au champ d'application de l'article 15 de la *Charte*. Les articles 15, 16 à 20 et 23 de la *Charte* ayant connu une évolution en vase clos²¹, il est pertinent de voir si ces dernières peuvent ou devraient interagir.

I. LA SURDITÉ ET LES LANGUES DES SIGNES

L'article 15 de la *Charte* prévoit que la loi s'applique à toutes personnes sans discrimination, notamment sans discrimination basée sur un handicap physique :

15. La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les *déficiences mentales ou physiques*.

Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de *leurs déficiences mentales ou physiques*.

15. Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or *mental or physical disability*.

Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or *mental or physical disability* [nos italiques]²².

²¹ *Mahé c Alberta*, [1990] 1 RCS 342 à la p 369, 68 DLR (4^e) 69 [Mahé].

²² *Charte*, *supra* note 2, art 15.

La surdité est considérée tant par le droit positif canadien²³ que par la Cour suprême du Canada²⁴ comme étant un handicap physique. Or, la surdité revêt à la fois une dimension médicale et une dimension culturelle²⁵ (partie A). Ces différentes manières de percevoir la surdité expliquent certaines des tensions quant au statut juridique des langues des signes (partie B).

A. La surdité comme handicap

La surdité est une notion polysémique²⁶ qui revêt des sens différents pour les personnes ayant une limitation auditive et pour la majorité entendante²⁷ (partie 1). C'est cependant la conception de la majorité, c'est-à-dire la surdité en tant que handicap²⁸, qui a guidé l'élaboration des mesures législatives touchant les langues des signes (partie 2).

1. Définir la surdité

Médicalement, la surdité est définie comme « la perte complète de la capacité auditive d'une ou des deux oreilles »²⁹. Plus précise, la définition employée par l'Association des Sourds du Canada considère qu'une

²³ Voir par ex *Saskatchewan Human Rights Code*, SS 1979, c S-24.1, art 2(1)(d.1) [*SHRC*] ; *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H.19, art 10 [*CDPO*].

²⁴ Voir notamment *Eldridge*, *supra* note 4 au para 55.

²⁵ Voir Charles Gaucher, *Ma culture, c'est les mains : La quête identitaire des Sourds au Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009 [Gaucher, *Ma culture*] ; Marguerite Blais, *La culture sourde : Quêtes identitaires au cœur de la communication*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006.

²⁶ Voir Irene W Leigh, *A Lens on Deaf Identities*, Oxford, Oxford University Press, 2009 aux pp 11-12 [Leigh].

²⁷ L'expression « majorité entendante » sert ici à désigner les personnes qui, à l'inverse des personnes sourdes/Sourdes, devenues-sourdes, malentendantes et implantées, ont une ouïe totalement fonctionnelle.

²⁸ Voir Mairian Corker, *Deaf and Disabled, or Deafness Disabled?: Towards a Human Rights Perspective*, Buckingham, Open University Press, 1998 aux pp 5-6.

²⁹ Organisation mondiale de la Santé « Surdité et déficience auditive » (février 2014), en ligne : OMS <www.who.int/mediacentre/factsheets/fs300/fr/>.

personne est médicalement sourde lorsque cette dernière « a peu ou pas d'audition fonctionnelle et dépend d'une communication visuelle »³⁰, telle qu'une langue des signes³¹, la lecture labiale³², l'écriture et la lecture³³. Une personne malentendante, quant à elle, a une perte partielle de sa capacité auditive sans pour autant être totalement sourde³⁴. Ainsi, toute limitation auditive est perçue comme un handicap physique. Cette manière de conceptualiser la surdité se traduit généralement par une opposition binaire entre ce qui constitue un état dit « normal » et de la surdité en tant que « handicap »³⁵.

La conception médicale de la surdité sous-entend qu'une personne ayant une limitation auditive est déficiente, qu'elle n'est pas complète ou

³⁰ L'Association Sourds du Canada, « La définition de 'Sourd' » (23 juillet 2012), en ligne : Association des Sourds du Canada <www.cad.ca/la_definition_de_sourd.php> [ASC, « La définition de Sourd »].

³¹ Au Canada, les langues des signes les plus parlées sont l'ASL et la LSQ.

³² Communément appelée « lecture sur les lèvres », la lecture labiale est une technique de communication par laquelle une personne comprend un message parlé en observant le mouvement des lèvres de leur interlocuteur (Centre québécois de la déficience auditive, « Lecture labiale » (19 juillet 2012), en ligne : CQDA <www.cqda.org/index.php?option=com_content&view=article&id=101&Itemid=123>).

³³ ASC, « La définition de Sourd », *supra* note 30.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ John Tabak critique cette opposition qui affecte le travail des spécialistes de la santé :

There have always been these two competing perceptions of deafness – deafness as a deficit and deafness as a cultural and linguistic heritage – and views about the meaning of deafness have never been more polarized than they are today. Among health-care professionals, those perceptions are often ahistorical. In effect, far too many doctors, scientists, and biomedical engineers work in a vacuum. They are sure that their perceptions of the meaning of deafness in the lives relative to those of others because they have never bothered to familiarize themselves with ideas different from those they acquired during their own educations. Incredibly, there are many individuals involved in the most intimate and profound issues specifically affecting the lives of the Deaf who have never had meaningful contact with Deaf adults.

fonctionnelle³⁶. Pourtant, la surdité n'a pas qu'une dimension médicale. Être Sourd³⁷ revêt aussi une dimension culturelle³⁸. C'est dans les années 1960, aux États-Unis, qu'est apparu le concept de culture sourde pour définir et

Voir Tabak, *supra* note 17 à la p 184. Voir aussi Leigh, *supra* note 26 à la p 12.

³⁶ Brendon D Pooran et Cara Wilkie, « Failing to Achieve Equality: Disability Rights in Australia, Canada, and the United States » (2005) 20 J L & Soc Pol'y 1 à la p 2.

³⁷ C'est en 1972 dans un article de James C Woodward que la distinction entre « deaf » avec un « d » minuscule et « Deaf » avec un « D » majuscule apparaît. Le terme « deaf » désigne les aspects physiologiques de la surdité tandis que « Deaf » désigne les personnes revendiquant leur appartenance à la culture sourde. Ces termes ont été largement adoptés par la communauté scientifique. C'est pourquoi une traduction française de ces mots est utilisée dans l'article. Il est vrai qu'un adjectif ne peut avoir une lettre majuscule en français. Or, dans ce contexte bien précis « Sourd » est utilisé comme le nom propre d'un groupe culturel distinct. Les textes de Marguerite Blais et de Charles Gaucher, spécialistes de la culture sourde au Québec, utilisent un « S » majuscule pour parler des tenants de la culture sourde. Voir James C Woodward, « Implications for Sociolinguistic Research among the Deaf » (1972) 1 Sign Language Studies 1. Voir aussi Gaucher, *Ma culture*, *supra* note 25 ; Blais, *supra* note 25 ; Jan Branson et Don Miller, *Damned for Their Difference: The Cultural Construction of Deaf People as Disabled*, Washington, Gallaudet University Press, 2002 ; Kristin A Lindgren, Doreen DeLuca et Donna Jo Napoli, dir, *Signs & Voices: Deaf Culture, Identity, Language and Arts*, Washington, Gallaudet University Press, 2002.

³⁸ Une culture est définie en sociologie comme un « ensemble des croyances, des valeurs et des normes qui orientent la conduite des membres d'une société donnée, ainsi que les connaissances acquises par un individu ». Au sens plus large, c'est tout ce qui n'est pas inné et qui relève d'un processus social. Voir JF Couet, A Davie et A LeFlanchec, *Dictionnaire de l'essentiel en sociologie*, 3^e éd, Paris, Liris, 2002, *sub verbo* « Culture ». Comme le souligne John Tabak :

For those unfamiliar with Deaf culture and the culturally Deaf, it is often difficult to appreciate the idea that many Deaf do not perceive deafness as a disability. These Deaf reject the label "handicapped," as they reject the necessity of a technical fix for the physical characteristic that many outsiders perceive to be their defining trait. There is Deafness as culture, and to be culturally Deaf is, in this view, not a bad thing at all. In fact, many Deaf now celebrate their Deafness and describe their lives as filled with possibilities rather than limitations [*supra* note 17 à la p 181].

Voir aussi généralement Blais, *supra* note 25.

concevoir la surdité³⁹. À ce moment, les membres d'une nouvelle classe moyenne sourde revendiquent leur surdité comme un trait culturel à la base même d'une identité distincte, l'identité Sourde⁴⁰. En se définissant non plus uniquement comme des handicapés, ces Sourds se réapproprient alors le sens même de leur différence⁴¹. Ils rejettent l'idée que la surdité n'est qu'un handicap physique et un problème médical. Dès lors, la surdité peut devenir une qualité et non plus un problème physique devant être corrigé⁴².

Il existe des tensions dans la manière de concevoir la surdité en tant que culture et en tant que handicap. Ces tensions sont présentes à la fois dans les manières divergentes que la société majoritaire entendante et les personnes ayant une limitation auditive⁴³ conçoivent la surdité, mais aussi dans la manière dont ces dernières perçoivent leur état. Il n'est pas impossible de concevoir le handicap comme un trait culturel. Les travaux de l'anthropologue Charles Gaucher avec les Sourds et les malentendants du Québec permettent de mieux saisir comment s'articule cette identité :

En interrogeant les Sourds, on se rend vite compte que même si plusieurs d'entre eux revendiquent leurs droits en des termes qui renvoient à des logiques ethniques, ils continuent à ne voir aucune incohérence dans le fait qu'ils sont représentés et inclus dans les grandes associations de personnes handicapées au Québec. [...] Il semble aussi cohérent d'être un intervenant en réadaptation et de valoriser la « culture sourde », que d'être culturellement sourd et de recevoir des services de l'État en tant que personne handicapée [notes omises]⁴⁴.

³⁹ Tom Humphries, « Scientific Explanation and Other Performance Acts in the Reorganization of DEAF » dans Kristin A Lindgren, Doreen DeLuca et Donna Jo Napoli, dir, *Signs & Voices: Deaf Culture, Identity, Language and Arts*, Washington, Gallaudet University Press, 2002, 3 à la p 5.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Gaucher, *Ma culture*, *supra* note 25 à la p 8.

⁴² Maya Sabatello, « Disability, Cultural Minorities, and International Law: Reconsidering the Case of the Deaf Community » (2005) 26 *Whittier Law Review* 1025 à la p 1028.

⁴³ Il existe autant de manières de percevoir la surdité qu'il existe d'individus. Voir Leigh, *supra* note 26 aux pp 9-11.

⁴⁴ Charles Gaucher, « Les sourds comme figures de tension identitaires » (2005) 29 : 2 *Anthropologie et Sociétés* 151 à la p 151.

Bien que la surdité soit un point de rencontre entre culture et handicap, c'est uniquement dans le cadre plus large du droit des personnes handicapées que des mesures législatives ont été adoptées pour favoriser l'égalité des personnes ayant une limitation auditive.

2. La surdité et la lutte contre la discrimination des personnes handicapées

Les instruments législatifs canadiens de droits de la personne comprennent des dispositions visant à garantir expressément l'égalité aux personnes ayant une limitation auditive en tant que personnes handicapées⁴⁵. Ces dispositions visent à empêcher la discrimination des personnes sourdes en raison de ce qui est qualifié de handicap.

Même s'il existe plusieurs instruments législatifs interdisant la discrimination en vertu d'un handicap au Canada, la disposition phare à ce sujet demeure l'article 15 de la *Charte*. Adopté à la suite d'un important mouvement de revendication de groupes activistes de droit de la personne, cet article a fait du Canada l'un des premiers pays à protéger constitutionnellement l'égalité des personnes handicapées⁴⁶. D'autres motifs de discrimination qui ne sont pas mentionnés explicitement à l'article 15 de la *Charte*

⁴⁵ Voir notamment *Human Rights Code*, RSBC 1996, c 210, art 7(1), 8(1), 10(1) ; *Alberta Human Rights Act*, RSA 2000, c A-25.5, préambule ; *Saskatchewan Human Rights Code*, SS 1979, c S-24.1, art 2(1)(d.1)(F), 2(1)(m.01)(vii) ; *Code des droits de la personne*, CPLM c H175, art 9(2)(l) ; *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H.19, art 10(1) ; *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ, c C-12, art 10 ; *Loi sur les droits de la personne*, LRN-B 2011, c 171, art 4(1), 5(1) ; *Human Rights Act*, RSNS 1989, c 214, art 3(1)(iii), 5 ; *Human Rights Act*, RSPEI 1988, c H-12, art 1(c.1), 1(d) ; *Human Rights Act*, SNL 2010, c H-13.1, art 2(c), 9(1) ; *Loi sur les droits de la personne*, LRY 2002, c 116, art 7, 37 ; *Loi sur les droits de la personne*, LTN-O 2002, c 18, art 1, 5(1) ; *Loi sur les droits de la personne*, LNUN 2003, c 12, art 1, 7(1).

⁴⁶ Lisa Vanhala, « Twenty-five Years of Disability Equality? Interpreting Disability Rights in the Supreme Court of Canada » (2010) 39 C L World Rev 27 aux pp 27-28.

peuvent être reconnus comme motifs analogues s'il s'agit de « caractéristiques personnelles immuables ou encore modifiables uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle »⁴⁷. L'objet ultime de l'article 15 de la *Charte* est de déterminer si la mesure législative contestée viole le droit du demandeur à l'égalité réelle⁴⁸. Il est possible qu'il y ait de la discrimination au sens du paragraphe 15(1) lorsqu'une politique gouvernementale nie le droit au bénéfice égal de la loi malgré l'existence d'une loi non discriminatoire⁴⁹. Les personnes ayant une limitation auditive sont protégées explicitement par l'article 15 de la *Charte* puisqu'elles sont considérées comme des personnes handicapées. Dans les affaires *Eldridge c Colombie-Britannique (PG)*⁵⁰ et *Association des sourds du Canada c*

⁴⁷ Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p 1166. De plus, il faut apprécier cette immuabilité en tenant compte la notion de dignité humaine. Voir *Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497, 170 DLR (4^e) 1 [Law avec renvois aux RCS] ; *R c Kapp*, 2008 CSC 41 au para 25, [2008] 2 RCS 483, 294 DLR (4^e) 1 [Kapp] ; *Corbiere c Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 RCS 203, 173 DLR (4^e) 1.

⁴⁸ *Withler c Canada*, 2011 CSC 12 aux para 37-40, [2011] 1 RCS 396, 329 DLR (4^e) 193.

⁴⁹ *Canada (PG) c Jodhan*, 2012 CAF 161 aux para 132 et s, 350 DLR (4^e) 400 [Jodhan].

⁵⁰ *Eldridge*, *supra* note 4. Dans cette affaire, les demandeurs étaient des personnes sourdes communiquant par langue des signes. Ils ont poursuivi le gouvernement de Colombie-Britannique, car ce dernier avait arrêté le programme d'interprète en langue des signes dans les hôpitaux de la province au moment de recevoir des soins de santé. Les demandeurs soutiennent que l'absence d'interprète dans les hôpitaux diminue la capacité des personnes sourdes de communiquer avec les médecins et augmente le risque de mauvais diagnostics et de traitements inefficaces. La Cour suprême du Canada a déterminé que la *Charte* s'appliquait à la décision de ne pas fournir de services d'interprète dans le cadre du régime de soin de santé. Ensuite, la Cour suprême a indiqué que le gouvernement de la Colombie-Britannique avait violé l'article 15 de la *Charte* en ne finançant pas l'interprétation en langue des signes à l'intention des personnes atteintes de surdité quand elles reçoivent des soins médicaux.

*Canada*⁵¹, la Cour suprême et la Cour fédérale ont reconnu que la surdité constitue un handicap physique et que l'article 15 de la *Charte* intervient pour contrer la discrimination envers les personnes ayant une limitation auditive.

À l'image de l'article 15 de la *Charte*, la protection des personnes sourdes en tant que personnes handicapées existe dans les différentes mesures législatives provinciales et territoriales des droits de la personne. Toutes les provinces et territoires canadiens ont voté des mesures législatives interdisant la discrimination fondée sur un handicap⁵². Certains de ces instruments, tels le *Saskatchewan Human Rights Code*⁵³ et le *Code des droits de la personne*⁵⁴ de l'Ontario, incluent explicitement la surdité comme un handicap physique. Sans exception, chaque ressort canadien protège les personnes handicapées de la discrimination et a l'obligation d'accommoder les personnes sourdes et malentendantes pour leur permettre de participer pleinement à la société.

B. Les langues des signes, des langues à part entière

Les différentes mesures de protection des droits de la personne tant en droit canadien qu'en droit international mentionnent rarement les langues des signes. Pourtant ces langues peuvent jouer un rôle important dans l'élimination des barrières qui marginalisent les individus ayant une limitation auditive de la société majoritaire entendante⁵⁵. Ces langues permettent à des personnes ayant une limitation auditive de communiquer et d'interagir avec

⁵¹ 2006 CF 971, 272 DLR (4^e) 55 [*Association des sourds*]. Les demandeurs dans cette affaire soutenaient que les lignes directrices du gouvernement fédéral encadrant la mise en œuvre de sa *Politique d'interprétation gestuel* empêchaient les personnes sourdes et malentendantes d'avoir accès aux services du gouvernement. La Cour fédérale a reconnu que les lignes directrices ont donné lieu à une différence de traitement fondée sur une déficience, soit un motif énuméré à l'article 15 de la *Charte*. Ce traitement différent a donné lieu à de la discrimination et à un manquement de l'article 15 non justifié par l'article 1.

⁵² Voir notamment *supra* note 45.

⁵³ *SHRC*, *supra* note 23, art 2(1)(d.1)(F).

⁵⁴ *CDPO*, *supra* note 23, art 10(1).

⁵⁵ Branson et Miller, *supra* note 37 aux pp 238-39.

le monde qui les entoure⁵⁶. Il s'agit de langues complètes avec des systèmes grammaticaux et des structures qui leur sont propres (partie 1), dont les locuteurs devraient disposer de droits linguistiques (partie 2).

⁵⁶ Dans le chapitre d'introduction de son livre, *Significant Gestures: A History of American Sign Language*, John Tabak fait le compte rendu de son séjour à la Austine School for the Deaf and Hard of Hearing au Vermont où la langue d'enseignement est la *American Sign Language*. Il remarque à quel point les étudiants de cette école communiquent avec aisance dans cette langue :

On this campus, during the spring of 2004, deafness is not a barrier to communication, but the inability to sign is. Here the students are communications experts: [w]hen they walk to and from classes, they communicate effortlessly with each other and with their teachers in sign; when cheerleaders perform before spectators at a sporting event, they do so in sign; when aspiring scholars seek help from the librarian, they ask in sign, and it is in signed language that their questions are answered. Student flirt in sign; they learn in sign; they argue in sign. Signed language does not make all of this possible, of course, but signed language does make all of this easy and graceful. A skilled signer is a joy to watch. American Sign Language – a language developed largely by the Deaf for their own use – enables these Deaf students to effortlessly express those casual, stream-of-consciousness observations, witticisms, and insights that most hearing people take for granted.

For the students, the decision to use American Sign Language is empowering. When American Sign Language is used as the medium of communication between teacher and student, the language in which their thoughts are conveyed becomes practically transparent. Students and teachers concentrate on the content of their discussion rather than their form. These students, unlike Deaf students educated without signed language, do not depend on continual feedback from their teacher about the volume of their voices relative to the background noise, nor do they depend on their teacher for help in the pronunciation of various words. American Sign Language evens the relationship between student and teacher; the students are capable of excelling in American Sign Language as anyone else on campus, and that, of course, is part of the language's attraction. The decision to use American Sign Language as a sort of *lingua franca* contributes to the sense of freedom so apparent around campus. While one remains on campus the condition of deafness no longer hinders ordinary conversation. Here one finds ordinary American life expressed in an extraordinary language. (Tabak, *supra* note 17 aux pp 5-6.)

1. Définition des langues des signes⁵⁷

Des recherches scientifiques indiquent que les premières communications entre êtres humains furent sous forme de gestes⁵⁸. Il est fort probable que les personnes ayant une limitation auditive aient naturellement communiqué avec des signes et des gestes⁵⁹. Même si cette forme de communication est très ancienne, il fallut attendre de nombreux siècles avant que l'étude et l'enseignement de celle-ci apparaissent. Une des premières tentatives d'enseignement⁶⁰ d'un système de signes pour aider la communication

⁵⁷ Avant de se lancer dans l'analyse des langues des signes, il importe d'expliquer pourquoi cette expression a été choisie. En effet, l'utilisation de l'expression « langues des signes » ne fait pas consensus dans la jurisprudence canadienne. En effet, dans les versions françaises des arrêts *Eldridge* et *Association des sourds du Canada c Canada*, la Cour suprême du Canada et la Cour fédérale utilisent l'expression « langage gestuel » plutôt que langue des signes pour traduire l'expression anglaise « sign language ». Or, l'expression « langage gestuel » ne permet pas de traduire parfaitement la notion de « sign language ». En effet, la notion de « langage gestuel » est large et permet d'inclure à la fois les langues des signes et tous les gestes sans structures définies qui peuvent parfois compléter les propos d'une personne. En français les langues des signes, comme l'ASL et la LSQ, sont simplement désignées sous l'expression « langue des signes ». Ainsi, on parle de la *Langue des signes québécoise* au Canada et de la *Langue des signes française* en France. Afin d'illustrer l'utilisation à tort de l'expression « langage gestuel » voir par ex *Eldridge*, *supra* note 4 aux para 5, 57, 89, 90 ; *Association des sourds*, *supra* note 51 aux para 1, 3, 8, 20, 29, 38. Voir David F Armstrong, « Origins of Sign Language » dans Marc Marschark et Patricia Elizabeth, dir, *The Oxford Handbook of Deaf Studies, Language and Education*, New York, Oxford University Press, 2011 à la p 328.

⁵⁸ Il est possible de faire des rapprochements entre les humains et ses plus proches parents, les chimpanzés et les gorilles. L'étude de ces derniers a permis de découvrir que bien qu'ils n'aient pas les capacités neurologiques pour comprendre une langue orale, ils peuvent comprendre les langues des signes. On peut donc croire que les ancêtres des premiers humains étaient eux aussi capables de s'exprimer en signe avant de pouvoir parler : voir Armstrong, *supra* note 57 à la p 326.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Un moine bénédictin espagnol, Pedro Ponce de León, aurait été le premier à enseigner la parole à des enfants sourds de l'aristocratie espagnole. Cela avait pour but de contourner les règles de droit romain qui stipulaient qu'une personne ne pouvant parler devait être déchue de ses droits civiques, dont le droit à l'héritage. Ponce de León aurait aussi enseigné la communication par signes en s'inspirant des techniques utilisées par les moines ayant fait le vœu de silence.

de personnes sourdes a été réalisée en France par l'abbé Charles-Michel de l'Épée au XVIII^e siècle. Il fut le premier à créer artificiellement une langue de signes où la syntaxe du français écrit était reproduite par des signes⁶¹. C'est plus tard, grâce au travail de Thomas Hopkins Gallaudet⁶² et d'un des étudiants de l'Abbé de l'Épée, Laurent Clerc, que l'enseignement de signes pour former une manière de communiquer distincte des langues orales a pris de l'essor en Amérique du Nord, permettant ainsi la naissance de l'ASL au XIX^e siècle⁶³. Il faudra cependant attendre 1960⁶⁴ et l'article « Sign Language Structure : An Outline of the Visual Communication Systems of the American Deaf »⁶⁵ de William C Stokoe pour que l'on considère les langues des signes comme des langues à part entière. Stokoe, un professeur à l'Université Gallaudet, a étudié l'ASL et a conclu que cette dernière avait les mêmes caractéristiques linguistiques qu'une langue s'exprimant oralement⁶⁶.

Toutefois, ces signes ne formaient pas un système complet visant à remplacer la parole (Gaucher, *Ma culture*, *supra* note 25 à la p 19). Voir généralement Blais, *supra* note 25 ; Tabak, *supra* note 17.

⁶¹ Voir généralement Blais, *supra* note 25 ; Tabak, *supra* note 17.

⁶² L'Université Gallaudet à Washington, seule université à avoir des programmes destinés spécialement aux sourds et aux malentendants, a été nommée en son honneur. Fondée en 1864, l'Université Gallaudet est encore aujourd'hui un acteur de premier plan dans le domaine de l'éducation, des communications, de la *American Sign Language*, de l'histoire et de la culture sourde. Voir Gallaudet University, « History of Gallaudet University » (2012), en ligne : Gallaudet University <www.gallaudet.edu/gallaudet_university/about_gallaudet/history.html>.

⁶³ Voir généralement Blais, *supra* note 25 ; Tabak, *supra* note 17.

⁶⁴ La fin du XIX^e siècle et la première moitié du XX^e siècle sont marquées par un vaste mouvement visant à discréditer l'enseignement des langues des signes. En 1880, lors du deuxième Congrès international pour l'amélioration du sort des sourds-muets de Milan, on tenta d'interdire l'enseignement des langues des signes qui sont une « représentation forte de la sensualité du 'corps gesticulant' afin d'interdire la mimique et de la présenter comme inefficace, mais surtout comme foncièrement malhonnête et même dangereuse » (Gaucher, *Ma culture*, *supra* note 25 à la p 33).

⁶⁵ William C Stokoe, « Sign Language Structure: An Outline of the Visual Communication Systems of the American Deaf » (1960) 10 : 1 *Journal of Deaf Studies and Deaf Education* 3.

⁶⁶ Tabak, *supra* note 17 à la p 117.

La plupart des langues s'expriment par l'écrit et par l'oral. Or, il existe plusieurs langues qui ne s'expriment pas de cette façon. Par exemple, de nombreuses langues n'ont pas ou n'avaient pas jusqu'à tout récemment de formes écrites⁶⁷. L'écrit n'est donc pas une condition *sine qua non* à l'existence d'une langue. Il n'est pas non plus nécessaire qu'une langue s'exprime dans l'oralité pour permettre l'expression ou la communication. Les langues des signes, avec des signes faits par le corps, peuvent très bien traduire des concepts et rendre compte de la réalité⁶⁸.

Les langues des signes sont multiples et différentes. Plusieurs pays ont une langue des signes nationale⁶⁹. Ces langues ont en commun d'être basées non pas sur l'oralité et l'écrit, mais sur des signes faits par les mains et le corps compris visuellement ; des personnes sourdes/Sourdes, devenues-sourdes, malentendantes, implantées et entendantes choisissent de s'exprimer dans ces langues. Les langues des signes ne sont pas des sous-divisions des langues orales⁷⁰. Cependant, il existe des liens certains entre ces dernières. Les locuteurs des langues des signes sont généralement issus de familles parlant une langue orale et vivent au sein de communauté de la majorité entendante. Ils sont donc influencés et exposés aux langues orales. Au Canada, ces liens sont d'autant plus évidents que les locuteurs des lan-

⁶⁷ Par exemple, la langue wendate a fait l'objet en 2008, à l'Université Laval, d'un projet de recherche visant à établir des dictionnaires, une grammaire et des ressources pédagogiques pour permettre la transmission de cette langue. Voir Serge Beaucher, « Les langues autochtones tiennent le coup ! » (octobre 2011), en ligne : Contact <www.contact.ulaval.ca/articles/les-langues-autochtones-tiennent-coup-632.html>. Malgré cette absence de forme écrite, certains prétendent que le statut des langues autochtones serait protégé au Canada par les articles 25 et 35 de la *Charte*. Voir *supra* note 1.

⁶⁸ Harry Markowicz, « La langue des signes : réalité et fiction » (1979) 13 : 56 *Langages* 7 à la p 8.

⁶⁹ Nina Timmermans, *Le statut des langues des signes en Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2005 à la p 9.

⁷⁰ *Ibid.* Signe de cette différence, au Québec, la langue des signes la plus couramment utilisée est la LSQ. Cette langue « ne brime pas son utilisateur, elle coule de ses mains avec richesse et se fond dans son corps. Elle est l'inévitable aboutissement linguistique pour les Sourds. » Toutefois, il existe aussi au Québec le français signé qui calque en geste la structure du français (Gaucher, *Ma culture*, *supra* note 25 à la p 110). Voir aussi Timmermans, *supra* note 69 à la p 9.

gues des signes issues de communautés d'expression anglaise s'expriment en ASL et ceux issus de communautés d'expression française en LSQ.

Depuis les travaux de Stokoe, les langues des signes⁷¹ sont considérées comme étant des langues à part entière par diverses instances gouvernementales et internationales⁷². Comme toutes les langues, les langues des signes sont soumises à des règles et possèdent un vocabulaire et une structure grammaticale bien précis⁷³. Un rapport de 2005 du Conseil de l'Europe soulignait que les langues des signes :

remplissent des fonctions analogues à celles des langues orales, puisqu'elles permettent de communiquer, d'entretenir des relations sociales, s'exprimer une identité culturelle ou de procurer du plaisir au moyen de formes d'expression artistique⁷⁴.

Si on considère que les langues des signes sont des langues à part entière au même titre que les langues s'exprimant dans l'oralité, il serait donc possible que des droits s'apparentant à des droits linguistiques puissent découler de l'utilisation de ces langues ou devraient un jour en découler.

2. Statut juridique des langues des signes

Traditionnellement, les droits linguistiques sont des droits de la personne issus des droits des minorités. Souvent ces droits visent à protéger les minorités nationales⁷⁵ de la discrimination et de l'assimilation et à ga-

⁷¹ Il n'existe pas une langue des signes universelle. La plupart des pays ont leur propre langue des signes. Voir Timmermans, *ibid* à la p 9.

⁷² Voir *supra* notes 10-13. La Cour fédérale, dans *Association des sourds*, *supra* note 51 au para 8, reconnaît que les langues des signes sont des langues indépendantes.

⁷³ Voir Timmermans, *supra* note 69 à la p 10.

⁷⁴ *Ibid* à la p 9.

⁷⁵ Les définitions de « minorités nationales » telles que définies dans les outils de droit international ne permettent pas de considérer les personnes sourdes et malentendantes une minorité. La culture sourde ne se qualifierait pas comme minorité culturelle en vertu de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, RT Can 1976 n

rantir leurs droits d'employer leurs langues et du coup, de préserver leurs cultures⁷⁶. Ces droits sont protégés tant sur le plan national⁷⁷ qu'international⁷⁸. Ces protections ont pour but de créer des conditions favorables dans lesquelles les communautés de langue officielle peuvent participer pleinement dans la société⁷⁹. Les droits linguistiques sont aussi des droits fondamentaux qui doivent encadrer les actions de l'État en matière linguistique⁸⁰.

Certains États ont reconnu juridiquement les droits linguistiques des langues des signes. Par exemple, en Europe, les constitutions de la Finlande⁸¹ et du Portugal⁸² accordent des droits aux locuteurs de langue des

47, 6 ILM 368 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976) [PIDCP], car les personnes sourdes/Sourdes, devenues-sourdes, malentendantes et implantées ne correspondent pas au modèle des autres cultures dans leur existence et dans la transmission. Voir généralement Sabatello, *supra* note 42.

⁷⁶ Voir généralement Michel Bastarache, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004.

⁷⁷ Au Canada, par exemple, certains droits linguistiques du public sont énoncés aux articles 16 à 20 et 23 de la *Charte*. Voir généralement Bastarache, *ibid*.

⁷⁸ Voir PIDCP, *supra* note 75 art 27 (« [d]ans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue »). Voir généralement Emmanuel Decaux et Martin Fanny, *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011 ; Ingrid Roy, « Les diverses solutions 'intégratives' et 'autonomistes' offertes aux communautés de langue officielle du Canada pour préserver et développer leur spécificité » (2012) 1 : 1 Minorités linguistiques et société 115.

⁷⁹ Bastarache, *supra* note 76 à la p 7.

⁸⁰ Susana Mancini et Bruno De Witte, « Language Rights as Cultural Rights: A European Perspective » dans Francesco Francioni et Martin Scheinin, dir, *Cultural Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, 247 à la p 247.

⁸¹ En Finlande, la langue est un motif prohibé de discrimination. L'article 17 de la constitution finlandaise garantit aux personnes utilisant les langues des signes le droit de communiquer en langue des signes avec l'aide d'un interprète (Timmermans, *supra* note 69 à la p 42).

⁸² Au Portugal, l'article 74 de la constitution énonce que l'État doit protéger et valoriser les langues des signes portugaises afin de favoriser l'accès à l'éduca-

signes. Ce n'est pas le cas au Canada. La LSQ ainsi que l'ASL, les deux langues des signes majoritairement pratiquées au Canada, ne font l'objet d'aucune protection juridique explicite.

II. LES LANGUES DES SIGNES ET L'ARTICLE 15 DE LA *CHARTE*

À l'exception de législation dans le domaine de l'éducation⁸³, les langues des signes ne paraissent pas jouir d'un statut juridique particulier au Canada. Il faut croire qu'il s'avérerait difficile d'utiliser les dispositions linguistiques de la *Charte* pour bonifier les droits des locuteurs des langues des signes (partie A). L'article 15 de la *Charte* offre néanmoins un moyen imparfait de reconnaître certains droits relatifs aux langues des signes s'apparentant à des droits linguistiques⁸⁴ (partie B).

A. *La Charte et les langues des signes*

Les langues des signes étant des langues à part entière distinctes des langues orales, il semble qu'elles ne peuvent profiter du statut constitutionnel accordé au français et à l'anglais par la *Charte* (partie 1). Cependant, l'application de l'article 15 de la *Charte* permet la reconnaissance de certains droits aux locuteurs de langues de signes ayant une limitation auditive (partie 2).

1. Une application des dispositions linguistiques de la *Charte*

Les articles 16 à 20 et 23 de la *Charte* protègent l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais au Canada. Ils garantissent des droits linguistiques aux personnes d'expressions française et anglaise dans divers

tion et l'égalité des chances (*ibid* à la p 116).

⁸³ Par exemple en Ontario, la LSQ et l'ASL sont des langues d'enseignement respectivement dans les écoles de langue française et les écoles de langue anglaise. Voir *Loi sur l'éducation*, LRO 1990, c E.2, art 1(1), 58.1(1), 11(1), 21.1, 294(3)(e).

⁸⁴ Voir par ex *Eldridge*, *supra* note 4 ; *Association des sourds*, *supra* note 51.

domaines, dont l'accès aux services⁸⁵, les procédures judiciaires⁸⁶ et en éducation⁸⁷. Ces dispositions doivent être interprétées de manière réparatrice afin de corriger les injustices passées et de protéger les droits de la minorité⁸⁸. Depuis la promulgation de la *Charte* en 1982, les revendications de minorités linguistiques en vertu de ces dispositions ont grandement amélioré l'accès à des services et à l'éducation en langue officielle⁸⁹. À l'inverse, les tribunaux canadiens ont affiché beaucoup plus de retenue dans leur manière de traiter les revendications faites en vertu de l'article 15 de la *Charte*⁹⁰.

Les succès des revendications en vertu des articles 16 à 20 et 23 de la *Charte*⁹¹ pourraient inciter les locuteurs des langues des signes à utiliser celles-ci afin d'obtenir un meilleur accès à de l'éducation et à des services en langue des signes. Or, appliquer ces dispositions de la *Charte* dans le

⁸⁵ Voir généralement Nicole Vaz, « Le principe d'égalité des langues officielles » dans Michel Bastarache, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004, 657 à la p 669 ; Michel Bastarache et al, « Au-delà des nombres : le droit du public canadien à des services fédéraux dans la langue officielle de son choix » (2011) 35 : 1 Man LJ 14.

⁸⁶ Voir *supra* note 1.

⁸⁷ Voir généralement Mark Power et Pierre Foucher, « Les droits linguistiques en matière scolaire » dans Michel Bastarache, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004, 399.

⁸⁸ Voir *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man)*, art 79(3), (4) et (7), [1993] 1 RCS 839 à la p 850, [1993] SCJ no 26 (QL) [*Renvoi Manitoba*] ; *Beaulac*, *supra* note 1 au para 19 ; *Mahé*, *supra* note 21 aux pp 362-63.

⁸⁹ Voir *supra* note 1. Voir par ex *DesRochers c Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 RCS 194 [*DesRochers*] ; *Mahé*, *supra* note 21 ; *Doucet c Canada*, 2004 CF 1444, [2005] 1 RCF 671 [*Doucet*].

⁹⁰ Par exemple dans la décision *Auton (Tuteur à l'instance) c Colombie-Britannique (PG)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 RCS 657 [*Auton*], la Cour suprême a statué que le défaut du gouvernement de la Colombie-Britannique d'offrir des traitements spéciaux pour des enfants autistes n'était pas une violation aux principes d'égalité réelle. Voir généralement Mel Cousins, « Health Care and Human Rights after Auton and Chaoulli » (2009) 54 : 4 RD McGill 717.

⁹¹ Voir par ex *Mahé*, *supra* note 21.

contexte de revendications linguistiques de locuteurs de langue des signes s'avèrerait difficile.

Pour illustrer les difficultés d'une telle utilisation des articles 16 à 20 et 23 de la *Charte*, prenons une situation de fait similaire à celle de l'affaire *Association des sourds*⁹². Dans cette affaire, le gouvernement fédéral décida de mettre fin à un programme d'interprétation en langue des signes. Du coup, les locuteurs de langues de signes ayant une limitation auditive étaient empêchés d'avoir accès aux services du gouvernement. La partie demanderesse, l'Association des Sourds du Canada, pouvait contester la décision du gouvernement de deux manières : soit en soutenant que la décision du gouvernement contrevenait à l'article 15 de la *Charte*⁹³, soit en soutenant que cette décision brimait le paragraphe 20(1) de la *Charte*.

Pour avoir gain de cause au chapitre de l'article 15 de la *Charte* les demandeurs devaient démontrer que la loi établit une distinction formelle entre les personnes ayant une limitation auditive et le public en général⁹⁴. Il aurait aussi été possible d'invoquer le paragraphe 20(1) de la *Charte*. Il faudrait alors soutenir que l'ASL et la LSQ sont des extensions des langues officielles et qu'en tant que telles, elles peuvent et devraient bénéficier des dispositions linguistiques de la *Charte*. Il ne serait alors nécessaire que d'établir l'existence d'une demande suffisante pour des services en français ou en anglais ou que la vocation du bureau nécessite des services dans l'une de ces deux langues officielles. La jurisprudence est importante à ce sujet et permettrait peut-être d'accorder certains droits linguistiques au profit des locuteurs des langues des signes.

Au Canada, les protections constitutionnelles ne sont offertes qu'aux langues officielles. Ainsi, pour invoquer les articles 16 à 20 et 23 de la *Charte* au bénéfice des locuteurs des langues des signes, il faudrait que les tribunaux canadiens élargissent le sens de la langue anglaise et de la langue

⁹² *Supra* note 51.

⁹³ C'est cette approche qui a été exclusivement utilisée jusqu'à présent pour qu'il y ait une reconnaissance de droits pour les locuteurs des langues des signes.

⁹⁴ En l'espèce, la Cour fédérale, au moment d'étudier la demande fondée sur l'article 15 de la *Charte*, applique l'approche développée dans *Law*, *supra* note 47, c'est-à-dire une démarche fondée sur l'objet et le contexte dans l'analyse relative à la discrimination pour permettre la réalisation de l'objet réparateur et de la garantie d'égalité de l'article 15(1) de la *Charte*. Voir *Association des sourds*, *supra* note 51 au para 87.

française, pour y inclure l'ASL et la LSQ, respectivement. Un tel élargissement de la notion des langues officielles heurte l'intention du Constituant⁹⁵. Cependant, la Constitution est un « arbre vivant » qui doit évoluer avec la société⁹⁶. Ultimement, il serait possible de faire ce type d'inclusion afin que la Constitution s'arrime à la société et à la réalité moderne.

Cela pourrait s'avérer difficile puisque les langues des signes sont des langues à part entière. La communauté scientifique et les locuteurs des langues des signes soutiennent que l'ASL et la LSQ sont des langues distinctes de l'anglais et du français. Soutenir le contraire irait à l'encontre des revendications traditionnelles et fondées de groupes comme l'Association canadienne des Sourds⁹⁷.

Il ne faut cependant faire fi des liens importants qui unissent l'ASL, la LSQ et les langues officielles. En effet, les locuteurs des langues des signes sont généralement issus de familles appartenant aux communautés francophones et anglophones et vivent au sein de ces communautés. Ils ont bien souvent reçu une éducation bilingue (ASL-anglais ou LSQ-français), voire trilingue, et savent donc généralement s'exprimer par écrit dans au moins l'une des langues officielles. Individuellement, des locuteurs des langues des signes peuvent même se considérer comme étant membres des communautés francophones ou anglophones canadiennes.

Les articles 16 à 20 et 23 de la *Charte*, au même titre que tous les autres articles de la *Charte*, doivent être interprétés de façon généreuse tout en respectant leurs objets⁹⁸. Les dispositions de droits linguistiques ont pour but

⁹⁵ L'article 14 de la *Charte* mentionne explicitement le droit à l'interprétation pour les personnes sourdes lors de procès alors que les autres dispositions de la *Charte* sont muettes sur ce sujet. Les rédacteurs de la Constitution ont choisi de ne pas adopter d'autres dispositions créant des droits similaires. Comparer *R c Prosper*, [1994] 3 RCS 236 à la p 266, 118 DLR (4^e) 154.

⁹⁶ La Cour suprême a indiqué à plusieurs reprises que la Constitution du Canada n'était pas un texte statique. Il s'agit plutôt d'un instrument pouvant évoluer avec une interprétation progressiste qui respecte les limites du texte tout en s'adaptant aux réalités moderne. Voir *Canada (PG) c Hislop*, 2007 CSC 10 au para 94, [2007] 1 RCS 429 ; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79 au para 22, [2004] 3 RCS 698 ; *Québec (PG) c Blaikie*, [1979] 2 RCS 1016 à la p 1029, 101 DLR (3d) 394.

⁹⁷ *Supra* note 20.

⁹⁸ *R c Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295 à la p 344, 18 DLR (4^e) 321 [*Big M*].

d'assurer l'égalité de statut et d'usage des langues officielles et de respecter le droit des minorités⁹⁹. On pourrait soutenir que les liens importants entre l'ASL et la communauté d'expression anglaise et la LSQ et la communauté d'expression française font des langues des signes une extension des langues officielles et que les locuteurs des langues des signes sont *de facto* des membres de ces communautés linguistiques¹⁰⁰.

Dès lors, pour respecter l'objet des articles 16 à 20 et 23 de la *Charte*, il faudrait accorder une protection aux langues des signes parce qu'elles découlent des langues officielles. Cependant, la Cour suprême a indiqué dans l'arrêt *R c Big M Drug Mart Ltd* :

[L]'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de *la liberté en question et de se rappeler que la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de Cour Law Society of Upper Canada c. Skapinker, 1984 CanLII 3 (CSC), [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés* [nos italiques]¹⁰¹.

Lors de l'adoption de la *Charte* en 1982, nul ne visait à assimiler les langues des signes aux langues officielles¹⁰². De plus, des travaux scientifiques ainsi que les revendications de la communauté Sourde semblent démontrer que les langues des signes sont distinctes des langues officielles du Canada. Faire en sorte que l'ASL et la LSQ soient assimilées aux langues française et anglaise sur le plan juridique irait vraisemblablement au-delà de l'objet

⁹⁹ Voir *Renvoi Manitoba*, *supra* note 88 ; *Beaulac*, *supra* note 1 au para 19 ; *Mahé*, *supra* note 21 aux pp 362-63.

¹⁰⁰ Le Centre Jules-Léger à Ottawa est un exemple de l'interaction entre langues des signes et langues officielles. Cette école pour enfants sourds et malentendants offre des cours en LSQ. La communauté francophone ne contrôle et ne gère presque pas cette école au sens de l'article 23 de la *Charte*.

¹⁰¹ *Big M*, *supra* note 98 à la p 344.

¹⁰² L'inclusion du droit à l'interprétation pour les personnes « atteinte de surdité » à l'article 14 de la *Charte* semble indiquer que le Constituant, au moment de la rédaction de la *Charte*, avait des préoccupations touchant les langues des

des dispositions linguistiques de la *Charte*.

Quoi qu'il en soit, il n'est peut-être pas souhaitable d'élargir le sens des langues officielles pour y inclure les langues des signes. Un tel argumentaire juridique aurait pour effet de créer une certaine forme de subordination de l'ASL et de la LSQ aux langues officielles. Il existerait alors des risques d'une négation de l'existence de la culture sourde et du caractère distinct des langues des signes. De plus, les critères de la demande suffisante stipulés au paragraphe 20(1) de la *Charte*, quoique généreusement interprétés par les tribunaux canadiens¹⁰³, peuvent poser problème. Les personnes sourdes/ Sourdes, Devenues-sourdes, malentendantes et implantées qui s'expriment en langue des signes sont peu nombreuses au Canada ; serait-il possible d'établir une demande suffisante dans ces circonstances ?

2. Une évolution en vase clos : l'article 15 de la *Charte* et les droits linguistiques

Puisqu'il peut s'avérer difficile en théorie et en pratique d'appliquer les dispositions linguistiques de la *Charte* aux langues des signes, il appert que l'article 15 de la *Charte* demeure pour le moment la seule manière sûre d'accorder des droits aux locuteurs des langues des signes s'apparentant aux droits linguistiques. Il est important de souligner qu'il existe d'importantes similarités entre les droits linguistiques protégés par les articles 16 à 20 et 23 de la *Charte* et les droits protégés par l'article 15 de la *Charte*. Dans les deux cas, ces droits nécessitent une action positive de l'État pour en assurer

signes et les personnes s'exprimant dans ces langues. Le fait qu'il ait choisi de ne pas mentionner les personnes « atteinte de surdité » dans aucun autre article suggère qu'il ne souhaitait pas assimiler les langues des signes aux langues officielles. Voir généralement Anne F Bayefsky, *Canada's Constitution Act 1982 & Amendments: A Documentary History*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1989.

¹⁰³ Voir notamment *Doucet*, *supra* note 89.

la jouissance¹⁰⁴. De plus, l'égalité réelle¹⁰⁵ est une notion centrale dans les dispositions des droits linguistiques et à l'article 15 de la *Charte*¹⁰⁶. Dans le cas des premières dispositions, il s'agit d'égalité réelle des langues officielles et des communautés de personnes qui s'en servent comme moyen de communication, mais aussi comme véhicule de transmission de la culture,

¹⁰⁴ Comme le souligne Martha Jackman :

Sur le plan du langage et des objectifs, surtout en ce qui a trait aux droits scolaires, il y existe des similarités importantes entre ces deux garanties. Ce sont des droits dont la jouissance exige l'action positive de l'État. Ce sont également des garanties comportant une dimension réparatrice importante, dont l'enchâssement reconnaît l'historique des groupes touchés.

Voir Jackman, *supra* note 10 à la p 629. Voir aussi Eldridge, *supra* note 4 au para 73 ; Beaulac, *supra* note 1 au para 20.

¹⁰⁵ Selon le principe d'égalité réelle en droit linguistique, il est nécessaire d'appliquer la loi différemment à certains groupes pour pouvoir permettre ainsi un traitement de ceux-ci équivalent à celui de la majorité. C'est pourquoi il faut considérer les effets de la loi sous l'angle de la lutte contre la discrimination pour empêcher la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes. Voir DesRochers, *supra* note 89 au para 24 ; Eldridge, *supra* note 4 aux para 61, 62.

¹⁰⁶ La Cour suprême a reconnu deux objectifs au paragraphe 15(1) de la *Charte*, soit favoriser l'égalité et la dignité de tous les êtres humains et remédier à la discrimination de groupes de personnes défavorisées. Ainsi, l'article 15 de la *Charte* affirme un profond engagement social, politique et juridique envers l'égalité et la dignité de tous. Dans l'arrêt *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143 à la p 171, 56 DLR (4^e) 1, le juge McIntyre retient que favoriser l'égalité emporte « favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération ». De plus, le paragraphe 15(1) vise à remédier à la discrimination des groupes défavorisés sur le plan social, politique ou juridique dans la société, que cette discrimination soit en vertu d'un motif énuméré dans le paragraphe ou par un motif analogue. Voir *ibid* ; *R c Turpin*, [1989] 1 RCS 1296 aux pp 1329 et s, 48 CCC (3e) 8 [Turpin] ; *Law*, *supra* note 47 aux para 28-30 ; *Kapp*, *supra* note 47 au para 14 ; *Québec (PG) c A*, 2013 CSC 5 aux para 138, 156-62, [2013] 1 RCS 61.

tandis que l'article 15 de la *Charte* renvoie à l'égalité des personnes¹⁰⁷. Malgré ces similitudes, les tribunaux canadiens ont interprété l'article 15 de la *Charte* afin de ne pas reconnaître les droits linguistiques reconnus explicitement par la Constitution canadienne¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Yves Le Bouthillier, « Le concept d'égalité dans les dispositions linguistiques et à l'article 15 de la *Charte* : y a-t-il des liens ? » dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir, *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham (Ont), LexisNexis Butterworths, 2006, 151 à la p 151.

¹⁰⁸ Voir *Lalonde*, *supra* note 3 aux para 96-101 :

Montfort a porté en appel incident le rejet, par la Cour divisionnaire, de son argument selon lequel les directives de la Commission violent son droit à l'égalité protégé par l'art. 15 de la *Charte*. Cet argument n'a pas été présenté oralement à l'audition, mais il fait l'objet d'un développement complet dans le mémoire de Montfort. À notre avis, la Cour divisionnaire a correctement statué en rejetant cet argument au motif, énoncé à la p. 79 R.J.O., que « l'article 15 de la *Charte* ne peut être utilisé comme porte de sortie pour améliorer les droits linguistiques au-delà de ce qui est prévu dans d'autres dispositions de la *Charte* ». Même en admettant, sans en décider, que les intimés satisfont par ailleurs au critère relatif à une violation de l'art. 15, nous convenons avec la Cour divisionnaire que, à la lumière des dispositions très précises et détaillées des art. 16 à 23 de la *Charte* concernant le statut spécial du français et de l'anglais, toute différence de traitement envers les francophones qui résulterait des directives de la Commission ne serait pas fondée sur un motif énuméré ou analogue. Comme le déclare la Cour divisionnaire à la p. 80 R.J.O. : « L'article 15 en soi ne peut donc pas être invoqué pour ajouter des droits linguistiques que la *Charte* n'a pas déjà accordés expressément ».

...

Il a été statué dans d'autres contextes que lorsque la Constitution accorde des droits spéciaux à des groupes spéciaux, ces garanties spécifiques doivent être respectées, et d'autres droits prévus par la *Charte* ne peuvent servir à étendre ou à restreindre les droits ainsi accordés. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, précité, le juge Wilson écrit aux pp. 1196 et 1197 R.C.S. que même si le traitement spécial accordé à la minorité religieuse par l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* « s'accorde mal avec le concept de l'égalité enchâssé dans la *Charte* », l'art. 15 ne peut servir ni à rendre inopérants les droits spécifiques du groupe protégé, ni à étendre ces droits à d'autres groupes religieux. Cette position a été confirmée dans *Adler c. Ontario*, [1996] 3 RCS 609, 140 DLR (4^e) 385 où la Cour suprême re-

Par exemple, dans l'arrêt *Mahé c Alberta*¹⁰⁹, la Cour suprême du Canada explique que l'article 23 de la *Charte* forme un code complet en matière d'éducation dans la langue de la minorité dont le contenu doit évoluer indépendamment de l'article 15¹¹⁰. Selon la Cour, l'article 23 :

*renferme une notion d'égalité entre les groupes linguistiques des deux langues officielles du Canada. À part cela, toutefois, cet article constitue d'abord et avant tout une exception aux dispositions des art. 15 et 27 en ce qu'il accorde à ces groupes, anglophone et francophone, un statut spécial par rapport à tous les autres groupes linguistiques au Canada. Comme le fait observer le procureur général de l'Ontario, il serait déplacé d'invoquer un principe d'égalité destiné à s'appliquer universellement à « tous » pour interpréter une disposition qui accorde des droits particuliers à un groupe déterminé [nos italiques]*¹¹¹.

Les dispositions de droits linguistiques de l'article 23 de la *Charte* créent donc un régime d'exception à l'article 15. Il devient donc difficile d'invoquer l'article 15 pour bonifier les droits linguistiques des communautés d'expression française et anglaise¹¹².

jette la réclamation d'un financement pour les services de santé d'écoles confessionnelles non visées par l'art. 93, fondé sur le droit à la liberté de religion prévu à l'al. 2a) et le droit à l'égalité prévu à l'art. 15.

Voir aussi *Baie d'Urfé (Ville de) c Québec (PG)*, [2001] RJQ 1589 au para 208, 23 MPRL (3^e) 163 (CS Qc) ; *Mahé*, *supra* note 21 à la p 369 ; *Turpin*, *supra* note 106 à la p 1334 (où la Cour suprême du Canada rejette le raisonnement sous-jacent à *Reference Re French Language Rights of Accused* (1987), 44 DLR (4^e) 16, 58 Sask R 161 (CA)) ; *McDonnell v Fédération des Franco-Colombiens* (1986), 31 DLR (4^e) 296, 6 BCLR (2^e) 390 (CA) ; *R c Paquette* (1987), 83 AR 41 à la p 51, 56 Alta LR (2^e) 195 (CA).

¹⁰⁹ *Mahé*, *supra* note 21.

¹¹⁰ *Ibid* à la p 369.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Voir par ex *Westmount (Ville de) c Québec (PG)*, [2001] RJQ 2520 aux para 149-69, 27 MPLR (3^e) 173 (CA) ; *Gosselin*, *supra* note 3. Voir généralement David Leitch, « Méconnaissance de la langue d'instruction : l'article 15 peut-il combler le vide laissé par l'article 23 ? » (2002) 21 Windsor YB Access Just 185.

Néanmoins, c'est en vertu de l'article 15 de la *Charte* que des droits liés aux langues des signes ont été reconnus, notamment dans *Eldridge*¹¹³. Les personnes sourdes/Sourdes, Devenues-sourdes, malentendantes et implantées ne recevaient pas des services équivalents aux personnes entendantes puisqu'ils leur étaient impossible de communiquer avec le personnel médical. En appliquant le principe d'égalité réelle, il y avait bien une violation de l'article 15 de la *Charte*. Il devient ainsi nécessaire d'offrir des services d'interprétation en langue des signes.

L'article 15 de la *Charte* permet ainsi de remédier à un handicap et d'intégrer dans la société, sans discrimination, des personnes ayant des limitations auditives. Ce sont donc uniquement les locuteurs des langues des signes ayant une limitation auditive qui disposent de droits s'apparentant à des droits linguistiques. Dans l'état actuel de la jurisprudence, une personne entendant, comme un enfant entendant ayant des parents sourds et dont la langue maternelle est une langue des signes et qui est un locuteur d'une langue des signes, n'aurait aucun droit en vertu de l'article 15 de la *Charte*.

B. Égalité réelle, langue des signes et article 15 de la Charte

Au Canada, des droits liés aux langues des signes s'apparentant à des droits linguistiques ont été accordés dans deux domaines, soit l'éducation et les services du gouvernement, grâce à l'application du principe d'égalité réelle. L'article 15 de la *Charte*, les différentes lois de protection de droits de la personne provinciales et les lois sur l'éducation ont ainsi permis la mise en œuvre de services du gouvernement en langue des signes en éducation (partie 1) et dans l'interprétation des services du gouvernement (partie 2).

1. Éducation

L'apprentissage des langues des signes peut s'avérer être très important à la fois pour le développement des enfants ayant une limitation auditive¹¹⁴,

¹¹³ *Eldridge*, *supra* note 4.

¹¹⁴ Des recherches en linguistique ont démontré que si l'ASL est enseigné à un enfant dès sa naissance, il apprendra cette langue selon le même modèle qu'un enfant entendant apprendra l'anglais. Les enfants peuvent s'exprimer en « gazouillement » avec des signes dès l'âge de 6 à 12 mois. Ainsi, tant pour les enfants entendants que pour les enfants ayant une limitation auditive, l'expo-

pour leur intégration à la société et pour l'épanouissement des personnes ayant une limitation auditive. Pour un enfant sourd qui ne peut recevoir un implant cochléaire ou un appareil auditif, les langues des signes sont parmi les seuls moyens disponibles pour communiquer. L'apprentissage de ces langues revêt donc une importance toute particulière¹¹⁵.

Une affaire de la Saskatchewan en droit de la famille démontre à quel point l'absence d'enseignement en langue des signes peut être néfaste pour le développement d'un enfant. Dans le jugement *Re RAF*¹¹⁶, il est question d'un enfant sourd dont on souhaite retirer la garde à sa mère. RAF est devenu sourd après avoir contracté la méningite alors qu'il était bébé et avait reçu un implant cochléaire à l'âge d'un an¹¹⁷. À l'âge de neuf ans, il était incapable de communiquer¹¹⁸. Il ne savait ni lire, ni écrire et ne pouvait pas parler. Ses éducateurs à l'école devaient l'enfermer dans des pièces isolées quand il avait d'importantes crises de rage¹¹⁹.

Il était impossible pour RAF d'entendre avec son implant cochléaire. Malgré tout, l'éducation qu'il a reçue en Saskatchewan était basée sur l'enseignement des langues orales. De plus, l'anglais et le français sont les langues d'instruction en Saskatchewan¹²⁰. Le gouvernement de la Saskat-

sition à une langue a un impact sur l'acquisition et l'apprentissage de celle-ci. Voir Naja Ferjan Ramirez, Amy M Lieberman et Rachel I Mayberry, « The Initial Stages of First-Language Acquisition Begun in Adolescence: When Late Looks Early » (2013) 40 : 2 *Journal of Child Language* 391 à la p 392.

¹¹⁵ Voir généralement *Moore c Colombie-Britannique (Ministre de l'Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 RCS 360. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a indiqué qu'un enfant ayant des troubles d'apprentissage était victime de discrimination puisque le conseil scolaire était incapable de lui offrir l'aide intensive dont il avait besoin. Il y a d'importantes similitudes entre la situation d'un enfant dyslexique et un enfant ayant une limitation auditive. Dans les deux cas, ces enfants ont besoin davantage de soutien afin d'atteindre leur plein potentiel. Il appert donc qu'un conseil scolaire qui est incapable d'offrir un soutien adéquat, voire de l'enseignement en langue des signes à un enfant ayant une limitation auditive, fasse de la discrimination.

¹¹⁶ *Re RAF*, 2005 SKPC 122, 158 ACWS (3^e) 249.

¹¹⁷ *Ibid* au para 8.

¹¹⁸ *Ibid* au para 6.

¹¹⁹ *Ibid*.

¹²⁰ *Loi de 1995 sur l'éducation*, LS 1995, c E-0,2, art 180.

chewan avait alors pour politique d'encourager les implants cochléaires et l'intégration des enfants malentendants et sourds dans les écoles normales plutôt que d'encourager l'enseignement en langue des signes dans des écoles séparées¹²¹. Les services sociaux voulaient retirer la garde de RAF à sa mère, car ils soutenaient que l'inefficacité de l'implant était causée par elle. Dans ce jugement, sans aller jusqu'à reconnaître une violation de l'article 15 de la *Charte*, la question n'étant pas en litige, la Cour reconnaît que l'implant n'a pas fonctionné et que la province devait prendre des mesures importantes pour permettre à RAF d'apprendre les langues des signes et ainsi réussir à communiquer¹²².

L'histoire de RAF est un exemple extrême démontrant l'importance de l'enseignement des langues des signes. Des enfants sourds étant incapables d'être aidés par des implants cochléaires ou des appareils auditifs doivent avoir accès à l'éducation par l'entremise des langues des signes. Ils ont le droit d'apprendre comme les autres enfants.

Les lois provinciales et territoriales en matière d'éducation font du français et de l'anglais les langues d'enseignement. De plus, dans certaines provinces et territoires, des langues autochtones sont aussi des langues d'enseignement¹²³. L'Ontario confère même un statut aux langues des signes, faisant de la LSQ et de l'ASL des langues d'enseignement¹²⁴.

¹²¹ *Re RAF*, *supra* note 116 au para 13. Toutes les provinces canadiennes ont adopté une approche visant à intégrer les enfants ayant une limitation auditive dans des classes spéciales dans des écoles avec des enfants entendants afin de faciliter leur intégration. Voir Connie Mayer et al, « Education of Deaf and Hard of Hearing Learners in Canada » dans Donald F Moores et Margery S Miller, dir, *Deaf People around the World: Educational and Social Perspectives*, Washington, Gallaudet University Press, 2009, 284 aux pp 288-89.

¹²² *Re RAF*, *supra* note 116 aux para 44-45, 49.

¹²³ Voir par ex *Loi sur l'éducation*, LRY 2002, c 61, art 42, 50(1) (au Yukon tous les enfants ont droit à une éducation en anglais ou en français, et l'enseignement peut aussi être donné dans une langue autochtone sous permission du ministre) ; *Loi sur l'éducation*, L Nu 2008, c 15, art 23 (au Nunavut les enfants doivent avoir une éducation bilingue et les langues d'enseignement sont la langue inuit et soit l'anglais, soit le français).

¹²⁴ *Loi sur l'éducation*, LRO 1990, c E.2, art 58.1.

Cela ne veut pas dire pour autant qu'il ne peut y avoir d'enseignement en langue des signes dans les écoles canadiennes ailleurs qu'en Ontario. Même si les langues des signes n'ont pas de statut officiel, une application du paragraphe 15(1) de la *Charte* et des lois sur les droits de la personne interdisant la discrimination en vertu d'un handicap pourrait, il semble, permettre l'enseignement en langue des signes. Il faudrait impérativement démontrer qu'en choisissant de ne pas offrir d'éducation en langue des signes, l'État empêche les enfants ayant une limitation auditive de profiter pleinement des dispositions garantissant un accès à l'éducation prévu par la loi¹²⁵. Finalement, contrairement, à l'article 23 de la *Charte*, qui permet l'enseignement dans la langue de la minorité si le nombre d'enfants le justifie, l'article 15 pourrait permettre l'enseignement en langue des signes même s'il n'était question que d'un seul enfant.

2. Accès aux services gouvernementaux

Il a été reconnu dans l'arrêt *Eldridge* que l'absence d'interprétation en langue des signes a un effet préjudiciable pour les personnes sourdes et malentendantes. Pour recevoir des services équivalents à celui de la majorité entendante, les personnes sourdes doivent donc être capables de communiquer. Il faut, pour assurer l'égalité réelle, tenir compte de la situation et des besoins différents des demandeurs. Ainsi :

il y a de nombreuses autres situations où l'égalité réelle exige que des distinctions soient faites pour tenir compte de la situation concrète d'individus vivant dans des conditions sociales, politiques et économiques différentes. Voilà pourquoi notre Cour reconnaît depuis longtemps que le par. 15(1) a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination mais aussi d'améliorer la situation des personnes défavorisées [...]¹²⁶.

Selon les circonstances, le gouvernement pourrait être tenu, au moment d'offrir des services ou d'appliquer la loi, de considérer les besoins des personnes sourdes et malentendantes. Ainsi, le fait de ne pas fournir les services d'interprètes pour les personnes souhaitant communiquer avec leur

¹²⁵ *Auton*, *supra* note 90 aux para 28-30.

¹²⁶ *Lovelace c Ontario*, 2000 CSC 37 au para 60, [2000] 1 RCS 950. Voir aussi *Eaton c Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 RCS 241 au para 66, 142 DLR (4^e) 385.

gouvernement est :

comparable au défaut de faire installer une rampe pour les fauteuils roulants donnant accès à la porte d'un édifice gouvernemental. Dans l'un et l'autre cas, on empêche l'accès des Canadiens handicapés aux services du gouvernement¹²⁷.

L'accès aux services d'interprétation en langue des signes repose sur l'argumentaire que les personnes sourdes et malentendantes doivent pouvoir communiquer avec leur gouvernement. Les langues des signes étant bien souvent les meilleurs, si ce ne sont les seuls, moyens de communication des personnes sourdes, elles ont le droit de recevoir des services d'interprétation dans l'une de ces langues. Il s'agit d'une mesure visant à réduire l'effet de la barrière de la surdité comme handicap. Des services d'interprétation permettent de favoriser l'égalité des personnes sourdes et malentendantes. Or, ce faisant, les langues des signes ne sont aucunement reconnues en tant que langues et les droits collectifs ainsi reconnus, le cas échéant, sont donc embryonnaires.

CONCLUSION

Les langues des signes sont considérées comme des moyens de favoriser l'égalité et l'intégration des personnes ayant une limitation auditive. Au Canada, on reconnaît que l'interprétation et l'accès à des services en langues des signes ont pour objectifs de favoriser l'égalité réelle et d'empêcher la discrimination en raison d'un handicap physique. Or, cette manière de concevoir les langues des signes ne tient pas compte de la dimension culturelle des langues des signes ni de ses locuteurs.

Pour réaliser l'égalité réelle, le respect de la dignité de tous et remédier à la discrimination, il peut s'avérer nécessaire d'accorder un statut particulier aux langues des signes, notamment en matière d'éducation et d'accès aux services du gouvernement. Il pourrait être prometteur d'élargir le sens

¹²⁷ *Association des sourds*, *supra* note 51 au para 112. Voir aussi *Jodhan*, *supra* note 49 aux para 159 et s. Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale indique que le défaut du gouvernement fédéral d'offrir une égalité d'accès aux sites internet et aux services gouvernementaux offerts en ligne aux personnes ayant une déficience visuelle viole les droits qui leur sont garantis par le paragraphe 15(1) de la *Charte*. Le défaut d'offrir une égalité d'accès aux services aux locuteurs des langues des signes serait donc aussi une violation de l'article 15(1) de la *Charte*.

des langues officielles afin d'y inclure l'ASL et la LSQ. Cet élargissement de la notion des langues officielles pour y inclure l'ASL et la LSQ n'est peut-être pas souhaitable puisqu'il irait à l'encontre des revendications des groupes demandant une plus grande reconnaissance des langues des signes, en tant que langues autonomes, ce qui pourrait avoir un effet négatif sur la reconnaissance de l'existence de la culture sourde et du caractère distinct des langues des signes.

Les tenants de la culture sourde font face à un nœud gordien. Ils considèrent que les langues des signes sont des langues à part entière et non qu'une simple extension du français et de l'anglais. Il devient alors difficile de revendiquer des droits linguistiques, constitutionnellement réservés, semble-t-il, aux langues officielles.

AMENDMENTS TO THE *CIVIL CODE OF QUÉBEC*'S RESEARCH PROVISIONS: A LEGISLATIVE COMMENT

*Edward S Dove & Ma'n H Zawati**

On 14 June 2013, Québec's National Assembly passed Bill 30, *An Act to amend the Civil Code and other legislative provisions with respect to research*, which entered into force the same day. Bill 30 amended research provisions in the *Civil Code of Québec* (CCQ) pertaining to research, specifically articles 20-22, 24, and 25, as well as a section of the *Act respecting health services and social services*, modifying a complaint mechanism for research participants and their heirs or legal representatives. The goal of Bill 30 was to eliminate confusion surrounding the provisions and remove a number of barriers to research activities in

Le 14 juin 2013, l'Assemblée nationale du Québec a adopté le projet de loi 30, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière de recherche*, entré en vigueur le jour même. Le projet de loi 30 a modifié les dispositions du *Code civil du Québec* (CcQ) en matière de recherche, en particulier les articles 20 à 22, 24 et 25, ainsi qu'une partie de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*. Cela a eu pour effet de modifier le mécanisme de plainte pour les participants à la recherche et leurs tuteurs ou héritiers. L'objectif de ce projet de loi était d'éliminer la confusion dans les dispositions et de supprimer un

* Edward S Dove, LL.M (Columbia Law School); Academic Associate, Centre of Genomics and Policy, McGill University. Ma'n H Zawati, LL.M (Université de Montréal); Academic Coordinator, Centre of Genomics and Policy, McGill University; Associate Member of the Biomedical Ethics Unit at McGill University. This work was supported by the Maternal, Infant, Child & Youth Research Network (MICYRN) and by the PERSPECTIVE project. The PERSPECTIVE project is supported by the Québec Breast Cancer Foundation, by the Government of Canada through Genome Canada and the Canadian Institutes of Health Research, and by the Ministère de l'Économie, de l'Innovation et des Exportations du Québec through Genome Québec. The authors wish to thank Mark Phillips, BCL/LLB, who provided excellent research assistance, as well as Eliza Cohen, BCL/LLB, and Shahad Salman, LLB, JD, for their editorial assistance. The authors declare that they have no conflicts of interest.

© Edward S Dove & Ma'n H Zawati 2015

Citation: Edward S Dove & Ma'n H Zawati, "Amendments to the *Civil Code of Québec*'s Research Provisions: A Legislative Comment" (2015) 8:1 McGill JL & Health 79.

Référence : Edward S Dove et Ma'n H Zawati, « Amendments to the *Civil Code of Québec*'s Research Provisions: A Legislative Comment » (2015) 8 : 1 RD & santé McGill 79.

Québec – particularly where the research presented minimal risk to participants – so that the scientific community could investigate important research questions. The CCQ amendments are welcome in many respects, foremost because they bring much-needed revision to an anachronistic section of the *Code* that reflected a twentieth-century research environment. Replacing the term “experiment” with “research,” for example, is to be applauded. The amendments also warrant criticism, however, and in this legislative comment we critically discuss both the improvements and missed opportunities that Bill 30 presents, particularly in the context of biomedical research.

certain nombre d’obstacles liés aux activités de recherche au Québec, en particulier lorsque la recherche présentait un risque minimal pour les participants – de sorte que la communauté scientifique puisse examiner des questions de recherche importantes. Les modifications au CcQ sont bienvenues à bien des égards. Avant tout, elles apportent une révision nécessaire à une section du *Code* qui reflétait un contexte de recherche anachronique datant du vingtième siècle. À titre d’exemple, le remplacement du terme « expérimentation » par « recherche » est une initiative à saluer. Cependant, ce projet de loi amène aussi son lot de critiques, qui feront l’objet du présent commentaire de texte législatif, tant au niveau des modifications apportées que des occasions manquées de proposer de meilleures solutions, surtout dans le contexte de la recherche biomédicale.

INTRODUCTION	81
I. OVERVIEW OF THE CCQ AMENDMENTS	84
II. IMPROVEMENTS AND MISSED OPPORTUNITIES	89
A. <i>On research and “care”</i>	91
B. <i>Minimal risk</i>	94
C. <i>Residual use of tissues</i>	100
D. <i>Research ethics committees</i>	103
CONCLUSION	107

INTRODUCTION

On 14 June 2013, Québec's National Assembly passed Bill 30, *An Act to amend the Civil Code and other legislative provisions with respect to research*,¹ which entered into force the same day. Bill 30 amends provisions in the *Civil Code of Québec* (CCQ) pertaining to research, specifically articles 20-22, 24, and 25, as well as a section of the *Act respecting health services and social services* that modifies a complaint mechanism for research participants and their heirs or legal representatives.² The National Assembly enacted these changes to the legislative regime on research ethics after its Standing Committee on Health and Social Services heard testimony that the former research ethics regime was so difficult to interpret – for example, in regard to research involving people with a compromised ability to consent – that approval of projects by research ethics committees (RECs) amounted to a “lottery.”³

In this legislative comment, we focus on Bill 30's amendments to the CCQ and seek to address two key questions from a medical law perspective. First, does the new CCQ regime properly balance the protection of research participants with the promotion of socially beneficial health discoveries in genomic research, biobanking, personalized medicine, and other areas that now dominate the biomedical research funding landscape? Second, does the new CCQ regime for research provide clear guidance on the correlative rights and duties of researchers, research participants, and RECs?

These questions are increasingly critical as Québec takes a leading role in biomedical research, which is burgeoning in both the public and private

¹ 1st Sess, 40th Leg, Québec, 2013.

² CQLR c S-4.2, s 34. The amendment introduced a requirement that the complaint examination procedure of an institution that carries on research activities must enable any person, whether or not they are a user of that institution, who participates in research that the institution approved, as well as the heirs or the legal representatives of such a person, to address a complaint to the local service quality and complaints commissioner concerning the research.

³ Québec, National Assembly, *Journal des débats de la Commission permanente de la santé et des services sociaux* [*Journal of Debates of the Standing Committee on Health and Social Services*], 40th Parl, 1st Sess, Vol 43, No 16 (24 April 2013) at 9 (Philippe Voyer) [CSSS Debates (24 April 2013)]. According to Philippe Voyer, “there is really a serious problem of interpretation” so “researchers cross their fingers” when submitting their projects for approval (*ibid* [translated by authors]).

sectors,⁴ buoyed in part by the reorientation of government priorities toward monetizable research.⁵ For example, the CARTaGENE biobank project, which began in 2007,⁶ has already started to release discoveries with a significant potential impact on public health, including a finding that nearly all Québécois with end-stage kidney disease were unaware of their condition.⁷ Many newer projects – notably in cancer research, personalized medicine, and genomics – are underway in Quebec City⁸ as well as in the greater

⁴ Despite a brief slump in the Montréal biotech sector between 2010 and 2012. See e.g. Guy Paquin, “Biotechs québécoises sorties du désert”, *La Presse* (14 March 2012), online: LP <<http://affaires.lapresse.ca/portfolio/industrie-pharmaceutique/201203/14/01-4505360-biotechs-quebecoises-sorties-du-desert.php>>; Guy Paquin, “Pour une pépinière d’entreprises”, *La Presse* (14 March 2012), online: LP <<http://affaires.lapresse.ca/portfolio/industrie-pharmaceutique/201203/14/01-4505351-pour-une-pepiniere-dentreprises.php>>.

⁵ See e.g. Ulysse Bergeron, “Économie du savoir – Les politiques qui encadrent les subventions « ont un impact désastreux »”, *Le Devoir* (13 May 2006), online: LD <www.ledevoir.com/societe/science-et-technologie/108936/economie-du-savoir-les-politiques-qui-encadrent-les-subventions-ont-un-impact-desastreux>.

⁶ See Pauline Gravel, “Ottawa et Québec financent la biobanque CARTaGENE”, *Le Devoir* (23 May 2007), online: LD <www.ledevoir.com/societe/science-et-technologie/144482/ottawa-et-quebec-finacent-la-biobanque-cartagene>; Philippe Mercure, “L’ADN de 2000 Québécois à Chicoutimi”, *La Presse* (22 August 2007), online: LP <<http://affaires.lapresse.ca/economie/200901/06/01-682655-ladn-de-20000-quebecois-a-chicoutimi.php>>.

⁷ See Charlie Fidelman, “Researcher turns to new biobank to explain spike in kidney disease: More than 90 per cent of Quebecers afflicted with end-stage illness didn’t know they had it, CARTaGENE project data show”, *The [Montreal] Gazette* (22 April 2014), online: NewsLookup.com (archived copy) <http://cached.newslookup.com/cached.php?ref_id=125&siteid=2117&id=5759568&t=1398210163>. For prior discoveries about other ailments, see also Pauline Gravel, “Cartagène commence à porter ses fruits”, *Le Devoir* (15 January 2013), online: LD <www.ledevoir.com/societe/science-et-technologie/368384/cartagene-commence-a-porter-ses-fruits>.

⁸ See e.g. Caroline Rodgers, “Génomique: 22 millions pour la recherche”, *La Presse* (13 May 2013), online: LP <<http://affaires.lapresse.ca/cv/201305/13/01-4650345-genomique-22-millions-pour-la-recherche.php>>.

Montréal area, initiated not only at universities⁹ and in the private sector,¹⁰ but also in partnerships between the two.¹¹ These newer projects have already generated discoveries of their own.¹²

⁹ See e.g. Jacinthe Tremblay, "McGill inaugure son nouveau Complexe des sciences de la vie", *Le Devoir* (17 September 2008), online: LD <www.ledevoir.com/societe/sante/205968/mcgill-inaugure-son-nouveau-complexe-des-sciences-de-la-vie>; Pascale Breton, "Vers une médecine personnalisée", *La Presse* (7 April 2009), online: LP <www.lapresse.ca/sciences/genetique/200904/07/01-844221-vers-une-medecine-personnalisee.php>; Claude Lafleur, "La relève est à l'IRCM : L'institut montréalais abrite 36 équipes de recherche en science biomédicale", *Le Devoir* (10 October 2009), online: LD <www.ledevoir.com/societe/education/271053/la-releve-est-a-l-ircm-l-institut-montrealais-abrite-36-equipes-de-recherche-en-science-biomedicale>. Regarding university-linked hospitals, see e.g. "Une Biobanque pour comprendre la cancer de la prostate", *La Presse* (28 October 2008), online: LP <www.lapresse.ca/sciences/medecine/200810/28/01-33574-une-biobanque-pour-comprendre-la-cancer-de-la-prostate.php>.

¹⁰ See e.g. Canadian Press, "Cancer: Québec injecte 10 millions pour développer la médecine spécialisée", *Le Devoir* (15 February 2013), online: LD <www.lapresse.ca/la-tribune/actualites/201302/15/01-4622096-quebec-injecte-10-m-pour-developper-la-medecine-specialisee.php>; Guy Paquin, "Viser la bonne cible!", *La Presse* (23 April 2013), online: LP <<http://affaires.lapresse.ca/portfolio/industrie-pharmaceutique/201304/23/01-4643653-viser-la-bonne-cible.php>>; Martin Primeau, "Prognomix: prévenir par la lecture du génome", *La Presse* (14 November 2011), online: LP <<http://affaires.lapresse.ca/economie/sante/201111/14/01-4467582-prognomix-prevenir-par-la-lecture-du-genome.php>>; Guy Paquin, "Davantage d'alliances avec les chercheurs québécois", *La Presse* (6 December 2013), online: LP <<http://affaires.lapresse.ca/portfolio/industrie-pharmaceutique/201312/06/01-4718336-davantage-dalliances-avec-les-chercheurs-quebecois.php>>.

¹¹ See e.g. Guy Paquin, "Impartir la recherche", *La Presse* (14 March 2012), online: LP <<http://affaires.lapresse.ca/portfolio/industrie-pharmaceutique/201203/14/01-4505364-impartir-la-recherche.php>>; Pauline Gravel, "CRCHUM en PPP : le délai et le budget ont été respectés", *Le Devoir* (9 October 2013), online: LD <www.ledevoir.com/societe/science-et-technologie/389513/crchum-en-ppp-le-delai-et-le-budget-ont-ete-respectes>.

¹² See e.g. Sarah Champagne, "Maladies infantiles : percée majeure au CHU Sainte-Justine", *La Presse* (31 January 2013), online: LP <www.lapresse.ca/actualites/sante/201301/30/01-4616797-maladies-infantiles-percee-majeure-au-chu-sainte-justine.php>.

For reasons explained below, these CCQ amendments are welcome in many respects, mainly because they bring much-needed modernization to an anachronistic section of the CCQ that reflected a twentieth-century research environment. Replacing the term “experiment” with “research,” for example, is welcome. The CCQ amendments also warrant criticism, however, and so we will discuss both the improvements and missed opportunities that Bill 30 presents, particularly in the context of genomic research.

In Part I, we explain the changes to the CCQ. In Part II, we evaluate the improvements and missed opportunities in these amendments, focusing on four key aspects relevant to biomedical research (and genomic research in particular): research and care, the notion of “minimal risk,” residual use of tissues, and RECs. Finally, we conclude with an overall assessment of the CCQ amendments, how they now situate Québec within the global research ethics ecosystem, and what further paths may be taken to improve research governance in this province.

I. OVERVIEW OF THE CCQ AMENDMENTS

Bill 30 was formally introduced on 28 March 2013 in the National Assembly of Québec by the then-Minister of Health and Social Services, Réjean Hébert. As shown in Table 1, Bill 30’s amendments to the CCQ were the following:

- (1) It changed the term “experiment” to “research,”¹³ and made various changes related to the consent required to participate in research.¹⁴

¹³ Furthermore, people “participate in” research rather than “submit to” an experiment. See the amendments to arts 20-21, 24 CCQ.

¹⁴ These amendments are that:

- research ethics committees must now approve and monitor research on competent adults (art 20 CCQ);
- research on minors that poses a serious risk can now take place, so long as that risk is proportionate “to the benefit that may reasonably be anticipated” (art 21, para 1 CCQ);
- there is no longer an exception for “innovative care required by the state of health of the person” (previously in art 21, para 4 CCQ); and

- (2) It permitted minors 14 to 17 years old to consent to research on their own if, according to a REC, the risk posed by the research to the minor's health is "minimal ... and the circumstances justify it."¹⁵
- (3) It allowed consent to now be given to participate in research involving minimal risk (as determined by an REC) – for adults who lack the mental capacity to give consent and who have no legally authorized representative – by the same person who could provide consent for the adult's care.¹⁶
- (4) It allowed "consent to ... research [to] be given otherwise than in writing if justified in the circumstances in the opinion of a research ethics committee. In such a case, the committee [is to] determine ... the proper manner, for evidential purposes, of obtaining consent."¹⁷
- (5) It specified the rules governing consent to the use for research purposes of a body part removed as part of the care received by a person who has since died. In such cases, consent may be given by the person who could give or could have given consent to the care the deceased person required.¹⁸

Figure 1 provides a flowchart representing the norms in articles 20 and 21 CCQ.

-
- the provisions are now restricted to apply only to "research that could interfere with the integrity of [the participant's] person" (arts 20-21, 25 CCQ).

For a detailed discussion on the issues that have shaped approaches to informed consent, see generally Margaret A Somerville, "Structuring the Issues of Informed Consent" (1981) 26:4 McGill LJ 740.

¹⁵ Art 21, para 5 CCQ.

¹⁶ Art 21, para 6 CCQ.

¹⁷ Art 24, para 2 CCQ.

¹⁸ Art 22 CCQ.

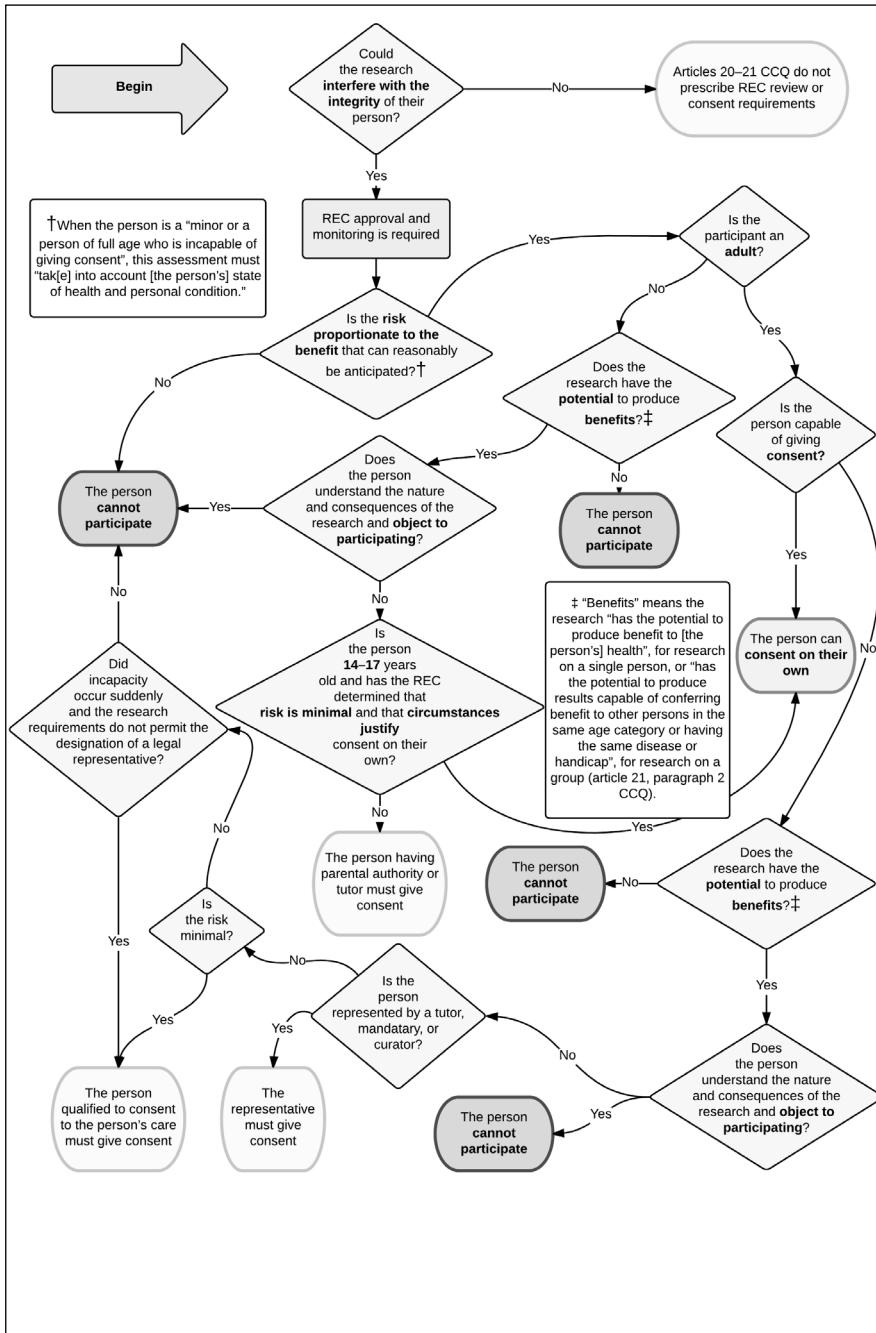
TABLE 1. TABLE OF CHANGES TO THE *CIVIL CODE OF QUÉBEC*.

Article	Amendments (bold text indicates additions; struck-out text indicates deletions)
20	A person of full age who is capable of giving his consent may submit to an experiment participate in research that could interfere with the integrity of his person provided that the risk incurred is not disproportionate to the benefit that can reasonably be anticipated. The research project must be approved and monitored by a research ethics committee.
21	A minor or a person of full age who is incapable of giving consent may not be submitted to an experiment if the experiment involves serious risk to his health or, where he understands the nature and consequences of the experiment, if he objects: participate in research that could interfere with the integrity of his person only if the risk incurred, taking into account his state of health and personal condition, is not disproportionate to the benefit that may reasonably be anticipated. Moreover, a minor or a person of full age who is incapable of giving consent may be submitted to an experiment participate in such research only if, where the person he is the only subject of the experiment research, it has the potential to produce benefit to the person's his health or only if, in the case of an experiment research on a group, it has the potential to produce results capable of conferring benefit to other persons in the same age category or having the same disease or handicap. Such an experiment must be part of a research project approved and monitored by an ethics committee. The competent ethics committees are formed by the Minister of Health and Social Services or designated by that Minister among existing research ethics committees; the composition and operating conditions of the committees are determined by the Minister and published in the <i>Gazette officielle du Québec</i>. Consent to experimentation may be given, in the case of a minor, by the person having parental authority or the tutor and, in the case of a person of full age incapable of giving consent, by the mandatary, tutor or curator. Where a person of full age suddenly becomes incapable of consent and the experiment, insofar as it must be undertaken promptly after the appearance of the condition giving rise to it, does not permit, for lack of time, the designation of a legal representative, consent may be given by the person authorized to consent to any care the person requires; it is incumbent upon the competent ethics committee to determine, when examining the research project, whether the experiment meets that condition. Care considered by the ethics committee to be innovative care required by the state of health of the person concerned does not constitute an experiment. In all cases, a minor or a person of full age incapable of giving consent may not participate in such research where he understands the nature and consequences of the research and objects to participating in it. The research project must be approved and monitored by a competent research ethics committee. Such a committee is formed by the Minister of

Table 1, continued

Article	Amendments (bold text indicates additions; struck-out text indicates deletions)
21 (cont'd)	Health and Social Services or designated by that Minister from among existing research ethics committees; the composition and operating conditions of such a committee are determined by the Minister and published in the <i>Gazette officielle du Québec</i>. Consent to research that could interfere with the integrity of a minor may be given by the person having parental authority or the tutor. A minor 14 years of age or over, however, may give consent alone if, in the opinion of the competent research ethics committee, the research involves only minimal risk and the circumstances justify it. Consent to research that could interfere with the integrity of a person of full age incapable of giving consent may be given by the mandatary, tutor or curator. However, where such a person of full age is not so represented and the research involves only minimal risk, consent may be given by the person qualified to consent to any care required by the state of health of the person of full age. Consent may also be given by such a qualified person where a person of full age suddenly becomes incapable of giving consent and the research, insofar as it must be undertaken promptly after the appearance of the condition giving rise to it, does not permit, for lack of time, the designation of a legal representative for the person of full age. In both cases, it is incumbent upon the competent research ethics committee to determine, when evaluating the research project, whether it meets the prescribed requirements.
22	A part of the body, whether an organ, tissue or other substance, removed from a person as part of the care he receives may, with his consent or that of the person qualified to give consent for him, be used for purposes of research or, if he has died, be so used with the consent of the person who could give or could have given consent to any care required by his state of health.
24	Consent to care not required by a person's state of health, to the alienation of a part of a person's body, or to an experiment research that could interfere with the integrity of his person shall be given in writing. However, consent to such research may be given otherwise than in writing if justified in the circumstances in the opinion of a research ethics committee. In such a case, the committee determines the proper manner, for evidential purposes, of obtaining consent. It may be withdrawn at any time, even verbally.
25	The alienation by a person of a part or product of his body shall be gratuitous; it may not be repeated if it involves a risk to his health. An experiment A person's participation in research that could interfere with the integrity of his person may not give rise to any financial reward other than the payment of an indemnity as compensation for the loss and inconvenience suffered.

FIGURE 1. FLOWCHART REPRESENTING THE NORMS IN ARTICLES 20-21 CCQ.



II. IMPROVEMENTS AND MISSED OPPORTUNITIES

According to Minister Hébert, revising the CCQ provisions relating to research was necessary because, in the period since the last CCQ revisions in 1998, the research environment in the province had become much more structured.¹⁹ The CCQ's provisions were seen as overly restrictive particularly with respect to seniors and minors, which impeded important research from proceeding.²⁰ Consequently, it was the government's position that the CCQ needed to be modernized in several areas.²¹ The term "experiment" was outdated and should be replaced with "research." Writing should not constitute the only form of consent. Minors aged 14 and over should be able to consent to research if the research risk is minimal, just as they could consent to their own care from age 14 onwards. And research projects concerning adults incapable of giving consent (e.g., seniors with Alzheimer's disease) should not be prevented from proceeding simply because the prospective participants lack representation by a mandatary, tutor, or curator. In sum, the goal of Bill 30 was to eliminate "incoherence"²² in the CCQ provisions and to remove a number of barriers to research activities in Québec – particularly when the research presented minimal risk to participants. Indeed, Bill 30 focused on the notion of "minimal risk," which Minister Hébert stated was well defined in research policies and guidelines, including the influential pan-Canadian *Tri-Council Policy Statement (TCPS)*.²³

Members of the public, ethicists, health research experts, and researchers submitted written commentary and testified at the public hearings of the

¹⁹ *CSSS Debates* (24 April 2013), *supra* note 3 at 1 (Hon Réjean Hébert) ("in 1998 the research landscape was much less structured than at present. In Québec we now have well-established research centres and, in particular, ethics committees that have been rolled out in all health and social services establishments and which thus oversee the approval of research projects and also the implementation of research projects" [translated by authors]).

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid* at 1 (Hon Réjean Hébert), 16 (Pierre Blain).

²² *Ibid* at 1 (Hon Réjean Hébert) [translated by authors].

²³ *Ibid.* See Canadian Institutes of Health Research, Natural Sciences and Engineering Research Council of Canada & Social Sciences and Humanities Research Council of Canada, *Tri-Council Policy Statement: Ethical Conduct for Research Involving Humans 2014* (Ottawa: Secretariat on Responsible Conduct of Research, 2014) at 22, online: Government of Canada Panel on Re-

Standing Committee on Health and Social Services regarding how research was unduly limited by provisions such as article 21 CCQ, which – if not in letter, certainly in spirit – hindered specific communities in Québec from benefiting from research results, and caused Québec to lag behind other jurisdictions such as Australia and the United States, not to mention certain other Canadian provinces.²⁴ The Standing Committee heard testimony that some RECs interpreted article 21 CCQ as requiring a legal representative even for minimal-risk research on incapacitated adults.²⁵ Some experts opined that minors aged 14 years and over should be allowed to consent to certain research projects presenting minimal risk, albeit under the direction of RECs and only in situations where obtaining parental consent would be impossible or impracticable.²⁶ Introducing “minimal risk” into article 21 CCQ would give leeway to RECs to make a more proportionate and consistent decision regarding research on minors and incapacitated adults alike.

Researchers and ethicists also testified that the word “experiment” confused the research community as it was open to multiple interpretations.²⁷ Many researchers would tell RECs their project was not an “experiment” as there was no control group, while RECs would respond that because it was a study of people, it constituted an experiment.²⁸ Replacing “experiment” with “research” would provide clarity as to the scope of the CCQ provisions.

search Ethics <www.pre.ethics.gc.ca/pdf/eng/tcps2-2014/TCPS_2_FINAL_Web.pdf> [TCPS].

²⁴ *CSSS Debates* (24 April 2013), *supra* note 3 at 3 (Philippe Voyer). See also Centre of Genomics and Policy, *Mémoire du Centre de génomique et politiques sur le projet de loi n° 30, Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière de recherche : Présenté à la Commission de la santé et des services sociaux* (2 May 2013) at 7, online: Assemblée nationale du Québec <www.assnat.qc.ca/Media/Process.aspx?MediaId=ANQ.Vigie.Bll.DocumentGenerique_71473> [CGP, *Mémoire*].

²⁵ *CSSS Debates* (24 April 2013), *supra* note 3 at 9 (Philippe Voyer).

²⁶ CGP, *Mémoire*, *supra* note 24 at 9.

²⁷ See National Assembly of Québec, *Journal des débats de la Commission permanente de la santé et des services sociaux* [*Journal of Debates of the Standing Committee on Health and Social Services*], 40th Parl, 1st Sess, Vol 43, No 17 (25 April 2013) at 15 (Mylène Deschênes) [*CSSS Debates* (25 April 2013)].

²⁸ See *CSSS Debates* (24 April 2013), *supra* note 3 at 12 (Philippe Voyer).

A third area highlighted by researchers and ethicists was the amendment to article 22 CCQ, which allowed research on a deceased person's biological material provided there was "consent of the person who could give or could have given consent to any care required by his state of health." Researchers noted that the amendment would advance personalized medicine in the province by allowing greater access to, and the creation of, DNA databanks²⁹ and tissue banks.³⁰

In the rest of this Part, we evaluate the improvements and missed opportunities in the CCQ amendments, focusing on four key elements particularly relevant to biomedical research: research and care, the notion of "minimal risk," residual use of tissues, and RECs.

A. On research and "care"

A welcome update to the CCQ is the removal of the term "innovative care." Previously, article 21 CCQ stated that "care considered by the ethics committee to be innovative care required by the state of health of the person concerned does not constitute an experiment." The concept of "innovative care" was not only restrictive in application, but also lacking in precision.³¹ The vagueness³² of the term "innovative care" provided RECs with a high degree of discretion with little-to-no guidance,³³ especially concerning the application of specific requirements for research projects to particular interventions. This ambiguity had the potential to reduce much-needed oversight, and to increase risks to participant health and safety.

²⁹ See *CSSS Debates* (25 April 2013), *supra* note 27 at 11, 17 (Rémi Quirion).

³⁰ *Ibid* at 24 (Serge Rivest).

³¹ Robert P Kouri & Suzanne Philips-Nootens, "L'« expérimentation » et les « soins innovateurs » : l'article 21 CCQ et les affres de l'imprécision" (1996-97) 27:1-2 RDUS 89.

³² Robert P Kouri, "Observations concernant certains changements apportés au Code civil par la Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière de recherche", Comment, (2012-13) 43:3 RDUS 867.

³³ Suzanne Philips-Nootens, Pauline Lesage-Jarjoura & Robert P Kouri, *Éléments de responsabilité civile médicale : Le droit dans le quotidien de la médecine*, 3rd ed (Cowansville, Que: Yvon Blais, 2007) at para 247.

Yet, given the recent changes to the CCQ, it is a wonder that “research” did not merit its own section, but rather was subsumed under a vaguely defined section for “care.” According to article 11 CCQ, “care” is subject to a number of interpretations, including “examination, specimen taking, removal of tissue, treatment or any other act.” While one could conceive of “clinical care” as being one example of “care,” it is clear that most of the procedures enumerated in article 11 CCQ relate to interventions usually undertaken in a clinical care setting.³⁴ That said, research would fall under the final sweeping category of “any other act.” This classification is inadequate, since research has often been defined as “a scientific activity directed to the advancement and systemization of knowledge”³⁵ that “offers no therapeutic benefit to the patient.”³⁶ While there is often a fine line between research and clinical care, equating these two concepts under the general umbrella of “care” can create problems both in fact and in law, especially if the researcher is also a clinician.³⁷

In point of fact, the duties of physicians and of researchers are theoretically and practically distinct. This distinction arises from fundamental differ-

³⁴ “Treatment” is an example of an intervention done in the clinical care setting that is fundamentally different from research. According to the Law Reform Commission of Canada,

[T]reatment or therapy is the opposite of research in the following three ways. First, its aim is to cure an individual’s illness or disease and it can only be measured in terms of the patient’s interests. Second, it is administered on the basis of individual needs not according to a predetermined protocol. Finally, and perhaps most important, the therapist’s role is quite different from the researcher’s; the objective being not to increase scientific knowledge but to cure the patient or relieve suffering. The therapist’s loyalty is to the patient and a fiduciary relationship is implicitly established as an integral part of the process.

(Law Reform Commission of Canada, *Biomedical Experimentation Involving Human Subjects*, Working Paper 61 (Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1989) at 4.)

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Ellen I Picard & Gerald B Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 4th ed (Toronto: Carswell, 2007) at 102.

³⁷ Ma’n H Zawati, “Liability and the Legal Duty to Inform in Research” in Yann Joly & Bartha Maria Knoppers, eds, *Routledge Handbook of Medical Law and Ethics* (London, UK: Routledge, 2015) 199 at 212-13.

ences between the overall aims of research and of clinical care.³⁸ While the former seeks to produce generalizable results, the latter seeks to benefit individual patients.³⁹ Obligations in medical research must reflect these differences and dispel any therapeutic misconception⁴⁰ whereby a “research subject ... inaccurately attributes therapeutic intent to research procedures.”⁴¹

Consider the context of genomic research, where the potential of discovering health-related findings of clinical significance to research participants is becoming ever more prevalent.⁴² Large-scale human genomic research has been made possible by powerful technologies such as genomic microarrays, scanning technologies, and other research instruments that generate massive amounts of information.⁴³ The issue of how to handle these findings is not only topical, but also increasingly challenging for researchers. Is there an obligation to return individual research findings to participants? If findings were discovered during the course of a research project, would their return increase the likelihood of therapeutic misconception? While the concept of “care” is generally associated with therapeutic benefit,⁴⁴ many biomedical research projects are non-therapeutic in nature. Biomedical research projects are becoming increasingly observational, such that no drugs

³⁸ Gail E Henderson et al, “Clinical Trials and Medical Care: Defining the Therapeutic Misconception” (2007) 4:11 PLoS Med 1735 at 1736.

³⁹ Franklin G Miller & Howard Brody, “A Critique of Clinical Equipoise: Therapeutic Misconception in the Ethics of Clinical Trials” (2003) 33:3 Hastings Cent Rep 19 at 21.

⁴⁰ Inmaculada de Melo-Martin & Anita Ho, “Beyond Informed Consent: The Therapeutic Misconception and Trust” (2008) 34:2 J Med Ethics 202.

⁴¹ Charles W Lidz & Paul S Appelbaum, “The Therapeutic Misconception: Problems and Solutions” (2002) 40:9 Med Care V-55 at V-55.

⁴² Mildred K Cho, “Understanding Incidental Findings in the Context of Genetics and Genomics” (2008) 36:2 JL Med & Ethics 280.

⁴³ Susan M Wolf et al, “Managing Incidental Findings in Human Subjects Research: Analysis and Recommendations” (2008) 36:2 JL Med & Ethics 219.

⁴⁴ According to the Belmont Report, “[t]he term ‘benefit’ is used in the research context to refer to something of positive value related to health or welfare. Unlike ‘risk,’ ‘benefit’ is not a term that expresses probabilities.” US, National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, *The Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, DHEW Publication No (OS) 78-0012 (Washington, DC: Government Printing Office, 1978) at 15.

are administered and toxicity is not assessed.⁴⁵ Accordingly, the legal classification of these projects as “care” is not only misleading but in fact fundamentally inaccurate. In Bill 30, the legislator failed to disassociate research from care, and to dissipate this persistent confusion once and for all.

B. Minimal risk

Bill 30 introduces the notion of minimal risk to Québec’s legislative regime on research ethics. Where the research risks to participants are only minimal, there are now two situations in which the burden on researchers to obtain participants’ consent is reduced. First, if a “competent” REC has determined that “the circumstances justify it,”⁴⁶ a minor 14 years of age or over may consent alone, without the need to obtain additional consent from the minor’s guardian or tutor. Second, if a “competent” REC has determined that a research project “meets the prescribed requirements,” an adult who is incapable of giving consent may now have consent given on their behalf by the appropriate surrogate decision-maker (often a family member), but only when the adult does not already have a court-appointed guardian.⁴⁷

⁴⁵ Canadian courts have yet to adjudicate on cases relating to longitudinal observational research, such as biobanks for example. See Ma’n H Zawati, “There Will Be Sharing: Population Biobanks, the Duty to Inform and the Limitations of the Individualistic Conception of Autonomy” (2014) 21 Health LJ 97 at 118 [Zawati, “There Will Be Sharing”].

⁴⁶ Art 21, para 5 CCQ. The Minister’s comments specify that the circumstances in question are “situations where it would be difficult or undesirable to obtain the parent’s consent,” presumably such as where the effort in obtaining consent would be grossly disproportionate to the risks, or perhaps in consideration of the child’s privacy rights. See Ministère de la santé et des services sociaux (Ministry of Health and Social Services), “Modifications législatives – recherche”, online: MSSS <<http://ethique.msss.gouv.qc.ca/lethique-en-bref/modifications-legislatives.html>> [Ministère de la santé et des services sociaux, “Modifications législatives”].

⁴⁷ Bill 30 provides that “consent may be given by the person qualified to consent to any care required by the state of health of the person of full age” (art 21, para 6 CCQ). This provision still allows, as it did prior to Bill 30, this form of consent to be used even where there are more than minimal risks when an adult “suddenly becomes incapable of giving consent and the research, insofar as it must be undertaken promptly after the appearance of the condition giving rise to it, does not permit, for lack of time, the designation of a legal representative” (*ibid*).

How should “competent” RECs determine whether a proposed research project poses only minimal risk in order to decide whether these less onerous consent procedures are permissible? Looking to the intent of the National Assembly, Minister Hébert stated that minimal risk was “well defined, notably by the policy statement of the three Canadian funding councils” (i.e., the *TCPS*).⁴⁸ The *TCPS* defines minimal risk research as “research in which the probability and magnitude of possible harms implied by participation in the research is no greater than those encountered by participants in those aspects of *their everyday life* that relate to the research.”⁴⁹

Yet the notion of minimal risk has made legal scholars uneasy.⁵⁰ Minimal risk in the *TCPS* has been criticized primarily for being overbroad.⁵¹ The *TCPS* uses minimal risk for three significantly different purposes – each of which has its own underlying rationale – and thus conflates determinations of:

⁴⁸ *CSSS Debates* (24 April 2013), *supra* note 3 at 1 [translated by authors]. Similarly, Professor Robert Kouri states that prior to Bill 30, “the notion of minimal risk was [already] well known” (Kouri, *supra* note 32 at 879 [translated by authors]).

⁴⁹ *TCPS*, *supra* note 23 at 22 [emphasis added]. The United States’ Common Rule’s definition of minimal risk extends beyond risks “ordinarily encountered in daily life,” and explicitly also includes those “ordinarily encountered ... during the performance of routine physical or psychological examinations or tests” (*Protection of Human Subjects*, 45 CFR §46.102(i) (2009)). Loretta Kopelman observes that clinicians regularly encounter “highly sensitive information in routine examinations and testing, including data about family assaults, substance abuse, or sexual preference,” which can result in significant consequences (in “Children as Research Subjects: A Dilemma” (2000) 25:6 J Med Philos 745 at 751).

⁵⁰ In particular, minimal risk’s “role in the regulation of large-scale biobank and cohort research is unsettled” (Timothy Caulfield & Charles Weijer, “Minimal Risk and Large-Scale Biobank and Cohort Research” (2009) 17:2-3 Health L Rev 53 at 53).

⁵¹ See e.g. Lynette Reid & Timothy Krahn, “Minimal Risk in the *Tri-Council Policy Statement*” (2007) 15 Health LJ 469; Caulfield & Weijer, *supra* note 50 at 54.

- (1) whether to allow an REC to undertake a simplified research review evaluation for a given project;⁵²
- (2) whether to allow the researcher to deviate from the usual approach to consent;⁵³ and
- (3) whether to allow a person to participate at all, in certain circumstances.⁵⁴

Bill 30 helpfully separates these three determinations, and uses minimal risk only to determine when less onerous requirements in the consent process are permissible (i.e., the second determination above), such as requiring solely the consent of a minor of at least 14 years of age, rather than consent from a guardian or tutor as well as assent from the minor, no matter their (adolescent) age.

For the other two tasks, Bill 30 relies instead on the potential of the research to “interfere with the [participant’s] integrity” to determine when formalized ethics review by a REC is required. Protection against interference with one’s integrity is a central concept in the CCQ, evidenced in part by the name and location of the chapter in which the relevant CCQ provisions are situated (Book One, Chapter 1: Integrity of the Person). Integrity, which denotes soundness, wholeness, and protection from any wrongful interference with one’s physical, psychological, and emotional well-being, is linked to personality rights, as seen in article 3 CCQ (“Every person is the holder of personality rights, such as the right to life, the right to the inviolability and integrity of his person ...”) and article 10 CCQ (“Every person is inviolable and is entitled to the integrity of his person. Except in cases provided for by law, no one may interfere with his person without his free and enlightened consent.”).

As for barring research participation outright, the CCQ amendments eliminate the previous limiting criterion of “serious risk”⁵⁵ and instead intro-

⁵² See *TCPS*, *supra* note 23 (“[m]inimal risk research should normally receive delegated review and above-minimal risk research shall receive full RE[C] review” at 23).

⁵³ See *ibid* (“Alterations to Consent Requirements” at 35).

⁵⁴ See *ibid* (for “individuals who lack capacity to consent,” researchers must demonstrate that their “research does not expose the participants to more than minimal risk without the prospect of direct benefits for them” at 53).

⁵⁵ The former art 21, para 1 CCQ. See Table 1, above.

duce the notion of proportionality – namely that “the risk incurred is not disproportionate to the benefit that can reasonably be anticipated”⁵⁶ – so that it now applies to research participants of all ages and capacities.⁵⁷ The Bill retains the additional protection that research must have the potential to produce benefit for a minor or person of full age incapable of giving consent, yet this protection is itself problematic. The notion of “benefit” in article 21, paragraph 2 CCQ varies with the number of participants: in the case of research on a group, the research must have the potential to produce results capable of conferring benefit on other persons in the same age category or having the same disease or handicap. This gives rise to the strange result that in some circumstances simply adding more research participants allows participation that would otherwise be impermissible.⁵⁸ Moreover, a restriction that the benefit must be possible for the same age category, disease, or handicap is rapidly becoming obsolete with biomedical research discovery. Diagnostic boundaries are disappearing as researchers learn more about the genetic and biological sub-states of disease, and pleiotropic effects of genes often show that the same genes are involved in different health outcomes.⁵⁹

While introducing the notion of minimal risk beneficially lessens some of the otherwise onerous consent process requirements that arose from the previous CCQ provisions, particularly in article 21, the legislator failed to clarify important issues through Bill 30. Aside from the modifications to substitute decision making, Bill 30 is silent on when researchers may devi-

⁵⁶ Art 20 CCQ.

⁵⁷ When the participant is not a competent adult, however, this determination must be made “taking into account his state of health and personal condition” (art 21, para 1 CCQ).

⁵⁸ The *TCPS* adopts the clearer and more sensible rule that “[w]here the research entails only minimal risk, it should at least have the prospect of providing benefits to participants or to a group that is the focus of the research and to which the participants belong” (*supra* note 23 at 53). The apparent incoherence of the CCQ in this respect is significant enough to raise doubts about whether the legislative intent was not to adopt the same rule as the *TCPS*, although the legislative committee that drafted Bill 30 did hear at least one submission that raised this issue. See CGP, *Mémoire*, *supra* note 24 at 7.

⁵⁹ Pleiotropy describes the state when one gene influences multiple, seemingly unrelated phenotypic traits. See Shanya Sivakumaran et al, “Abundant Pleiotropy in Human Complex Diseases and Traits” (2011) 89:5 *Am J Hum Genet* 607 at 608. We thank Dr. Jennifer R Harris of the Norwegian Institute of Public Health for this observation about disappearing diagnostic boundaries.

ate from standard consent principles, for example, by allowing participants to waive fresh (i.e. new) consent for the purposes of secondary research. There is consensus in the research and medical legal community that contemporary biomedical research warrants (renewed) consent to be waived or made “broad” in certain circumstances where risks are minimal,⁶⁰ particularly in biobanking, data-driven genomic studies, and observational studies. Yet the CCQ gives no indication as to what is minimal, and therefore as to when such waiver of consent is possible.

This lack of clarification opens the door to several challenging questions. Can the risks involved in biobank and genomic research, which are largely psychosocial, be considered “minimal” so as to allow a researcher to deviate from the usual approach to consent? For research making use of personally identifiable biomedical data, can the risks ever be minimal in the absence of anonymity, and where they are not, what technical standards must the anonymizing techniques satisfy to achieve minimal risk? The legislator was undoubtedly wise to forgo answering these questions via detailed provisions in the *Civil Code*, which in keeping with the civil law tradition, is primarily rules- or principles-driven; however, it should not have failed to offer RECs guidance on the matter at all.

The result is that RECs are now left on their own to resolve the deep tension in the bioethics and legal scholarship on minimal risk – specifically, is risk to be determined according to an absolute or a relative standard? Exposing someone to a risk that is serious in absolute terms, such as brain surgery, might still be considered minimal if that person’s everyday life already involves serious risk, for example if a chronic health prob-

⁶⁰ See e.g. UNESCO, International Bioethics Committee (Sylvia Rumball & Alexander McCall Smith, Rapporteurs), “Human Genetic Data: Preliminary Study by the IBC on Its Collection, Processing, Storage and Use”, SHS-503/01/CIB-8/3 (Rev.2) (15 May 2002) at para 50 (“[a] system which required fresh consent would be extremely cumbersome and could seriously inhibit research”). See also Bernice S Elger & Arthur L Caplan, “Consent and Anonymization in Research Involving Biobanks: Differing Terms and Norms Present Serious Barriers to an International Framework” (2006) 7:7 EMBO Rep 661; Kristin Solum Steinsbekk, Bjørn Kåre Myskja & Berge Solberg, “Broad Consent versus Dynamic Consent in Biobank Research: Is Passive Participation an Ethical Problem?” (2013) 21:9 Eur J Hum Genet 897; Gert Helgesson, “In Defense of Broad Consent” (2012) 21:1 Camb Q Healthc Ethics 40.

lem means that dangerous treatment is routine in their life.⁶¹ While courts and scholars tend to prefer the absolute standard,⁶² commentators usually view the *TCPS* definition as explicitly adopting the relative standard.⁶³

Bill 30's introduction of less onerous consent procedures for situations where risks are minimal in an absolute sense is welcome and was necessary to avoid creating "therapeutic orphans"⁶⁴ by inappropriately excluding potential participants. For example, this change should better ensure robust Alzheimer's disease research in Québec.⁶⁵ But the lack of clarity in article 21 CCQ on the *standard* for minimal risk is unfortunate. The *TCPS*, despite apparently adopting the relative standard in general, also explicitly provides that

[i]n their *assessment* of the acceptable threshold of *minimal risk*, RE[C]s have special ethical obligations to *individuals or groups whose situation or circumstances make them vulner-*

⁶¹ Provided, of course, that the risk incurred is not disproportionate to the benefit that can reasonably be anticipated.

⁶² See e.g. Reid & Krahn, *supra* note 51 ("[t]he absolute interpretation ... appears to be endorsed by the courts insofar as they have ruled on the question" at 472); Loretta M Kopelman, "Minimal Risk as an International Ethical Standard in Research" (2004) 29:3 J Med & Philos 351 ("the 'relative standard' sets the minimal risk standard as being relative to the everyday risks of a particular person or group.... There are many problems with this 'relativistic interpretation'" at 362).

⁶³ The *TCPS* defines minimal risk in terms of "harms ... encountered by participants in ... *their* everyday life" (*supra* note 23 at 22) [emphasis added]. See also Reid & Krahn, *supra* note 51 (the *TCPS* "persist[s] in asserting a relative standard" at 472).

⁶⁴ See e.g. Harry Shirkey, "Therapeutic Orphans", Editorial Comment (1968) 72:1 J Pediatr 119. This type of concern has led to the *TCPS*'s instruction to RECs not to "inappropriately exclude" people having compromised abilities to consent (*supra* note 23 at 53).

⁶⁵ See e.g. *CSSS Debates* (24 April 2013), *supra* note 3 ("all the research projects that include, for example, people with Alzheimer's can't be carried out in Québec because of this Civil Code provision" at 1 (Hon Réjean Hébert) [translated by authors]); Kouri, *supra* note 32 ("the amendments made to article 21 relative to consent are appropriate and respond to advocacy by researchers working in certain fields of specialization, notably geriatrics" at 878 [translated by authors]).

able in the context of a specific research project, and to those who live with relatively high levels of risk on a daily basis. Their inclusion in research should not exacerbate their vulnerability.⁶⁶

These are precisely the people (individuals or groups) with whom the concept of minimal risk in Bill 30 is concerned. The legitimacy of a fully relative standard for minimal risk in the consent context is thus questionable at best, given the perverse incentives it creates, namely encouraging researchers to seek out already risk-burdened populations to recruit for more risky research studies.⁶⁷ By comparison, the *TCPS* framework includes protections for research participants who lack capacity to consent for themselves that are absent, or at least not explicit, in article 21 CCQ, such as limiting participants' involvement to that which is "necessary and appropriate to address the research question."⁶⁸ Even if the *TCPS* prescribed a relative standard in this context, it is questionable whether the intention of the National Assembly was to adopt such a standard for Bill 30: when the legislative members heard the words "minimal risk," they likely did not have procedures such as invasive brain surgery in mind.⁶⁹

C. *Residual use of tissues*

Article 22 CCQ permits the use of body parts – whether organs, tissues or other substances – retrieved during care for research purposes, provided

⁶⁶ *TCPS*, *supra* note 23 at 22 [emphasis added].

⁶⁷ See Reid & Krahn, *supra* note 51 at 495. See also *ibid* at 491 ("the relative definition of minimal risk treats the same risks as less serious and less worthy of review and oversight for the ill or disadvantaged than for the healthy and advantaged").

⁶⁸ *TCPS*, *supra* note 23 at 53. Prior to Bill 30's amendments, Lynette Reid and Timothy Krahn, observed that this requirement "rules out research being done with such a group for regulatory convenience, as does (by a different mechanism) the Civil Code of Quebec requirement that such research benefit the patient and age group to which the participant belongs" (Reid & Krahn, *supra* note 51 at 495).

⁶⁹ Proponents of the relative standard often claim that it produces a win-win situation by allowing important research to continue while protecting the vulnerable. But because this is achieved "by mislabeling serious risks as minimal," the goal "clearly ... can be achieved in word only, and not in deed" (*ibid* at 512).

that the patient has consented to such use. Bill 30 now adds to the article: “or, if he has died, [his body parts may] be so used with the consent of the person who could give or could have given consent to any care required by his state of health.”⁷⁰ This addition will most likely increase the use of leftover samples in hospitals and from public health surveillance programs.⁷¹ This said, for two reasons, the amended article 22 CCQ falls short of what is needed to successfully steer Québec to twenty-first-century science and health. First, it remains unclear what “care” refers to in this provision. Second, the new addition does not take into consideration the fact that many of these leftover samples are anonymized or that the patients from whom the samples were retrieved are no longer reachable.

Regarding the first limitation, the words “care” and “research” are differentiated in this article. Although this is what we have called for in Part II.A above, the fact that article 11 CCQ largely interprets the term “care” as encompassing “research” creates confusion in the subsequent distinction made between the two terms in article 22 CCQ. While we support such delineation, doing so without a systematic change of the title to the overarching section in the CCQ, as well as the other provisions found therein, is insufficient. It remains unclear whether the residual samples provided from care can also include residual samples from previous research projects. Maximising the use of these samples is important and such puzzling language does not provide proper guidance to researchers or to RECs.

Regarding the second limitation, and perhaps more importantly, article 22 CCQ does not consider the challenges facing researchers in “re-consenting” patients for the secondary use of their samples. This is in no way a repudiation of the concept of free and informed consent, but rather is a call for more flexibility in case it is impossible or impracticable for the research team to recontact these patients. Also, if these samples are not identifiable, will the requirement in article 22 CCQ still apply? On that note, the legislator missed an opportunity to harmonize the CCQ provision with the *TCPS* article on secondary use of identifiable human biological samples, which provides the research community with a more pragmatic approach:

⁷⁰ Art 22 CCQ.

⁷¹ See generally Kouri, *supra* note 32 at 882.

Article 12.3A[:] Researchers who have not obtained consent from participants for secondary use of identifiable human biological materials shall only use such material for these purposes if they have satisfied the REB [research ethics board] that:

- (a) identifiable human biological materials are essential to the research;
- (b) the use of identifiable human biological materials without the participant's consent is unlikely to adversely affect the welfare of individuals from whom the materials were collected;
- (c) the researchers will take appropriate measures to protect the privacy of individuals and to safeguard the identifiable human biological materials;
- (d) the researchers will comply with any known preferences previously expressed by individuals about any use of their biological materials;
- (e) it is impossible or impracticable to seek consent from individuals from whom the materials were collected; and
- (f) the researchers have obtained any other necessary permission for secondary use of human biological materials for research purposes.

If a researcher satisfies all the conditions in Article 12.3A(a) to (f), the REB may approve the research without requiring consent from the individuals from whom the biological materials were collected.⁷²

The approach taken by the *TCPS* offers researchers the needed flexibility to use these identifiable samples, provided ethics approval is given by a REC. Moreover, there is no requirement for researchers to seek consent from patients for the secondary use of non-identifiable biological samples (Article 12.3B).⁷³ By contrast, this specification is not made in article 22 CCQ. As for the term “impracticable,” the *TCPS* explains that it “refers to undue hardship or onerousness that jeopardizes the conduct of the research [and that]

⁷² *TCPS*, *supra* note 23 at 179.

⁷³ *Ibid* at 180.

it does not mean mere inconvenience.”⁷⁴ Indeed, there could be cases where the patient is difficult to locate or where the effort needed to find him or her is unduly onerous. Preventing the use of a patient's samples because of that reality will continue to create barriers to biomedical research in the future. The legislator should have exercised more openness when revising article 22 CCQ by providing exceptions to the general principle reflected therein.

D. Research ethics committees

The CCQ amendments express a further leap towards legislative endorsement of RECs, tracking the broader parallel expansion of the *TCPS* and, generally, oversight of human subjects research over the past three decades.⁷⁵ First, RECs must now approve and monitor all research involving humans in Québec, irrespective of who is participating, their age, and their ability to consent. The trade-off is that the CCQ provisions on research are now qualified such that they apply only to “research that could interfere with the integrity of [the] person,” seemingly permitting research without REC review for research projects that do not so interfere. Second, RECs may now allow consent to “be given otherwise than in writing” in some situations where this was previously impermissible.⁷⁶ The provision implies that “evidential purposes”⁷⁷ are the primary concern, and leaves it to RECs to determine, in a particular case, whether video, a computer tablet, or any other communication medium will be sufficiently reliable in the particular circumstances.⁷⁸ This vote of confidence in RECs suggests an intent by the

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ See e.g. Carol A Heimer & JuLeigh Petty, “Bureaucratic Ethics: IRBs and the Legal Regulation of Human Subjects Research” (2012) 6 Annual Review of Law and Social Science 601 (“[t]he regulation of human subject research is a growth industry” at 616; “[c]learly, however, the expansion of regulation also increases demand for the services of IRB professionals” at 617).

⁷⁶ Art 24, para 2 CCQ.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Consent must still always be given in writing for research involving medication, natural health products, or medical devices, all of which are governed by federal legislation. Written informed consent is required by several regulations adopted pursuant to the *Food and Drugs Act*, RSC 1985, c F-27, for example the *Food and Drug Regulations*, CRC, c 870, s C.05.010(h) (clinical drug trials), *Medical Devices Regulations*, SOR/98-282, s 81(k)(ii) (investi-

legislator to grant significant deference to REC determinations made within its members' fields of expertise.

The CCQ also now references two distinct types of RECs, although the text of Bill 30 is unhelpful in making this clear.⁷⁹ Those formed or approved by the Minister of Health and Social Services have exclusive competence in respect of research involving persons who cannot consent on their own,⁸⁰ while research that involves only competent adults may be overseen by RECs not so approved.⁸¹ On the one hand, the creation of non-ministerially approved RECs beneficially increases regulatory leniency. On the other hand, aside from the formal difference of ministerial approval, it is not yet clear whether these two types of RECs will be held to different standards, for example with respect to REC member expertise regarding research participants unable to consent on their own or to methodological rigour. As Bill 30 provides no guidance regarding the structure and functioning of RECs, regrettably it remains an open question whether it has created a two-tiered

gational testing using medical devices), and *Natural Health Products Regulations*, SOR/2003-196, s 74(h) (natural health product clinical trials). Further, consent still cannot be given before other determinations, such as the relationship between risks and benefits, have been made. See *Parent c Maziade*, [1998] RJQ 1444 at 1457, 80 ACWS (3d) 649 (CA):

Article 20 C.C.Q. provides that a person may submit themselves to an experiment 'provided that the risk incurred is not disproportionate to the benefit that can reasonably be anticipated.' In the context of experimentation, the patient's consent is thus insufficient. Consent can in fact neither be solicited nor obtained until after the risk/benefit relationship has been taken into consideration. It is not until after this evaluation that the researcher may contemplate proceeding with the experiment and obtaining consent from the research subjects [translated by authors].

⁷⁹ The position is clarified by the Ministry's comments on the amendments, which specify that in art 20 CCQ, "[t]he law does not require that this is an REC designated by the Minister of Health and Social Services, in contrast with what is required for research involving minors or incompetent majors" (Ministère de la santé et des services sociaux (Ministry of Health and Social Services), "Modifications législatives", *supra* note 46 [translated by authors]). It may be that the inconsistent presence of the adjective "competent" before "research ethics committee" in Bill 30 was intended to convey the distinction.

⁸⁰ See art 21, para 4 CCQ.

⁸¹ See art 20 CCQ. This same distinction is likely thus implied in the reference to RECs in art 24, para 2 CCQ.

system of RECs.⁸² Indeed, one is left wondering if ministerially approved RECs provide more protection than a “normal” REC, which would govern most biomedical research conducted in Québec.⁸³

Moreover, one wonders whether the legislator has now bestowed too much deference on RECs and faith in REC members. There is an open question as to whether RECs possess the breadth and depth of expertise necessary to adequately deliberate on the panoply of contemporary, complex biomedical research issues.⁸⁴ Indeed, an emerging trend in jurisdictions outside Canada has been to defer specific research ethics issues to specialized committees composed of individuals with expertise in a given domain, while RECs remain the locus for general review of research protocols and consent forms.⁸⁵ While this possibility remains in Québec, Bill 30's clear endorse-

⁸² Or, if there remains a role for RECs in research that does not interfere with participants' integrity, perhaps even a three-tiered system.

⁸³ The website of the Ministère de la santé et des services sociaux (Ministry of Health and Social Services) explains that “[t]he composition and function of the [non-ministerially approved] REC must comply with the rules set out in the *Tri-Council Policy Statement*, Health Canada or any other organization, if any” (Ministère de la santé et des services sociaux, “Modifications législatives”, *supra* note 46 [translated by authors]). The “if any” qualification to this statement suggests that not all non-ministerially approved RECs in Québec are obligated to follow formalized research ethics rules. This is understandable, given that research protocols must satisfy the criteria of the relevant regulatory or normative documents/bodies.

⁸⁴ Edward S Dove, Bartha M Knoppers & Ma'n H Zawati, “Towards an Ethics Safe Harbor for Global Biomedical Research” (2014) 1:1 *J Law Biosci* 3 (“[e]ven as [REC]s are becoming professionalized, a recurring complaint is that members lack knowledge of formal guidelines or regulations specific to the domain of the project they are charged with applying, thereby leading to haphazard outcomes” at 17). See also James A Anderson et al, “Research Ethics Broadly Writ: Beyond REB Review” (2011) 19:3 *Health L Rev* 12 (“REBs are also hampered by a chronic lack of resources, including significant informational shortfalls” at 19).

⁸⁵ See e.g. Ingrid A Holm et al, “Guidelines for Return of Research Results from Pediatric Genomic Studies: Deliberations of the Boston Children's Hospital Gene Partnership Informed Cohort Oversight Board” (2014) 16:7 *Genet Med* 547. Holm et al discuss the creation of the Gene Partnership Informed Cohort Oversight Board at Boston Children's Hospital (ICOB). ICOB is a body separate from, but endorsed by, the hospital's Institutional Review Board (IRB) focusing on providing accurate and comprehensible individual results that arise

ment of RECs alone will make this more difficult to achieve. Consequently, the expansion of REC powers is likely to be accompanied first by a heightening of the legal duties owed to researchers and research participants,⁸⁶ and second by more frequent judicial review of decisions, which in turn entails increased scrutiny according to the principles of administrative law such as the rights of independence and procedural fairness.⁸⁷

Lastly, it is important to note that Bill 30 retains in article 21 CCQ the previously existing right for minors and incapable adults to refuse participation in research, which is a right held by everyone who “understands the nature and consequences of the research and objects to participating in it.”⁸⁸ Professor Robert Kouri has noted that the *a contrario* interpretation of this formulation undermines the principle that the more vulnerable a person, the greater the protection they merit. The only people with no right to object to research participation are precisely those most in need of protection: those who are *unable* to understand the nature and consequences of the research.⁸⁹ Whether this provision amounts to a legislative oversight or an attempt to remain faithful to the fiction of substituted consent, it is ethically wrong that the current legislative approach allows a person, despite his or her objec-

in the course of genomic biobank research and other large genomics studies results in accordance with participant preferences in a manner that minimizes harm.

⁸⁶ This duty is suggested by art 21 CCQ, para 6 (“it is incumbent upon the competent research ethics committee to determine, when evaluating the research project, whether it meets the prescribed requirements”). See generally Michael Hadsakis & Peter Carver, “The Long Arm of Administrative Law: Applying Administrative Law Principles to Research Ethics Boards” (2005) 13:2-3 Health L Rev 19.

⁸⁷ See e.g. Hadsakis & Carver, *ibid.*

⁸⁸ Art 21, para 3 CCQ, which previously appeared in slightly different wording in art 21, para 1 CCQ. Although this provision applies only to those unable to consent, for competent adults the right to refuse is simply another way of saying they can consent on their own, which is provided for in art 20 CCQ.

⁸⁹ The provision confers an exclusive “right of veto to incompetent participants (and minors) who are able to understand the nature and the consequences of the research. But if the person is unable to appreciate the elements of the investigation, logically that person can never exercise this veto. So the more ‘incompetent’ a person is, the less they are protected!” (Kouri, *supra* note 32 at 879 [translated by authors]).

tion, to be submitted to an experiment⁹⁰ when the research has no potential to result in benefits for that specific person.⁹¹ From an ethical standpoint, refusal by minors or incapable adults to participate in research that is not intended to specifically benefit them must be respected, regardless of their ability to understand the nature and consequences of the research. Unless there is clear justification for ignoring the individual's objection, the same principle should hold true for research that could still result in benefits for the individual. This ongoing gap in protection might be taken as support for Letendre and Lanctôt's provocative suggestion that the success of Québec RECs in avoiding controversy is attributable less to the regime itself – which they suggest is incoherent and full of gaps – than to the vigilance and good character of REC members.⁹²

CONCLUSION

Overall, Bill 30 improves Québec's research ethics environment and better situates the province within the global research ethics regulatory ecosystem. By replacing the concept of serious risk with proportionality, reducing requirements in consent procedures for minors over 14 years of age and adults incapable of giving consent through the concept of minimal risk, replacing "experiment" with "research," and specifying the rules governing consent for residual use of tissues for research, the legislator has placed Québec within a modern biomedical research environment. Beneficially, the province is now more suited for international biomedical research collaboration.

⁹⁰ It seems more appropriate here to use the language that was previously found in art 21 CCQ, rather than to say that the person would be "participating in research."

⁹¹ Although this concern may initially appear to be addressed by the law's requirement that research must have the potential to produce benefits when it involves people unable to consent on their own, note that the CCQ defines benefits to include those to third parties, namely "the potential to produce results capable of conferring benefit to other persons in the same age category or having the same disease or handicap" (art 21, para 2).

⁹² See Martin Letendre & Sébastien Lanctôt, "Le cadre juridique régissant la relation entre le chercheur et le sujet de recherche : la sécurité conférée par le droit canadien et le droit québécois est-elle illusoire ?" (2007) 48:4 C de D 579.

However, as we have noted in this legislative comment, several shortcomings emerge from Bill 30, and further work will be required to truly steer Québec towards twenty-first-century science and health. The conflation of “research” with vaguely defined “care” (combined with the subsequently unclear distinction of the two in article 22 CCQ), the lack of clarity as to when researchers may deviate from standard consent principles more broadly during the consent process, the failure to consider the limitations facing researchers in re-consenting patients for the secondary use of their samples, and the questionable amplified deference given to RECs – not to mention the possibility of a two-tiered system of RECs (both those that are ministerially approved and those not) – all lead to questions about research ethics governance in Québec that transcend Bill 30.

If a theme emerges from our criticisms, it is that biomedical research, and genomic research in particular, is no longer staying local, and that law is limited in its ability to regulate dynamic biomedical research practices. Increasingly, twenty-first-century biomedical research is global, collaborative, data-rich, and longitudinal. Consequently, it begs assessment of fundamental research ethics governance structures. Cosmetic changes alone do not suffice.

Consider the role of RECs for international, multi-site research projects. Should we continue to rely on a siloed research ethics review process for internationally collaborative data-driven research, leading to contradiction and duplication, or can we imagine a kind of ethics review equivalency model that harmonizes research ethics review governance, allowing for mutual recognition of such review across the globe?⁹³ Consider also the continuing fixation on the individualistic conception of autonomy. Should we

⁹³ Dove, Knoppers & Zawati, *supra* note 84. We note that the Ministère de la santé et des services sociaux (Ministry of Health and Social Services) has announced a new streamlined ethics review process for multi-centre research trials conducted in Québec, gradually taking effect from 1 December 2014. As of now, the new process will affect research conducted only within and between Québec’s four integrated university health networks (*réseaux universitaires intégrés de santé*): RUIS McGill, RUIS Montréal, RUIS Laval, and RUIS Sherbrooke. The purpose is to enable a research project that is conducted in more than one location in a network (or networks) to undergo a single research ethics assessment that will be recognized by the other institutions involved. See Ministère de la santé et des services sociaux, “Nouvelles modalités de reconnaissance”, online: MSSS <<http://ethique.msss.gouv.qc.ca/lethique-de-la-recherche/recherche-multicentrique/nouvelles-modalites-de-reconnaissance.html>>.

continue to apply a restrictive unilateral interpretation of autonomy where “rights” tend to be claimed “without any sense of reciprocal obligations”?⁹⁴ Such an approach puts health professionals in a position where they no longer rely on logical or rational persuasion characterized by the use of facts and rationality to make their case.⁹⁵ Increasingly, the focus is merely on perfunctorily providing the patient or participant with information.⁹⁶ Is it not time for a complementary principle premised on multilateral respect, trust, and transparency, which imposes fair and balanced duties on professionals by taking into account the type of services they are providing, the multilateral characteristics of their duties, and the nature of the research project?⁹⁷

Given these profound challenges, one may legitimately query whether legislation alone is the best governance tool. Can we envision an alternative avenue for addressing research ethics and for steering Québec to twenty-first-century science and health? While a full discussion is outside the scope of this legislative comment, we believe a paradigm shift is needed in policy-making mechanisms for research ethics governance. It is worth quoting Professor Graeme Laurie at length on this point:

The fact that responsible science is often being conducted against the backdrop of existing legal frameworks and without the need for further specific legal provision speaks volumes. Notwithstanding, it must be recognised that law has played its part in getting us to this stage and in helping to ensure that the science in question is, indeed, responsible. The role of ethical review mechanisms now helps to protect against the worst vagaries of poor science, albeit that this system has come in for much criticism over the years as unduly burdensome, a possible hindrance to research and not necessarily conducive to more ethically robust science.

⁹⁴ Gordon M Stirrat & Robin Gill, “Autonomy in Medical Ethics after O’Neill” (2005) 31:3 J Med Ethics 127 at 127.

⁹⁵ Gary Yukl & John W Michel, “Proactive Influence Tactics and Leader Member Exchange” in Chester A Schriesheim & Linda L Neider, eds, *Power and Influence in Organizations: New Empirical and Theoretical Perspectives* (Greenwich, Conn: Information Age Publishing, 2006) 87; Barbara JA Eiser, Arnold R Eiser & Michael A Parmer, “Power of Persuasion: Influence Tactics for Health Care Leaders” (2006) 26:1 Leadership in Action 3 at 3.

⁹⁶ Zawati, “There Will Be Sharing”, *supra* note 45.

⁹⁷ *Ibid.*

....

This is made worse because ethics committees are put in a position of having to balance ethical reflection with acting as a gatekeeper to research; many of the associated legal architectures further compound the problem by establishing bureaucratic, inspectorate-driven oligarchies of science regulation. The cumulative effect is that we have lost sight of ethics as a means to assist reflection on genuine dilemmas, in favour of a tick-box mentality which – albeit driven by the best of motives – fosters unhealthy suspicion and favours procedure and caution at the expense of real engagement with the issues at hand. Something gets lost in the process, most notably, that the issues are not simply about the protection of research participants’ interests but also about the promotion of core interests and values that are in the public interest.⁹⁸

How can we answer the law’s challenge to both protect research participants and promote the public interests in scientifically sound and ethically robust research? Like Professor Laurie, we think enacting positive change for research ethics requires recognition that first, law “is ... often prescriptive, inflexible, and static (frozen in time and technological capability)” and second, that we “re-imagine[] or recast[] ... law as one of several tools in the governance ‘toolbox’, or one component of the larger governance framework.”⁹⁹ Policy mechanisms are myriad, but those which carry the most potential for success avoid top-down regulation and allow for a multi-disciplinary array of non-traditional publics in the policy-making process. Indeed, engaging more stakeholders in the biomedical research regulatory ecosystem, be they researchers, participants, regulators, funders, or the public *en masse*, to collectively anticipate challenges that might arise and to construct flexible and adaptive systems that respond to changing needs and interests, we posit, may go a long way towards not just steering Québec towards, but bridging it with, twenty-first-century science and health.

⁹⁸ Graeme Laurie, “Reflexive Governance in Biobanking: On the Value of Policy Led Approaches and the Need to Recognise the Limits of Law” (2011) 130:3 *Hum Genet* 347 at 351.

⁹⁹ Shawn HE Harmon, Graeme Laurie & Gill Haddow, “Governing Risk, Engaging Publics and Engendering Trust: New Horizons for Law and Social Science?” (2013) 40:1 *Sci Public Policy* 25 at 28-29.

COMMENTAIRE D'ARRÊT :
***ST-GERMAIN C BENHAIM* — UN JUGEMENT**
AUDACIEUX ET HABILE

*Lara Khoury**

Le 5 décembre 2014, la Cour d'appel du Québec rendait une décision majeure, *St-Germain c Benhaim*, 2014 QCCA 2207, portant sur le lien de causalité entre l'omission d'effectuer des tests et prendre d'autres mesures qui auraient permis de diagnostiquer le cancer d'un patient en temps utile et son décès éventuel. Dans son jugement, la majorité de la Cour d'appel base une inférence quant à la causalité médicale sur le seul fondement d'une donnée statistique, justifiant cet allègement de preuve par le fait que les défendeurs ont, par leur faute, empêché les demandeurs de prouver la causalité. Le commentaire cherche à montrer comment cette décision fait preuve d'audace en s'éloignant de l'orthodoxie ambiante et manipule les concepts pertinents de façon habile.

On 5 December 2014, the Québec Court of Appeal rendered a groundbreaking decision, *St-Germain c Benhaim*, 2014 QCCA 2207, regarding the causal link between, on the one hand, an omission to conduct tests and take other steps that could have enabled a patient's cancer to be diagnosed in due time, and on the other hand, his eventual death. In its judgment, the majority of the Court of Appeal drew an inference of medical causation on a single statistic, and justified this relaxation of the evidentiary burden on the grounds that the defendants, through their own fault, had prevented the plaintiffs from establishing causation. This case comment seeks to demonstrate the boldness of the decision in distancing itself from established case law orthodoxy and its skillful handling of the relevant concepts.

* Professeure agrégée, Faculté de droit, Université McGill ; codirectrice du Groupe de recherche en santé et droit de McGill ; membre associée de l'Académie internationale de droit comparé et de l'Institute for Health and Social Policy ; membre de l'Institut de droit comparé et du Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, Université McGill.

© Lara Khoury 2015

Référence : Lara Khoury, « Commentaire d'arrêt : *St-Germain c Benhaim* — un jugement audacieux et habile » (2015) 8 : 1 RD & santé McGill 111.

Citation: Lara Khoury, "Commentaire d'arrêt : *St-Germain c Benhaim* — un jugement audacieux et habile" (2015) 8:1 McGill JL & Health 111.

INTRODUCTION	113
I. LES FAITS ET LE JUGEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE	113
II. LA DÉCISION SUR LA CAUSALITÉ	116
III. UN JUGEMENT AUDACIEUX ET HABILE	119
A. <i>Jugement audacieux : l'inférence défavorable</i>	119
1. La présence d'incertitude comme condition préalable à l'inférence	120
2. L'incertitude causale créée fautivement : la recherche d'équité entre les parties	123
3. Le fondement factuel	126
4. Discussion sur la méthode	127
B. <i>Jugement habile : le traitement de la preuve</i>	131
CONCLUSION	135

INTRODUCTION

Le 5 décembre 2014, la Cour d'appel du Québec rendait sa décision dans l'affaire *St-Germain c Benhaim*¹. Dans le jugement majoritaire, les juges Kasirer et Bélanger sortent des sentiers battus et osent confronter l'incertitude causale au bénéfice de la demanderesse dans une décision intelligente et audacieuse qui allie une compréhension solide des règles de preuve et le courage d'exposer explicitement les considérations de politiques générales fondant leur décision.

I. LES FAITS ET LE JUGEMENT DE LA COUR SUPÉRIEURE

Le recours découle du décès de Marc Émond d'un cancer pulmonaire. Sa conjointe, personnellement, en sa qualité de tutrice à son fils mineur et en sa qualité de légataire universelle, reproche à deux médecins, un omnipraticien et un radiologue, un retard dans le diagnostic de ce cancer. C'est à la suggestion de son omnipraticien, le docteur Benhaim, que le défunt se soumet le 9 novembre 2005, alors âgé de 44 ans, à une radiographie pulmonaire. Il ne présente alors aucun symptôme ni problème de nature pulmonaire, n'a jamais fumé, est sportif et est en excellente santé générale². Le radiologue interprétant la radiographie, le docteur O'Donovan, constate une opacité d'étiologie incertaine au poumon droit (un nodule). Il suggère que des radiographies antérieures soient obtenues aux fins de comparaison si elles existent et, à défaut, de faire une radiographie de contrôle à un moment ultérieur et « probablement » une tomographie. La radiographie de contrôle est effectuée en janvier 2006, mais le docteur Benhaim ne vérifie pas le dossier médical du défunt qui contient des rapports de radiographies pulmonaires prises en 1994, 1998 et 1999. Interprétant la radiographie pulmonaire de contrôle, le docteur O'Donovan constate qu'il n'y a pas eu de changement et suggère une nouvelle radiographie de contrôle quatre mois plus tard. Il admettra par la suite qu'il soupçonnait alors la présence d'une tumeur, mais n'en a pas fait mention. Le docteur Benhaim informe donc monsieur Émond que les résultats de la radiographie sont normaux. La radiographie de contrôle recommandée ne fut jamais effectuée et c'est en dé-

¹ 2014 QCCA 2207, JE 2014-2197, [2014] JQ no 13772 [*Benhaim*], autorisation de pourvoi à la CSC demandée (3 février 2015).

² *Ibid* au para 10. L'énoncé des faits est tiré à la fois du jugement de la Cour supérieure (*Émond c Benhaim*, 2011 QCCS 4755, JE 2011-1679, [2011] JQ no 12175 (QL) [*Benhaim* (CS)]) et de celui de la Cour d'appel, *supra* note 1..

cembre 2006, lors d'un examen annuel, qu'a lieu la troisième radiographie. Le docteur O'Donovan note alors que le volume du nodule a augmenté et, s'inquiétant de la possibilité d'un cancer, il suggère qu'une tomographie soit effectuée. Cette dernière révèle une lésion dans le poumon droit et d'importantes atteintes ganglionnaires. En janvier 2007, monsieur Émond est dirigé vers un pneumologue spécialisé en oncologie qui confirme qu'il souffre d'un cancer du poumon inopérable et incurable de stade IV. Après des mois de traitements de chimiothérapie, il décède le 6 juin 2008.

TABEAU 1. DÉROULEMENT CHRONOLOGIQUE DES FAITS.

9 novembre 2005	Janvier 2006	Décembre 2006	Décembre 2006 / janvier 2007	Automne 2007	6 juin 2008
• Première radiographie. • Opacité constatée (nodule). • Patient asymptomatique.	• 2^e radiographie. • Opacité confirmée (nodule). • 3^e radiographie recommandée (non effectuée).	• 3^e radiographie. • Volume du nodule augmenté.	• Cancer de stade IV inopérable et incurable diagnostiqué. • Toujours asymptomatique.	• Premiers symptômes.	• Décès.

La Cour d'appel résume ainsi la preuve des experts quant à la causalité. Selon le docteur Ferraro, un chirurgien thoracique et l'expert des intimés, la radiographie de novembre 2005, interprétée de manière rétroactive à la lumière des tests de décembre 2006 et janvier 2007, est compatible avec un cancer de stade III ou IV inopérable avec métastases ganglionnaires. Cette opinion est, selon lui, confirmée par trois éléments qui retiennent particulièrement l'attention de la juge de première instance³ : (1) l'évolution normalement lente du cancer pulmonaire, surtout chez les non-fumeurs ; (2) ce qu'il voit comme un ombrage sur la radiographie de novembre 2005

³ Tel que le rapportent les juges Kasirer et Bélanger : *supra* note 1 au para 194.

indiquant selon lui la présence de métastases ganglionnaires ; et (3) le fait que, statistiquement, la grande majorité des patients sont diagnostiqués à un stade avancé de ce type de cancer⁴. Il croit en outre peu probable qu'un cancer progresse d'un stade I à un stade IV en seulement 12 mois⁵. Quant aux deux experts en demande – un oncologue pulmonaire et un oncologue – ils sont plutôt d'avis que le cancer était de stade I ou IIA en novembre 2005, et donc opérable. Ils fondent cette conclusion (1) sur la dimension du nodule vu à la radiographie de novembre 2005 ; (2) sur l'absence de signe d'atteinte ganglionnaire ; (3) sur l'absence de symptômes chez le défunt et son bon état de santé ; et (4) sur le fait que monsieur Émond n'aurait pas survécu aussi longtemps⁶ s'il était atteint d'un cancer de stade IV en novembre 2005. Les juges majoritaires soulignent que les experts de la demande notent que 78 % des cancers découverts de manière fortuite⁷, comme dans le cas du défunt, sont de stade I avec un pronostic favorable dans plus de 50 % des cas⁸.

Le 7 septembre 2011, la juge Geneviève Marcotte de la Cour supérieure accueille en partie l'action. Elle conclut que les deux médecins ont commis une faute en faisant preuve de laxisme et en ne recommandant pas une investigation plus poussée après avoir constaté la présence du nodule. Elle est toutefois d'avis qu'il n'y a pas de lien de causalité entre ces fautes et le décès de monsieur Émond. Elle retient le témoignage de l'expert de la défense et conclut que le défunt était, au moment où les fautes furent commises, au stade III ou IV de son cancer et n'avait donc qu'une faible chance de survie⁹. Elle reconnaît que la survie de monsieur Émond – selon son hypothèse, 30 mois avec un cancer de stade IV, sans traitement pendant les 13 premiers mois – défie les statistiques, mais elle considère que cela peut s'expliquer par son bon état de santé général, tout comme pouvait l'être l'apparition tardive des symptômes¹⁰. La juge de première instance accorde toutefois des

⁴ *Ibid* au para 70, juge Fournier, et au para 194, juges Kasirer et Bélanger.

⁵ *Ibid* au para 159, juges Kasirer et Bélanger.

⁶ Pour le juge Fournier, jusqu'en janvier 2007 (*ibid* au para 69) et pour les juges Kasirer et Bélanger, jusqu'en juin 2008 (*ibid* au para 156).

⁷ *Ibid* au para 156, juges Kasirer et Bélanger.

⁸ Survie à cinq ans dans 60-80 % pour un stade I et 40-60% pour un stade II : *ibid* au para 157, juges Kasirer et Bélanger.

⁹ *Benhaim* (CS), *supra* note 2 aux para 133, 153, 155-56. De 10-15 % pour un stade III et de moins de 1 % pour un stade IV.

¹⁰ *Ibid* au para 144.

dommages (70 000 \$) pour l'angoisse et la frustration causées par la faute des défendeurs.

C'est l'appréciation du lien causal par la juge du fond qui est remise en question devant la Cour d'appel, la faute n'étant plus contestée¹¹. Les appelantes plaident que la juge de première instance aurait dû retenir dans le cas du défunt la statistique voulant que pour 78 % des personnes dont le cancer est diagnostiqué de manière fortuite, la maladie est au stade I¹². Elles argumentent que l'opinion des experts des intimés ne s'appuie que sur des hypothèses et utilise une interprétation rétroactive qui n'est pas basée sur une technique approuvée par la science¹³. Les médecins intimés répondent que la juge a fondé son opinion sur la preuve administrée au procès¹⁴. La Cour d'appel observe d'emblée que la résolution de la question causale dépend de l'état d'avancement du cancer de monsieur Émond au moment de la faute en novembre 2005 (omission de comparer les radiographies avec celles disponibles) et en janvier 2006 (omission d'entreprendre des investigations plus poussées à la suite de la seconde radiographie)¹⁵.

II. LA DÉCISION SUR LA CAUSALITÉ

La Cour d'appel accueille l'appel en partie avec dépens et les trois juges s'entendent sur les dommages et intérêts à attribuer aux demanderesses, ainsi que sur les sommes additionnelles à titre de dépenses futures¹⁶. Ils conviennent également que le lien de causalité est prouvé, mais pour des raisons différentes. Le juge Fournier voit dans le jugement de première instance une erreur de fait dans l'appréciation de la preuve d'expert, alors que les juges Kasirer et Bélanger y voient une erreur de droit.

¹¹ *Benhaim*, *supra* note 1 au para 149. L'appel porte également sur la méthode de calcul des dommages proposée par la juge, mais cet aspect de la décision n'est pas commenté ici.

¹² *Ibid* au para 156, juges Kasirer et Bélanger.

¹³ *Ibid* aux para 42-43, juge Fournier.

¹⁴ *Ibid* au para 47, juge Fournier.

¹⁵ *Ibid* au para 55.

¹⁶ *Ibid* aux para 136, 138 (plus d'un million de dollars, certaines sommes devant être actualisées par calcul actuariel).

Le juge Fournier rappelle d'abord le devoir de retenue de la Cour d'appel quant aux constatations de fait du juge de première instance¹⁷. D'emblée, il note, citant *St-Jean c Mercier*¹⁸, que le fait que la faute des intimés empêche de faire la preuve directe d'une des conditions de la responsabilité ne devrait pas mener à un allègement du fardeau de preuve¹⁹. Toutefois, le juge Fournier n'accepte pas deux éléments centraux de la preuve d'expert des intimés. Il conteste d'abord leur observation voulant que la survie de monsieur Émond, malgré, selon leur hypothèse, un cancer de stade IV en novembre 2005, s'explique par le fait que la progression du cancer chez les non-fumeurs est lente et que le défunt était en très bonne santé. Pour le juge Fournier, rien dans la preuve ne permettait de croire qu'il est probable de vivre 30 mois, sans traitement les 13 premiers mois, avec un cancer de stade avancé²⁰. Il doute en outre que la présence d'un ombrage apparaissant à la radiographie de novembre 2005 – dont l'existence est d'ailleurs débattue²¹ – permette d'écarter la thèse de la demande²². Enfin, il conclut que l'ensemble de la preuve ne permet pas de statuer comme l'a fait la juge de première instance²³. Rappelant que la Cour suprême du Canada dans *Snell c Farrell*²⁴ enseigne que la causalité en droit n'est pas identique à la causalité exigée en science²⁵, le juge Fournier est principalement d'avis que si le cancer de monsieur Émond était de stade III ou IV en novembre 2005 ou janvier 2006, le pronostic était fatal à 12 mois maximum selon la preuve. Par conséquent, la durée de sa survie indique plutôt, selon la prépondérance de preuve, que

¹⁷ *Ibid* aux para 60-61.

¹⁸ 2002 CSC 15 aux para 113-16, [2002] 1 RCS 491, 209 DLR (4^e) 513 [*St-Jean*].

¹⁹ *Benhaim*, *supra* note 1 aux para 63-64.

²⁰ *Ibid* aux para 78, 83.

²¹ La majorité note que le radiologue défendeur lui-même dit ne pas l'avoir vu : *ibid* au para 200.

²² *Ibid* au para 81. Il remarque d'ailleurs une contradiction dans la thèse des intimés à cet égard : tout en plaidant l'absence de faute en raison du caractère non concluant des radiographies de novembre 2005 et de janvier 2006, les intimés invoquent la présence d'un ombrage sur l'une de ces radiographies corroborant l'existence d'un cancer de stade avancé (*ibid* au para 84).

²³ *Ibid* au para 86.

²⁴ [1990] 2 RCS 311, 72 DLR (4^e) 289 [*Snell* avec renvois aux RCS].

²⁵ *Benhaim*, *supra* note 1 au para 94.

son cancer était de stade I ou II²⁶. De plus, s'appuyant sur l'opinion des experts de la demande, le juge Fournier conclut que le lien de causalité est établi²⁷ puisque la preuve démontre que le pronostic pour un cancer de stade I ou IIA traité par chimiothérapie est à 50 % de guérison favorable²⁸.

La décision de la majorité, cosignée par les juges Kasirer et Bélanger, fera l'objet d'une étude détaillée dans la prochaine section. Nous n'en résumons donc ici que les grandes lignes. Contrairement à leur collègue, les juges de la majorité concluent à une erreur de droit de la part de la juge de première instance²⁹ en ce qu'elle n'aurait pas tiré une « inférence défavorable » aux intimés alors que les faits de l'affaire et la décision de la Cour suprême du Canada dans *Snell* l'y autorisaient³⁰. Plus précisément, cette inférence était justifiée par : (1) l'existence d'une incertitude scientifique quant au stade de progression du cancer du défunt au moment de la survenance de la faute rendant impossible la preuve directe de la causalité ; (2) le fait que cette incertitude et impossibilité de preuve aient été causées par la faute des intimés en ce qu'elles découlent de l'omission fautive d'entreprendre les tests médicaux appropriés³¹ ; (3) la statistique selon laquelle 78 % des cancers découverts de manière fortuite sont de stade I avec un pronostic de guérison favorable à plus de 50 %, fournissant ainsi le « très peu d'éléments de preuve affirmative » requis par *Snell* pour tirer l'inférence³². Enfin, les juges majoritaires trouvent que les intimés n'ont pas présenté de preuve permettant de renverser cette inférence, en ne démontrant pas que monsieur Émond faisait partie des 22 % de personnes pour lesquelles un cancer de stade avancé inopérable est découvert de manière fortuite³³. En

²⁶ *Ibid* aux para 87-96.

²⁷ *Ibid* au para 114. Il trouve, par hypothèse, une erreur déterminante commise par la juge de première instance (voir *ibid* au para 97). Le juge Fournier procède par la suite à l'examen des reproches faits à l'égard de l'évaluation des dommages par la juge de première instance (*ibid* aux para 115-36). Les juges Kasirer et Bélanger souscrivent à son évaluation sur ce point (*ibid* au para 138).

²⁸ *Ibid* au para 106.

²⁹ *Ibid* au para 140.

³⁰ *Ibid* aux para 141, 181-82.

³¹ Voir aussi *ibid* au para 162.

³² *Ibid* aux para 142-46, citant *Snell*, *supra* note 24 aux pp 328-29..

³³ *Ibid* au para 144.

effet, l'opinion de l'expert de la défense serait à leur avis restée au stade des hypothèses et conjectures.

III. UN JUGEMENT AUDACIEUX ET HABILE

A. Jugement audacieux : l'inférence défavorable

Le jugement majoritaire est audacieux, car il ose aller au-delà du conservatisme actuel de la jurisprudence qui tend à restreindre le rôle du juge québécois devant l'incertitude causale à la seule prise en compte des faits et de leur force probante dans le cadre – au mieux – de la preuve par présomption de fait³⁴. La majorité met ainsi à l'avant-plan la question cruciale des frontières de la fonction judiciaire lorsqu'une interprétation rigide du droit et des règles de preuve mène à une injustice. Elle le fait en « inférant » la causalité sur le fondement de la preuve statistique et d'une préoccupation de justice pour les parties.

Les décisions majoritaire et minoritaire rappellent qu'il est impossible en droit québécois d'indemniser un patient pour le fait que la faute du médecin lui ait fait perdre des chances de guérison³⁵, ce qui pousse la majorité à plutôt situer son approche au sein du droit de la preuve. Tout en admettant que les « inférences négatives » sont rares en droit québécois de la responsabilité médicale³⁶, les juges majoritaires les considèrent comme justifiées en l'espèce. Ils fondent dans un premier temps cette conclusion sur le fait que l'incertitude causale dans cette affaire résulte de la faute des médecins intimés³⁷. La majorité s'oppose ainsi à ce que ces derniers puissent éviter la responsabilité en invoquant cette incertitude³⁸. Citant *Snell*, elle indique que les tribunaux acceptent non pas de renverser le fardeau de la preuve sur cette base, mais de plutôt alléger le fardeau de la preuve, par le biais d'une

³⁴ Voir *Laferrière c Lawson*, [1991] 1 RCS 541, 78 DLR (4^e) 609 [Laferrière] ; *St-Jean*, *supra* note 18.

³⁵ En raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans *Laferrière*, *supra* note 34 : *Benhaim*, *supra* note 1 aux para 57-59, juge Fournier, et para 173, juges Kasirer et Bélanger.

³⁶ *Benhaim*, *ibid* au para 147.

³⁷ *Ibid* au para 163.

³⁸ *Ibid* au para 164.

inférence défavorable³⁹. S'autorisant de cet allègement, les juges majoritaires infèrent ensuite la causalité en s'appuyant sur la statistique voulant que 78 % des cancers découverts de manière fortuite sont de stade I avec un pronostic de guérison favorable. Trois éléments centraux composent donc la preuve par inférence de la majorité : (1) la présence d'une incertitude ; (2) la possibilité d'alléger le fardeau des appelantes en raison du fait que l'incertitude a été créée par la faute des intimés ; et (3) l'existence d'un fondement factuel – statistique en l'espèce – sur lequel asseoir l'inférence.

1. La présence d'incertitude comme condition préalable à l'inférence

Le jugement majoritaire se montre sensible à la situation de certaines victimes à l'égard de la preuve de la causalité en présence d'incertitude. Les trois juges de la Cour d'appel soulignent dès le départ la présence d'une incertitude *scientifique* quant à l'état d'avancement du cancer du défunt au moment de la commission des deux fautes retenues contre les médecins intimés⁴⁰. La majorité, en particulier, met l'accent sur l'impossibilité de démontrer scientifiquement par preuve directe le stade de cancer du défunt au moment de la survenance de ces fautes⁴¹. Cette insistance et l'importance que ce constat prend dans la décision majoritaire justifient de s'intéresser à ce concept.

L'incertitude causale scientifique se présente classiquement lorsque, par exemple, l'étiologie de la condition dont souffre le demandeur ou les risques associés à une substance ou un médicament soupçonné d'avoir causé son dommage sont trop inconnus pour pouvoir évaluer le lien entre le préjudice et la faute commise. C'est d'ailleurs une célèbre affaire écossaise concernant un travailleur souffrant d'une dermatite d'étiologie incertaine⁴² qui est à l'origine de l'intérêt que les tribunaux canadiens portent à l'incertitude causale depuis les années 90. Ce type d'incertitude affecte la « causalité générale », c'est-à-dire la détermination dans l'abstrait d'un lien causal

³⁹ *Ibid* au para 166.

⁴⁰ *Ibid* au para 56, juge Fournier, et au para 162, juges Kasirer et Bélanger.

⁴¹ *Ibid* aux para 142, 162.

⁴² *McGhee v National Coal Board*, [1972] UKHL 7, [1973] 1 WLR 1, [1972] 3 All ER 1008.

entre deux facteurs, rendue impossible en raison de l'état d'avancement de la science⁴³. L'incertitude rencontrée dans *Benhaim* est plus proche de celle nuisant à la preuve dans *Snell*⁴⁴ et portant sur la « causalité personnelle » ou « spécifique ». Dans ce dernier cas, c'est l'appréciation du lien causal dans un cas concret qui pose problème par manque, par exemple, d'information factuelle ou scientifique. Ainsi, dans *Benhaim*, le résultat d'une tomographie non effectuée est inconnu, ce qui empêche de déterminer dans le cas précis les chances de survie du patient au moment de la survenance de la faute. Par contre, si cette tomographie avait été réalisée, il serait possible d'énoncer une opinion scientifique quant au stade du cancer du patient et à l'effet du délai de traitement sur la progression de la maladie. La distinction entre causalité générale et causalité personnelle ne porte toutefois pas à conséquence dans l'affaire qui nous occupe ; essentiellement, les juges majoritaires se préoccupent de l'impossibilité de preuve, et le fait que cette dernière découle d'un manque d'information de nature scientifique nuisant à l'évaluation de la causalité générale ou personnelle n'y change rien. Par contre, l'affaire *Benhaim* rappelle la nécessité de mieux définir le concept d'incertitude scientifique et de déterminer comment elle doit être abordée en droit, une décision pouvant différer selon que l'incertitude porte sur la causalité générale ou personnelle. Un tel questionnement est important non seulement en matière médicale, mais également en matière de responsabilité pharmaceutique et environnementale où l'incertitude causale scientifique constitue un empêchement fréquent aux recours entrepris par les victimes⁴⁵. Cette nécessité est d'autant plus grande à la lumière des va-et-vient récents de la Cour suprême du Canada quant à ce qui constitue une incertitude causale.

En effet, dans *Hanke c Resurfice*⁴⁶, la Cour suprême laisse entendre en 2007 qu'un test de causalité fondé sur l'exposition à un risque peut être utilisé en common law dans les cas où il est impossible pour le demandeur

⁴³ Voir aussi plus récemment les affaires *Fairchild v Glenhaven Funeral Services*, [2002] UKHL 22, [2002] 3 All ER 305 ; *Barker v Corus*, [2006] UKHL 20, [2006] 2 WLR 1027 (étiologie incertaine du mésothéliome).

⁴⁴ *Snell*, *supra* note 24.

⁴⁵ En matière environnementale, voir Lynda Collins et Heather McLeod-Kilmurray, *The Canadian Law of Toxic Torts*, Toronto, Canada Law Book, 2014 à la p 111.

⁴⁶ 2007 CSC 7, [2007] 1 RCS 333, 278 DLR (4^e) 643 [*Resurfice*].

de prouver au moyen du test du facteur déterminant (« *but-for test* »⁴⁷) que la négligence du défendeur lui a causé un préjudice en raison de « facteurs qui échappent au contrôle du demandeur ; *par exemple, les limites de la science* »⁴⁸. À la suite de cette décision, les tribunaux débattirent de la signification de cette exigence d'incertitude de preuve, certains l'appliquant restrictivement en rappelant que le fait que la théorie de causalité du demandeur soit difficile à prouver ou que les parties aient présenté des théories divergentes n'est pas une base suffisante pour faire exception au test du facteur déterminant⁴⁹. Cinq ans plus tard, dans *Clements c Clements*⁵⁰, la Cour suprême revient sur ses pas en affirmant que la condition d'impossibilité de preuve ne s'applique que dans les cas où il est véritablement impossible de déterminer ce qui a causé le préjudice, notamment lorsqu'on ne peut prouver ce qu'une personne particulière aurait fait en l'absence de faute⁵¹ et dans les cas posant des problèmes de causalité alternative impliquant une pluralité de défendeurs fautifs⁵². L'incertitude envisagée par la Cour n'est désormais plus scientifique.

L'existence d'une incertitude causale n'est que le premier pas de la démarche des juges Kasirer et Bélanger. L'approche généreuse de la preuve qu'ils préconisent trouve principalement appui sur le fait que cette incertitude fut causée par la faute des défendeurs. Ainsi, la majorité incorpore explicitement dans sa décision une considération de politique générale, soit la recherche d'équité entre les parties relativement à la preuve.

⁴⁷ Un test fondé sur la nécessité qui est le test par défaut pour prouver la causalité en common law.

⁴⁸ *Resurfice*, *supra* note 46 au para 25 [nos italiques].

⁴⁹ *Rollin v Baker*, 2010 ONCA 569, 323 DLR (4^e) 71, 174 ACWS (3^e) 273.

⁵⁰ 2012 CSC 32, [2012] 2 RCS 181, 346 DLR (4^e) 577.

⁵¹ Voir notamment *Walker, succession c York Finch General Hospital*, 2001 CSC 23, [2001] 1 RCS 647, 198 DLR (4^e) 193.

⁵² Par exemple, lorsque deux chasseurs tirent fautivement en direction de la victime, mais qu'une seule balle l'atteint sans qu'on puisse déterminer de quel défendeur elle provient : *Cook c Lewis*, [1951] RCS 830, [1952] 1 DLR 1. Au Québec, cette situation est prévue à l'article 1480 CcQ qui renverse le fardeau de preuve sur les défendeurs.

2. L'incertitude causale créée fautivement : la recherche d'équité entre les parties

L'inférence défavorable tirée par les juges majoritaires s'inspire directement du jugement *Snell*, dans lequel le juge Sopinka inférait le lien causal entre une faute médicale – avoir poursuivi une chirurgie en présence d'un saignement rétrooculaire – et la perte de la vision de la patiente, militant ainsi pour une approche occasionnellement plus flexible dans l'évaluation de la causalité :

Je suis d'avis que le mécontentement à l'égard de la façon traditionnelle d'aborder la causalité dépend dans une large mesure de son *application trop rigide* par les tribunaux dans un grand nombre d'affaires. La causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique....

...

Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais *en l'absence de preuve contraire* présentée par le défendeur, une *inférence de causalité* peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite⁵³.

Le juge Sopinka se dit d'avis qu'il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l'appui de la théorie de la causalité de la demande en raison du fait qu'ils déterminent habituellement la causalité en termes de certitude alors que le droit ne requiert que la prépondérance de preuve⁵⁴. Rappelant que le fardeau et la norme de preuve sont des concepts souples, la Cour suprême propose une approche moins rigide de la preuve par inférence dans les affaires portant sur une faute professionnelle dans lesquelles le défendeur possède une connaissance particulière des faits : « Dans ces circonstances, il suffit de *très peu d'éléments de preuve affirmative* de la part du demandeur pour justifier une déduction de causalité en l'absence de preuve contraire »⁵⁵. Le juge Sopinka accepte donc d'inférer la causalité dans cette affaire car le médecin défendeur était présent pendant la chirurgie et était mieux placé pour observer ce qui s'est produit et pour

⁵³ *Snell*, *supra* note 24 aux pp 328, 330 [nos italiques].

⁵⁴ *Ibid* à la p 330.

⁵⁵ *Ibid* aux pp 328-29 [nos italiques].

interpréter d'un point de vue médical ce qu'il a vu. De plus, par sa faute, il avait rendu impossible la détection du saignement qui aurait, selon la demanderesse, causé la perte de son œil. Dans ces circonstances, écrit la Cour, « le juge de première instance pouvait déduire que le préjudice a été causé par le saignement rétrooculaire »⁵⁶.

Tout comme l'avait fait le juge Sopinka dans *Snell*, les juges majoritaires dans *Benhaim* soulignent que leur approche de la preuve est fondée sur des facteurs de politique générale, dont un souci d'équité et de justice pour les parties, en présence d'une incertitude causale créée fautivement par l'une des parties : « *This works to avoid the possible injustice associated with the application of the traditional requirement that the plaintiff bear the whole of the risk of insufficiency of evidence of causation in those special circumstances* »⁵⁷. Plus loin, les juges Kasirer et Bélanger reviennent sur ces fondements, ancrés dans une perspective de justice :

*[L]ike many legal scholars, the courts have been alive to the potential unfairness of holding plaintiffs to an impossible standard and of relieving doctors of liability by reason of their negligence. In this setting, the "unfavourable inference" against the defendants has been developed, in the exercise of weighing the evidence, to attend to a proper balance between the interests of the parties in the deployment of the burden of proving causation*⁵⁸.

Ils mettent l'accent sur le fait que l'incertitude fautivement créée ne devrait cependant pas mener à un renversement du fardeau de preuve, sensible à l'injustice pouvant alors être créée pour le défendeur⁵⁹ :

Defendants would, in those circumstances, be called on to bear the risk that the patient died not by reason of their negligence but because of a pre-existing condition or another circumstance beyond their control. On the ordinary calculus of corrective justice that governs the law of obligations, this could be unfair to the physician. The law of civil liability should not blame the physician for the accident of fate that

⁵⁶ *Ibid* à la p 336.

⁵⁷ *Benhaim*, *supra* note 1 au para 166.

⁵⁸ *Ibid* au para 169.

⁵⁹ *Ibid* aux para 167-68.

*made the patient sick, even if he or she committed a fault, where that fault is unconnected to the loss suffered. To do so would invite the law of extracontractual obligations to take on a role outside of what Professor Paul-André Crépeau usefully described as its “fonction curative”*⁶⁰.

Le jugement majoritaire reconnaît donc que l'attitude judiciaire par rapport à la preuve, en situation d'incertitude, peut être influencée par des considérations générales ayant trait aux besoins de justice et d'équité entre les parties. Récemment, les juges Rothstein et Moldaver mentionnaient eux aussi ce besoin d'équité probatoire dans la dernière décision majeure de la Cour suprême du Canada portant sur la causalité médicale, *Ediger c Johnston* : « Pour déterminer si la preuve déposée par le défendeur [pour contrer une inférence qui lui est défavorable] est suffisante, le juge des faits doit tenir compte de la preuve que chaque partie est en mesure de produire »⁶¹. Depuis *Snell c Farrell*, la prise en compte de la faute du défendeur dans la création de l'incertitude causale fut reprise en jurisprudence canadienne⁶² et dans de rares jugements québécois⁶³, parfois minoritaires⁶⁴.

⁶⁰ *Ibid* au para 167. La cour aurait sans doute également dû référer aux obligations contractuelles habituellement applicables aux relations entre le médecin omnipraticien et son patient, mais ceci ne porte pas à conséquence dans le cas présent vu la similitude entre les règles de responsabilité contractuelle et extra-contractuelle en matière médicale.

⁶¹ *Ediger c Johnston*, 2013 CSC 18 au para 36, [2013] 2 RCS 98, 356 DLR (4^e) 575.

⁶² Voir par ex *Heidebrecht v Fraser-Burrard Hospital Society*, [1996] BCJ No 3042 au para 105 (QL), 66 ACWS (3^e) 268 (BC Sup Ct) ; *Meringolo v Oshawa General Hospital et al* (1991), 46 OAC 260 à la p 272, 25 ACWS (3^e) 174 (*obiter*) ; *Crick v Mohan* (1993), 142 AR 281, 41 ACWS (3^e) 1148 (QB) ; *Pierre (Next friend of) v Marshall*, [1994] 8 WWR 478 au para 105, 20 Alta LR (3^e) 343 (QB) ; *Dixon Estate v Holland* (1996), 25 BCLR (3^e) 152 au para 19, [1997] 1 WWR 130 (Sup Ct) ; *Ostby v Bondar* (1998), 261 Alta LR 341 aux para 84–85, [1999] 1 WWR 581 (QB) ; *Bigcharles v Dawson Creek and District Health Care Society*, 2001 BCCA 350 aux para 27–29, 105 ACWS (3^e) 541, 91 BCLR (3^e) 82, juge Southin, dissident ; *Rogers v Grypma*, 2001 ABQB 958 au para 311, 304 AR 201, 109 ACWS (3^e) 992 ; *Wilson v Byrne* (2004), 131 ACWS (3^e) 962 au para 83, 2004 CanLII 20532 (Ont Sup Ct).

⁶³ *Massinon c Gys*, [1996] RJQ 2258 aux pp 2277–80, JE 96-1713 (CS Qc) (*obiter*).

⁶⁴ *Houde c Côté*, [1987] RJQ 723 aux pp 729–30, JE 87-414 (CA Qc) ; *Gburek c Cohen*, [1988] RJQ 2424 à la p 2447, JE 88-1258 (CA Qc).

3. Le fondement factuel

La création fautive de l'incertitude causale n'est cependant pas pour la majorité le seul fondement de l'inférence. Il s'agit en fait de la justification pour l'adoption d'une approche plus flexible à l'égard de la preuve et de la possibilité d'inférer la causalité. Le jugement majoritaire requiert en outre l'existence du « très peu d'éléments de preuve affirmative » auquel réfère le juge Sopinka dans *Snell*. Il trouve ces éléments dans deux statistiques présentées par les appelantes, soit qu'il y avait 78 % de chances que le cancer de monsieur Émond fut au stade I en raison du fait qu'il a été découvert de manière fortuite, et que le taux de guérison par chirurgie dans un tel cas aurait été de 70 % si le cancer était au stade I et de 55 % s'il était au stade II⁶⁵. La décision rappelle que la juge de première instance a accepté en preuve ces deux faits statistiques et le caractère fortuit de la découverte du cancer du défunt⁶⁶. L'inférence s'appuie donc sur une preuve factuelle de nature statistique distincte des chances de survie personnelles de monsieur Émond, celles-là inconnues.

Dans *Snell*, l'inférence était aussi fondée sur le fait que le défendeur-médecin était le mieux placé pour savoir ce qui s'était passé⁶⁷. La Cour suprême appuie la prise en compte de cet élément sur une citation de *Wigmore on Evidence* affirmant que le fardeau ultime de la preuve est déterminé par le droit positif « en fonction de motifs généraux d'expérience et d'équité » et qui affirme qu'en matière civile « les deux principes généraux sont les suivants : ... 2. lorsqu'une partie possède une connaissance particulière de l'objet de l'allégation, celle-ci peut être tenue d'en faire la preuve »⁶⁸. La Cour suprême invoque aussi un énoncé de Lord Mansfield dans une décision du 18^e siècle : « Il s'agit certainement d'une maxime selon laquelle tout élément de preuve doit être apprécié en fonction de la preuve qu'une partie avait le pouvoir de produire et que la partie adverse avait le pouvoir de contredire »⁶⁹. Une connaissance particulière des faits est-elle donc né-

⁶⁵ Benhaim, *supra* note 1 au para 174.

⁶⁶ *Ibid* au para 175.

⁶⁷ *Snell*, *supra* note 24 aux pp 335-36.

⁶⁸ *Ibid* à la p 321, citant John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol 9, corrigé par James H Chadbourne, Boston, Little, Brown & Co, 1981, § 2486 à la p 292 [traduction de la Cour].

⁶⁹ *Snell*, *supra* note 24 à la p 328, citant *Blatch v Archer* (1774), 1 Cowp 63, 98 ER 969 [traduction de la Cour].

cessaire pour tirer une inférence défavorable selon une lecture stricte de *Snell* ? Peut-être. Mais remarquons que, bien que le juge Sopinka dans *Snell* était d'avis que le médecin défendeur était le mieux placé pour observer ce qui s'était passé, le médecin en question n'avait pas, dans les faits, plus d'information sur la chaîne des événements que les médecins intimés dans *Benhaim*.

4. Discussion sur la méthode

L'utilisation par les juges Kasirer et Bélanger des expressions « *unfavorable inference* »⁷⁰, « *adverse inference* »⁷¹ et « *negative inference* »⁷² pour référer à la technique de preuve utilisée fait réfléchir dans un contexte de droit civil québécois. Parce que le jugement de la majorité est rédigé en anglais et inspiré de l'affaire *Snell*, on peut facilement comprendre l'emploi du terme « inférence ». Mais, évidemment, ce vocable soulève inévitablement la question de la nature de la technique probatoire utilisée. Il ne s'agit sans doute pas d'une présomption de fait telle qu'on la conçoit classiquement, puisque l'inférence opérée par la majorité est fondée sur une preuve factuelle réduite (le « très peu d'éléments de preuve affirmative ») et sur des raisons de politiques générales (la création fautive de l'incertitude causale). De plus, les juges Kasirer et Bélanger se gardent de prétendre créer une présomption légale de causalité au sens de l'article 2847 CcQ. Ils refusent d'ailleurs explicitement de qualifier leur exercice de « présomption de causalité », qu'ils paraissent assimiler à un renversement du fardeau de la preuve⁷³, ou de « présomption légale de causalité »⁷⁴. Cela est à bon escient, car des opinions doctrinales au Québec s'opposent à la création par le juge civiliste de présomptions de causalité établies à l'avance, véritables règles de droit substantiel qui s'imposent au juge de première instance et à partir desquelles le juge se doit de déduire la causalité⁷⁵. Une telle technique

⁷⁰ *Benhaim*, *supra* note 1 aux para 141, 166, 169, 171, 173, 181-82, 195, 207, 213-15, 217-18, 220-21.

⁷¹ *Ibid* aux para 141, 144, 174-75, 178.

⁷² *Ibid* au para 147.

⁷³ *Ibid* au para 168.

⁷⁴ *Ibid* au para 214 et la note qui l'accompagne.

⁷⁵ Robert P Kouri, « From Presumptions of Fact to Presumptions of Causation: Reflections on the Perils of Judge-Made Rules in Quebec Medical Malpractice

usurperait le rôle du législateur qui seul peut créer une présomption légale⁷⁶. Cette opinion semble d'ailleurs avoir influencé le juge Gonthier dans *St-Jean c Mercier* lorsqu'il exclut la possibilité de trouver la causalité prouvée sur la seule base de la création fautive d'un risque par le défendeur :

La Cour d'appel déclare à bon droit qu'il ne suffit pas de montrer que le défendeur a créé un risque de préjudice et que le préjudice s'est ensuite réalisé dans l'aire de risque ainsi créée. Dans la mesure où cette notion est un moyen de preuve distinct comportant une norme moins exigeante à satisfaire, l'arrêt *Snell* et sans aucun doute l'arrêt *Laferrière*, précités, auraient dû mettre fin à ces tentatives de contourner les règles de preuve traditionnelles selon la prépondérance des probabilités. Il se peut que l'on ait mal interprété ce que je dis dans *Laferrière*, p. 609 : « Dans certains cas, lorsqu'une faute comporte un danger manifeste et que ce danger se réalise, il *peut* être raisonnable de présumer l'existence du lien de causalité, sous réserve d'une démonstration ou d'une indication contraire » (je souligne). Cet énoncé ne fait que répéter la règle traditionnelle applicable aux présomptions, et ne crée pas d'autres moyens de preuve en droit civil québécois relativement à l'établissement d'un lien de causalité. La Cour d'appel a eu raison de considérer que cet extrait avait trait aux présomptions dans le cadre des règles traditionnelles de causalité⁷⁷.

Pourtant, en France – où le Code civil contient des dispositions similaires aux articles du Code civil du Québec portant sur la preuve par présomption⁷⁸ – on ne se formalise pas outre mesure de la création de tels raisonnements déductifs par la Cour de cassation, qu'on a parfois nommés « présomptions quasi-légales » ou « présomptions jurisprudentielles », afin de venir en aide aux victimes confrontées par l'incertitude causale dans le contexte de crises telles celle du sang contaminé⁷⁹. Certains auteurs, dont Pothier et Géný, sont

Law » (2001) 32 : 1 RDUS 213 à la p 237.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *St-Jean*, *supra* note 18 au para 116.

⁷⁸ Art 1350, 1353 C civ.

⁷⁹ Pierre Mimin, « Les présomptions quasi-légales » (1946) JCP 578. Voir par ex Cass civ 1re, 9 mai 2001, (2001) Bull civ I, 85, n° 130 (rap Sargos) ; Cass civ 1re, 17 juillet 2001, (2001) Bull civ I, 147, n° 234 (rap Sargos).

en effet d'avis qu'une présomption légale peut exister sans texte législatif en présence d'une jurisprudence constante⁸⁰. Il s'agirait selon Dupichot et Guével de « présomptions intermédiaires » se situant entre la présomption de fait et la présomption légale⁸¹. On remarque que ces présomptions sont habituellement créées pour des raisons sérieuses, sous l'influence de considérations morales, économiques et sociales et pour protéger certains groupes pour des motifs d'intérêt public⁸².

Ceci étant dit, nous ne croyons pas que le jugement de la majorité se situe dans cette mouvance et nous sommes plutôt d'avis qu'elle utilise le terme « inférence » pour référer à l'*attitude judiciaire* requise à l'égard de la preuve en matière médicale – incluant sans aucun doute la preuve par présomption de fait – dans des situations où une incertitude existe et a été causée par la faute des défendeurs. La majorité réfère en effet à l'inférence défavorable comme ayant été développée « dans l'exercice visant à soupeser la preuve » (« *in the exercise of weighing the evidence* »)⁸³. Elle évoque aussi l'approche « décisive et pragmatique » à laquelle réfère le juge Sopinka dans *Snell c Farrell* et qui, les juges majoritaires le notent, a été admirablement décrite par le juge Rouleau de la Cour d'appel de l'Ontario dans

⁸⁰ Robert Joseph Pothier, *Traité des obligations*, Paris, Librairie de l'œuvre de Saint-Paul, 1883 aux para 839 et s ; François Géný, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t 3, Paris, Société du Recueil Sirey, 1922 aux pp 327-30 ; Mimin, *supra* note 79 ; René Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950 aux para 114-15 ; Raymond Barraine, *Théorie générale des présomptions en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1942 aux para 156 et s, 223 et s. Voir aussi Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Sirey, 1948 aux pp 133 et s ; Philippe Brun, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse de doctorat en droit, Université de Grenoble II, 1993 [non publiée] aux pp 19-20 ; *Juris-classeur civil*, art 1349-53, fasc 155 par Jacques Dupichot et Didier Guével aux para 116-17 [Dupichot et Guével] ; Jean Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse de doctorat en sciences sociales, Université de Grenoble II, 1980 [non publiée] au para 356 ; Jacques Normand, *Le juge et le litige*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965 au para 333.

⁸¹ Dupichot et Guével, *supra* note 80 au para 131.

⁸² Barraine, *supra* note 80 aux para 334, 348, 362.

⁸³ Benhaim, *supra* note 1 au para 169 [notre traduction].

Aristorenas v Comcare Health Services :

It is important to note that Sopinka J. does not reduce the ultimate burden of proof from a balance of probabilities. Rather, the “robust and pragmatic” approach is adopted in evaluating the facts of the case and deciding whether they meet the civil standard. Put another way, the burden of proof is the same, but a series of facts and circumstances established by the evidence led at trial may enable the trial judge to draw an inference even though medical and scientific expertise cannot arrive at a definitive conclusion⁸⁴.

Les juges majoritaires font aussi référence à la décision du juge Gonthier dans *St-Jean c Mercier* où il apparaît mentionner l'« inférence défavorable »⁸⁵ comme référant au transfert au défendeur du fardeau de preuve *tactique* qu'opère une preuve par présomption de fait⁸⁶. Enfin, ils citent un jugement du juge Baudouin dans lequel il affirme, citant *Snell* – qu'il considère applicable en droit civil québécois sur ce point – que « l'on ne doit pas mettre sur les épaules des demandeurs un fardeau exagéré, lorsqu'il s'agit de prouver le lien de causalité en matières médicales »⁸⁷.

Bref, l'utilisation du terme « inférence » par les juges majoritaires ne réfère pas à notre avis à la création d'une présomption de causalité de nature légale au sens de l'article 2847 CcQ, mais constitue plutôt un appel pour un raisonnement fondé sur la preuve indirecte abordée de façon flexible. S'agit-il d'un « moyen de preuve distinct »⁸⁸ ou d'un allègement dans l'appréciation de la preuve par présomption de fait pour des raisons de politique générale en présence d'incertitude causée fautivement ? Nous optons

⁸⁴ *Aristorenas v Comcare Health Services* (2006), 83 OR (3^e) 282 au para 56, 274 DLR (4^e) 304 (CA), cité intégralement par la majorité dans *Benhaim*, *supra* note 1 au para 170.

⁸⁵ Ce terme est utilisé dans le jugement rédigé en français : *St-Jean*, *supra* note 18 au para 111.

⁸⁶ *Ibid* aux para 111-12 ; *Benhaim*, *supra* note 1 au para 141 et la note qui l'accompagne.

⁸⁷ *Laforce c Dumont*, 125 ACWS (3^e) 911 au para 9, [2003] RRA 422 (rés), JE 2003-959 (CA Qc).

⁸⁸ Contre lequel le juge Gonthier désire nous prémunir dans *St-Jean*, *supra* note 18 au para 116.

pour la deuxième qualification, reconnaissant toutefois qu'elle nécessite une compréhension peu formaliste de ce moyen de preuve. En effet, au cœur de la décision des juges majoritaires se trouve la question des limites de la fonction judiciaire en droit civil québécois et, plus particulièrement, de la liberté qu'a le juge civiliste de première instance d'apprécier la preuve à la lumière de considérations de justice et d'équité. Notons à cet égard l'inconfort pouvant découler du fait que cette approche « décisive et pragmatique » de la preuve, reconnue comme légitime par la Cour suprême du Canada dans *Snell*⁸⁹, soit réservée uniquement au juge de common law. Enfin, il faut bien le rappeler, la majorité de la Cour d'appel restreint cet appel à la flexibilité à des cas rares, soit ceux où la faute retenue contre le défendeur entraîne directement l'incertitude causale, et insiste pour qu'elle n'aille pas jusqu'à renverser le fardeau de la preuve de la causalité.

Outre l'audace, le raisonnement des juges majoritaires fait aussi montre d'habileté intellectuelle dans son traitement de la preuve.

B. Jugement habile : le traitement de la preuve

En fondant l'inférence sur l'impossibilité de preuve directe et la probabilité de 78 % que le cancer fût au stade I au moment de la faute (vu sa découverte de manière fortuite) avec une chance de guérison de 70 %, le jugement fourni un fondement factuel à l'inférence qui, à notre humble avis, est plus probant que le « très peu d'éléments de preuve affirmative » qui avait satisfait le juge Sopinka dans *Snell*⁹⁰. Mais l'habileté de ce jugement va plus loin. Dans la mesure où la juge de première instance considérait avoir une preuve directe devant elle, soit l'opinion de l'expert des défendeurs, qu'elle avait le loisir de préférer à la preuve contraire, certains pourraient argumenter que la preuve indirecte – par inférence/présomption – était exclue, ce mode de preuve étant réservé aux cas d'absence de preuve directe et non applicable pour trancher des débats d'experts. En démontrant que l'opinion de cet expert était hypothétique et qu'il n'y avait donc pas à proprement parler de débat d'experts en l'espèce, le jugement majoritaire atteint deux objectifs. Il répond d'abord à l'argument subsidiaire de la défense voulant que l'inférence soit renversée. Et, surtout, il rend légitime le recours à l'inférence favorable à la demande.

⁸⁹ *Snell*, *supra* note 24.

⁹⁰ Auquel réfère la majorité : *Benhaim*, *supra* note 1 au para 143.

La majorité note en effet que la juge de première instance était aux prises avec une « apparence » de conflit d'opinions d'experts⁹¹. L'utilisation du mot apparence n'est pas anodine. La majorité de la Cour d'appel conclut que la preuve d'expert de l'intimé – préférée par la juge de première instance – n'était pas probante en ce qu'elle était restée au stade des hypothèses et des conjectures : « *It is therefore wrong to say that the judge was simply called upon to choose between conflicting expert opinions. The choice was between the concrete statistical evidence, on the one hand, and the speculative explanation for the losses offered by the defence* »⁹². La majorité analyse cette question en réponse à deux arguments de la défense. Le premier raisonnait que le défunt ne faisait pas partie des 78 % de personnes dont le cancer, découvert de façon fortuite, est de stade I parce qu'il était toujours asymptomatique lorsqu'on lui diagnostiqua un cancer de stade IV en janvier 2007⁹³. Le deuxième argument de la défense, subsidiaire, était que même si une inférence devait être retenue sur la base de cette preuve statistique, elle était contredite par l'opinion de l'expert des intimés et par la preuve statistique démontrant que la majorité des patients qui reçoivent un diagnostic de cancer pulmonaire sont à un stade avancé de la maladie⁹⁴. Le jugement majoritaire met rapidement de côté le premier argument⁹⁵. De plus, il se dit d'avis qu'il n'y avait aucune preuve directe au dossier contredisant la statistique voulant qu'il y eût une chance de 78 % que le cancer de monsieur Émond soit au stade I au moment de la survenance des fautes. De plus, il n'y avait pas non plus de preuve indirecte, l'analyse rétrospective de l'expert des intimés (de l'aveu même de ce dernier)⁹⁶ étant spéculative⁹⁷. Pour la majorité, l'opinion du docteur Ferraro était fondée sur des hypothèses, elles-mêmes fondées sur des faits non prouvés, c'est-à-dire sur une

⁹¹ *Ibid* au para 160: « *apparently conflicting expert opinions* ».

⁹² *Ibid* au para 212. Il est toutefois légitime de se demander si qualifier de probante une preuve hypothétique constituait une erreur de droit ou de fait de la part de la juge de première instance.

⁹³ *Ibid* au para 188 (suggérant donc que les manifestations extérieures de la maladie dans son cas étaient un faible indicateur de la gravité de sa condition, au para 189).

⁹⁴ *Ibid* aux para 184-85.

⁹⁵ Voir *ibid* au para 191.

⁹⁶ *Ibid* aux para 201-03.

⁹⁷ *Ibid* aux para 204-05, 208.

interprétation rétrospective d'une radiographie qui n'établissait nullement le stade de cancer du défunt en novembre 2005 (on comprend ici que les juges majoritaires ne croient pas en la présence d'un ombrage sur la radiographie en question)⁹⁸. Elle remarque également que l'expert des intimés note lui-même la nature hypothétique d'un autre fait à la base de son opinion, soit que le cancer de monsieur Émond ne pouvait avoir progressé d'un stade I à un stade IV en 12 ou 13 mois⁹⁹. La majorité accepte sur ce point l'opinion d'un des experts de la demande selon laquelle il n'existe pas de données fiables mesurant le rythme de progression d'un cancer du stade I au stade IV sans traitement puisque, lorsqu'on diagnostique un patient au stade I, il est immédiatement traité¹⁰⁰. Derrière cette conclusion se trouve une inquiétude avouée des juges Kasirer et Bélanger quant à la possibilité pour les défendeurs dans les affaires de responsabilité médicale de soulever des hypothèses variées pour expliquer les événements, sans preuve factuelle concrète, une inquiétude partagée par les auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore, qu'ils citent :

On constate principalement ce phénomène lorsque la défense, par une preuve d'expert, présente au tribunal plusieurs hypothèses ou plusieurs scénarios compatibles avec la création du préjudice. Devant une seule théorie proposée par le demandeur, et plusieurs soulevées par la défense, la jurisprudence estime bien souvent que le premier ne s'est pas adéquatement déchargé du fardeau probatoire qui est le sien. Une évolution jurisprudentielle ou même une réforme législative sur ce point reste souhaitable¹⁰¹.

Le jugement de la majorité de la Cour d'appel dans *Benhaim* portant principalement sur les règles de preuve, ce commentaire conclut avec de brèves observations sur le traitement que fait l'arrêt des règles concernant le fardeau de la preuve, ainsi que sur sa compréhension de la preuve scientifique. La décision des juges majoritaires fait une revue solide des règles de preuve

⁹⁸ *Ibid* aux para 206, 214.

⁹⁹ *Ibid* aux para 210-11.

¹⁰⁰ *Ibid* au para 210.

¹⁰¹ Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile : responsabilité professionnelle*, vol 2, 8^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 au para 2-113, cité intégralement dans *Benhaim*, *supra* note 1 au para 213.

et montre une volonté de corriger certaines confusions dans ce domaine. Les trois juges rappellent qu'ils doivent prendre position sur l'existence du lien de causalité en fonction de la prépondérance de preuve. La majorité de la Cour d'appel affirme également que la preuve par inférence, même en présence d'incertitude fautivement créée par le défendeur¹⁰², n'équivaut pas à un renversement du fardeau de la preuve, qui demeure invariablement sur les épaules du demandeur¹⁰³. La Cour suprême du Canada, par la voix du juge Sopinka, insiste d'ailleurs sur cette absence de renversement dans *Snell* :

Il n'est pas tout à fait exact de parler d'un déplacement du fardeau vers le défendeur lorsqu'on veut dire que la preuve présentée par le demandeur peut avoir comme résultat une inférence défavorable au défendeur. Qu'une inférence puisse ou non être tirée dépend de l'évaluation de la preuve. Le défendeur s'expose à une inférence défavorable en l'absence de preuve contraire. Quelquefois cette situation est désignée comme l'imposition au défendeur d'un fardeau provisoire ou tactique.... À mon avis, il ne s'agit pas d'un véritable fardeau de la preuve et l'utilisation d'une étiquette supplémentaire pour décrire ce qui constitue une étape ordinaire du processus de constatation des faits n'est pas justifiée.¹⁰⁴

Enfin, le jugement majoritaire fait montre de perspicacité dans sa compréhension de la preuve scientifique/statistique. On le constate particulièrement dans le traitement qu'il fait d'un des trois éléments sur lesquels se base l'expert des intimés pour évaluer le stade du cancer du défunt lors de la commission de la faute. L'expert avait insisté sur le fait que, statistiquement, la grande majorité des patients souffrant de cancer pulmonaire se voient diagnostiquer à un stade avancé. Pour la majorité de la Cour, ce fait statistique ne procure aucune réponse à un autre fait statistique qu'elle retient comme preuve *prima facie* de la causalité¹⁰⁵, soit que 78 % des cancers découverts

¹⁰² *Benhaim, ibid* au para 167.

¹⁰³ *Ibid* aux para 145, 147 (remarquant que la juge de première instance s'est gardée de cette confusion). Voir aussi le rappel, *ibid* au para 216.

¹⁰⁴ *Snell, supra* note 24 aux pp 329-30.

¹⁰⁵ *Benhaim, supra* note 1 au para 197.

de manière fortuite sont de stade I. Justifiant cette position, elle montre une compréhension critique de la preuve statistique invoquée de part et d'autre :

To say “the great majority of patients are diagnosed at an advanced stage” is to make a different point that says nothing directly about patients whose cancer is discovered fortuitously. When one tallies up all diagnoses, including the fortuitous ones, the majority of patients may well be at a late stage. This does not explain how to differentiate between, on the one hand, the fortuitously discovered cancers at stage I and, on the other hand, the fortuitous cancers discovered at a later stage in a manner that would help establish whether Mr. Émond was in the first or second category¹⁰⁶.

CONCLUSION

Malgré ses paramètres circonscrits, *St-Germain c Benhaim* aura certainement des répercussions dans d'autres domaines du droit de la responsabilité civile dans lesquels la preuve de la causalité rencontre fréquemment l'obstacle de l'incertitude, notamment en responsabilité environnementale et pharmaceutique. En admettant qu'en présence d'incertitude fautivement causée, la causalité puisse être inférée sur la base d'une preuve statistique, donc généralisée, la décision de la Cour d'appel pourrait, par exemple, faciliter la démonstration de l'existence de questions causales « identiques, similaires ou connexes »¹⁰⁷ dans les recours collectifs entrepris fréquemment dans ces domaines. De plus, on pourrait croire que la technique proposée facilitera l'imposition de responsabilité pour l'utilisation industrielle ou la mise en marché de produits dont la toxicité est mal connue par une industrie qui néglige ses obligations en termes de recherche¹⁰⁸. Sur ce point, notons toutefois que la majorité de la Cour d'appel dans *Benhaim* n'introduit pas une « faute de création d'incertitude causale ». L'incertitude causale est bel

¹⁰⁶ *Ibid.* La Cour fait une comparaison linguistique pédagogique à la note accompagnant le paragraphe 197.

¹⁰⁷ Art 1003 Cpc.

¹⁰⁸ Voir notamment Collins et McLeod-Kilmurray, *supra* note 45 aux pp 129, 140-41 ; Trudo Lemmens et Shannon Gibson, « Decreasing the Data Deficit: Improving Post-Market Surveillance in Pharmaceutical Regulation » (2014) 59 : 4 RD McGill 943.

et bien l'*effet* et non la source du comportement fautif dans cette affaire. Enfin, la présence d'une faute est centrale à la preuve allégée de causalité en l'espèce, ce qui pourrait exclure le recours à cette dernière dans le cadre de régimes québécois de responsabilité du fait des produits¹⁰⁹ ou fondés sur les inconvénients du voisinage¹¹⁰ qui n'exigent pas la preuve d'une faute.

Quant au domaine médical, on s'inquiétera – c'est normal – des effets de la décision, pensant qu'elle forcera la multiplication de tests diagnostiques non opportuns. Rappelons toutefois que l'approche proposée par le jugement majoritaire de la Cour d'appel trouve uniquement application dans le contexte d'une omission *fautive* de diagnostiquer en temps utile une condition traitable. Omettre d'entreprendre un test diagnostique supplémentaire n'est pas forcément fautif en l'absence d'indication médicale. En effet, dans l'affaire *Benhaim*, ce n'est pas le seul fait qu'on ait négligé d'entreprendre des investigations plus poussées qui était en cause, mais bien l'absence fautive d'investigations à la lumière d'indications médicales selon lesquelles elles auraient été opportunes vu la présence d'un nodule dans des circonstances où le radiologue défendeur lui-même soupçonnait un processus néoplasique. De plus, la technique employée est également restreinte à la situation où cette omission fautive a créé un vide factuel et médical menant à une incertitude quant au lien causal, une conséquence qui n'est pas systématiquement présente dans les affaires de retard de diagnostic et de traitement. D'ailleurs, dans la plus célèbre affaire canadienne portant sur un retard dans le traitement d'un cancer, *Laferrière c Lawson*, une telle incertitude était absente¹¹¹.

Ensuite, il ne faut pas oublier un élément central à la décision de la Cour d'appel, soit que le dossier de la preuve contenait à son avis une opinion d'expert voulant que 78 % des cancers découverts de manière fortuite soient de stade I et donc opérables avec 70 % de chances de survie¹¹². Même si la majorité de la Cour d'appel compare cette donnée au « très peu d'éléments de preuve affirmative » requis par le juge Sopinka dans *Snell* pour fonder son inférence, il s'agit d'une donnée statistique non négligeable qui offre une assise solide à l'inférence. La conclusion portant sur la causalité n'est

¹⁰⁹ Art 1468-69 CcQ.

¹¹⁰ Art 976 CcQ.

¹¹¹ *Laferrière*, *supra* note 34.

¹¹² Cette statistique n'est toutefois mentionnée qu'une fois par la juge Marcotte : *Benhaim* (CS), *supra* note 2 au para 119.

donc pas fondée sur la seule volonté de faire reposer les conséquences de l'incertitude sur les épaules de la partie l'ayant créée fautivement. Ce fait sert essentiellement de justification à une approche plus « flexible » de la preuve par inférence qui doit par ailleurs reposer sur la preuve. Reste à savoir si cette exceptionnelle approche plus flexible de la preuve au dossier pour des motifs de justice et d'équité doit être réservée au juge de common law.

The *McGill Journal of Law and Health* wishes to acknowledge the support of the following individuals and organizations:

La *Revue de droit et santé de McGill* tient à remercier les individus et les organisations suivants pour leur soutien :



Association des étudiant-e-s en droit, Université McGill
Law Students' Association, McGill University



Post-Graduate Students' Society, McGill University



Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies
Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada

