

**Albert Benhaim and
Michael O'Donovan** *Appellants*

v.

**Cathie St-Germain, personally and
in her capacity as tutor to her minor son,
whose name is being kept confidential,
and in her capacity as universal legatee of
the late Marc Émond** *Respondent*

INDEXED AS: BENHAIM v. ST-GERMAIN

2016 SCC 48

File No.: 36291.

2016: April 28; 2016: November 10.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis,
Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Civil liability — Medical malpractice — Negligence — Causation — Evidence — Presumption of fact — Physicians negligently delaying patient's cancer diagnosis — Patient dying of lung cancer — Physicians' negligence undermining plaintiff's ability to prove causation — Trial judge refusing to apply presumption of fact in favour of causation and finding causation not established — Whether trial judge required to draw adverse inference of causation or apply presumption of fact where defendant's negligence undermines plaintiff's ability to prove causation and where at least some evidence of causation adduced — Whether Court of Appeal justified in reversing trial judge's decision on basis of error of law — Whether trial judge committed palpable and overriding error in appreciation of facts — Civil Code of Québec, art. 2849.

E, a non-smoker who exercised regularly and took care of himself, died tragically of lung cancer at the age of 47. His partner, in her own name, in her capacity as tutor to her son, and as E's universal legatee, brought an action against E's physicians. She alleged that the negligent

**Albert Benhaim et
Michael O'Donovan** *Appellants*

c.

**Cathie St-Germain, personnellement et
en sa qualité de tutrice à son fils mineur
dont le nom est gardé confidentiel, et
en sa qualité de légataire universelle de feu
Marc Émond** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : BENHAIM c. ST-GERMAIN

2016 CSC 48

N° du greffe : 36291.

2016 : 28 avril; 2016 : 10 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Faute médicale — Négligence — Causalité — Preuve — Présomption de fait — Diagnostic de cancer chez le patient retardé en raison de la négligence des médecins — Décès du patient atteint de cancer du poumon — Possibilité pour la demanderesse de prouver l'existence du lien de causalité minée par la négligence des médecins — Refus par la juge de première instance d'admettre une présomption de fait en faveur de la causalité et conclusion selon laquelle le lien de causalité n'a pas été établi — Le juge des faits est-il tenu de tirer une inférence de causalité défavorable ou d'admettre la présomption de fait lorsque la négligence du défendeur compromet la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité, et lorsqu'au moins certains éléments de preuve du lien de causalité ont été produits? — La Cour d'appel a-t-elle infirmé à bon droit la décision de la juge de première instance au motif qu'elle était entachée d'une erreur de droit? — La juge de première instance a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits? — Code civil du Québec, art. 2849.

Non-fumeur qui faisait régulièrement de l'exercice et prenait soin de sa personne, E est décédé tragiquement d'un cancer du poumon à l'âge de 47 ans. Sa conjointe, personnellement, en sa qualité de tutrice à son fils et en sa qualité de légataire universelle de E, a intenté une action

delay in diagnosing E's cancer caused his death. The physicians argued that the cancer would likely have taken E's life even if he had been promptly diagnosed, and therefore, that the delay in diagnosing him was not the cause of his death. At trial, the three expert witnesses formed opinions on the basis of incomplete information and each opinion involved some degree of speculation and estimation as to the staging of E's lung cancer. The trial judge allowed the action in part on the basis that while E's physicians were both negligent, their negligence did not cause E's death. In coming to this conclusion, the trial judge recognized that she could draw an adverse inference of causation against the physicians because their negligence made it impossible to prove causation, but she drew no such inference. Damages were only awarded to E's partner personally and in her capacity as universal legatee for the anguish caused by the physicians' negligent handling of E's treatment. The Quebec Court of Appeal reversed that decision. The majority held that the trial judge erred in law by failing to draw an adverse inference of causation. The concurring judge concluded that the trial judge should have found that causation had been established.

Held (Abella, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: A trier of fact is not required to draw an adverse inference of causation or apply a presumption of fact as defined in art. 2849 of the *Civil Code of Québec* in medical liability cases where the defendant's negligence undermines the plaintiff's ability to prove causation and where the plaintiff adduces at least some evidence of causation. This Court's decisions in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, and *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, make it clear that in such circumstances, an adverse inference of causation is one that trial judges are permitted to draw. It is not one they are required to draw. In Quebec civil law, the adverse inference discussed in *Snell* constitutes nothing more than a presumption of fact as defined in art. 2849, and the principles laid down in *Snell* for drawing inferences as part of the ordinary fact-finding process apply to triers of fact making determinations on causation. The principles must not be interpreted in a manner that alters the burden of proof or departs from the criteria for establishing presumptions of fact. In weighing the evidence, trial judges may consider

contre les médecins de E. Selon elle, c'est le diagnostic de cancer intervenu trop tard par négligence qui a causé la mort de E. De l'avis des médecins, le cancer aurait vraisemblablement eu raison de E même s'il avait été rapidement diagnostiqué, et, en conséquence, le diagnostic tardif n'a pas causé la mort de E. Au procès, les trois témoins experts ont fondé leurs avis sur des renseignements incomplets, et leurs avis comportaient une certaine part de conjectures et d'hypothèses quant à l'évolution du cancer du poumon de E. La juge de première instance a accueilli l'action en partie au motif que, bien que les médecins de E aient tous deux fait preuve de négligence, leur négligence n'avait pas causé la mort de E. En arrivant à cette conclusion, la juge de première instance a reconnu qu'elle pouvait tirer une inférence de causalité défavorable aux médecins, car, en raison de leur négligence, il était impossible de prouver l'existence d'un lien de causalité; elle n'a toutefois pas tiré une telle inférence. Des dommages-intérêts ont été accordés uniquement à la conjointe de E personnellement et en sa qualité de légataire universelle pour l'angoisse dont celle-ci avait souffert en raison de la négligence des médecins dans le traitement de E. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Les juges majoritaires ont conclu que la juge de première instance avait commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable. Dans ses motifs concordants, l'autre juge a estimé qu'elle aurait dû conclure que le lien de causalité avait été établi.

Arrêt (les juges Abella, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon : Le juge des faits n'est pas tenu de tirer une inférence de causalité défavorable ou d'appliquer la présomption de fait prévue à l'art. 2849 du *Code civil du Québec* dans les affaires de responsabilité médicale où la négligence du défendeur compromet la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité et où le demandeur produit au moins certains éléments de preuve du lien de causalité. Les arrêts de la Cour *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, et *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, indiquent clairement que dans ces circonstances une inférence de causalité défavorable peut être tirée par le juge des faits. Ce dernier n'est pas obligé de la tirer. En droit civil québécois, l'inférence défavorable dont il est question dans l'arrêt *Snell* n'est rien de plus que la présomption de fait prévue à l'art. 2849, et les principes énoncés dans l'arrêt *Snell* sur les inférences dans le cadre du processus ordinaire d'appréciation des faits s'appliquent lorsqu'il s'agit de décider si le lien de causalité a été établi. Il ne faut pas interpréter ces principes de sorte à modifier le fardeau de preuve ou à rompre

the ability of the parties to produce evidence. Whether the inference or presumption arises on the facts must be assessed according to a legal, not a scientific, standard. Furthermore, because an adverse inference of causation is a component of the fact-finding process, the decision as to whether the inference is warranted in a particular case falls within the discretion of the trier of fact, to be determined with reference to all of the evidence, and is reviewable on the stringent standard of palpable and overriding error.

In this case, despite using permissive language to describe the adverse inference discussed in *Snell*, the Court of Appeal failed to give effect to its discretionary nature. Indeed, by reversing the trial judge's decision on the basis of an error of law the court wrongly treated the inference as compulsory. The trial judge did not commit an error of law in applying the rules of evidence. She applied *St-Jean*, pursuant to which presumptions of causation can be applied only when they are serious, precise and concordant. She did not think that these criteria were met in this case, as she chose to believe the physicians' expert over the plaintiff's experts. She was not required by law to apply a presumption of fact against the physicians simply because (i) it was impossible to prove causation as a result of the physicians' fault; and (ii) the plaintiff adduced some affirmative evidence that the physicians' fault was linked to the loss.

The Court of Appeal also failed to show deference to the trial judge's weighing of the evidence. The trial judge did not improperly rely on the speculative expert evidence adduced in this case at the expense of statistical evidence. Trial judges are empowered to make legal determinations even where medical experts are not able to express an opinion with certainty. Moreover, while courts may take statistics into account when determining causation, statistical evidence should be approached with caution — it is not determinative. It is also for the trial judge to decide what weight, if any, to give to statistical evidence, and drawing an inference from such evidence is an inherent, and often implicit, part of the fact-finding process. It must be interpreted in light of the whole of the evidence, and that interpretation is entitled to considerable deference on appeal. In this case, the trial judge did not commit a palpable and overriding error in relying on the opinion of an expert who acknowledged the uncertainty in his opinion. She carefully weighed the evidence as a whole, including

avec les critères en matière de présomptions de fait. Le juge qui apprécie la preuve peut prendre en considération la possibilité pour chaque partie d'en produire. Il faut décider selon une norme juridique, et non scientifique, si les faits donnent naissance ou non à l'inférence ou à la présomption. De plus, comme une inférence de causalité défavorable s'inscrit dans le processus d'appréciation des faits, la décision sur la question de savoir si une inférence est justifiée dans une affaire donnée relève du pouvoir discrétionnaire du juge des faits, qui tranche au vu de l'ensemble de la preuve, et une telle décision est assujettie à la norme exigeante de l'erreur manifeste et dominante.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel décrit l'inférence défavorable dont il est question dans l'arrêt *Snell* comme étant discrétionnaire, mais elle ne tient pas compte de ce caractère discrétionnaire. En fait, en infirmant la décision de la juge de première instance au motif qu'elle avait commis une erreur de droit, la cour confère à tort à l'inférence un caractère obligatoire. La juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit en appliquant les règles de preuve. Elle a suivi l'arrêt *St-Jean*, selon lequel les présomptions de causalité ne sont appliquées que si elles sont graves, précises et concordantes. Elle ne croyait pas qu'il avait été satisfait à ces critères en l'espèce, car elle a retenu le témoignage de l'expert des médecins, plutôt que ceux des experts de la demanderesse. Elle n'était pas tenue en droit d'appliquer une présomption de fait défavorable aux médecins simplement parce que (i) leur faute empêchait de prouver le lien de causalité et que (ii) la demanderesse avait produit certains éléments de preuve affirmative d'un lien unissant la faute des médecins à la perte.

De plus, la Cour d'appel n'a pas fait preuve de déférence à l'égard de l'appréciation de la preuve par la juge de première instance. Cette dernière ne s'est pas fondée à tort sur la preuve d'expert conjecturale produite en l'espèce au détriment de la preuve statistique. Un juge de première instance a le pouvoir de tirer en droit une conclusion même lorsque les experts médicaux ne sont pas en mesure d'exprimer leur avis avec certitude. En outre, bien que les tribunaux puissent tenir compte des statistiques dans l'analyse relative au lien de causalité, une preuve statistique commande la prudence; elle n'est pas déterminante. Il appartient aussi au juge de première instance de décider quel poids, s'il y en a, accorder à la preuve statistique; tirer une inférence à partir d'une telle preuve constitue une partie inhérente, et souvent implicite, de l'appréciation des faits. Elle doit être interprétée à la lumière de l'ensemble de la preuve, et cette interprétation commande un degré élevé de déférence en appel. En l'espèce, la juge de première instance n'a pas

the statistical evidence, the evidence specific to E, and the three expert opinions, all of which involved some speculation. She made no palpable and overriding error in finding that the plaintiff had failed to establish causation on a balance of probabilities.

Per Abella, Côté and Brown JJ. (dissenting): There is agreement with the majority that the Court of Appeal erred in characterizing as an error of law the trial judge's failure to draw an adverse inference or to apply a factual presumption under the *Code*. However, the Court of Appeal did not misstate the rule described in *Snell* and *St-Jean*. Rather, it correctly summarized *Snell* and held that judges are permitted to draw an unfavourable inference in some circumstances.

Nevertheless, the Court of Appeal's mischaracterization of the trial judge's failure to draw an adverse inference is of no consequence to the outcome of the case, because that failure constituted a palpable and overriding error. The trial judge committed three errors in her understanding of the evidence. First, she misconstrued the physicians' expert's testimony. Second, she omitted key objective evidence, namely the fact that E survived more than 31 months even though the life expectancy of patients diagnosed with stage III to stage IV lung cancer is 8 to 12 months. This evidence was supported by uncontested statistical data, and while such data should not be the sole basis for drawing an inference or applying a presumption of fact, it may help to confirm the trial judge's factual determinations. Third, she erred in the resulting inference-drawing process itself. Had the trial judge disregarded the highly speculative facts on which the physicians' expert's testimony was based, and had she taken into account E's survival period, she would have drawn an inference of causation. It was a palpable and overriding error not to apply the presumption in art. 2849 of the *Code*. In light of the trial judge's errors, it was the role of the Court of Appeal to intervene and reweigh the evidence.

Cases Cited

By Wagner J.

Referred to: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491;

commis d'erreur manifeste et dominante en s'appuyant sur l'opinion d'un expert ayant reconnu la part d'incertitude de celle-ci. Elle a soigneusement évalué la preuve dans son ensemble, notamment les statistiques, les éléments propres au cas de E et les avis des trois experts, chacun comportant une certaine part de conjectures. Elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en concluant que la demanderesse n'avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien de causalité.

Les juges Abella, Côté et Brown (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la Cour d'appel a eu tort d'assimiler à une erreur de droit la décision de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable ou de ne pas appliquer la présomption de fait prévue au *Code*. Cependant, la Cour d'appel a bien énoncé la règle établie dans les arrêts *Snell* et *St-Jean*. D'ailleurs, elle a bien résumé l'arrêt *Snell* et conclu qu'il est loisible au juge de tirer une inférence défavorable dans certaines circonstances.

Quoi qu'il en soit, la caractérisation erronée par la Cour d'appel de la décision de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable n'a pas de conséquence sur l'issue de l'affaire, parce que cette décision constitue une erreur manifeste et dominante. La juge de première instance a commis trois erreurs dans son appréciation de la preuve. Premièrement, elle a mal interprété le témoignage de l'expert des médecins. Deuxièmement, elle a fait abstraction d'une preuve objective clé : le fait que E ait survécu plus de 31 mois alors que l'espérance de vie pour les patients atteints d'un cancer pulmonaire de stade III ou IV varie entre 8 et 12 mois. Cette preuve était étayée par des données statistiques non contestées, et, bien que de telles données à elles seules ne puissent fonder la décision de tirer l'inférence ou d'appliquer une présomption de fait, elles peuvent toutefois aider à confirmer les conclusions de fait du juge de première instance. Troisièmement, son processus inférentiel lui-même était erroné. Si la juge de première instance n'avait pas tenu compte des conjectures sur lesquelles reposait le témoignage de l'expert des médecins, et avait tenu compte de la période de survie de E, elle aurait tiré une inférence de causalité. La juge a commis une erreur manifeste et dominante en n'appliquant pas la présomption prévue à l'art. 2849 du *Code*. Vu les erreurs commises en première instance, il appartenait à la Cour d'appel d'intervenir et d'apprécier à nouveau la preuve.

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Arrêts mentionnés : *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S.

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98; *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1; *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557; *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541; *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959); *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621.

By Côté J. (dissenting)

St-Jean v. Mercier, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, arts. 2846 to 2849.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01.

Authors Cited

Cohen, L. Jonathan. *The Probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.
Jutras, Daniel. “Expertise scientifique et causalité”, dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*. Montréal: Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897.
Khoury, Lara. *Uncertain Causation in Medical Liability*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006.
Larombière, M. L. *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., t. 7. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.
Wright, Richard W. “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts” (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Kasirer, Fournier and Bélanger JJ.A.),

491; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98; *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1; *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557; *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541; *Sentilles c. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959); *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621.

Citée par la juge Côté (dissidente)

St-Jean c. Mercier, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 2846 à 2849.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01.

Doctrine et autres documents cités

Cohen, L. Jonathan. *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977.
Jutras, Daniel. « Expertise scientifique et causalité », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897.
Khoury, Lara. *Uncertain Causation in Medical Liability*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006.
Larombière, M. L. *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., t. 7, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.
Wright, Richard W. « Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof : Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts » (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Kasirer, Fournier et Bélanger),

2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190, [2014] AZ-51130892, [2014] J.Q. n° 13772 (QL), 2014 CarswellQue 12131 (WL Can.), setting aside in part a decision of Marcotte J., 2011 QCCS 4755, [2011] AZ-50785409, [2011] J.Q. n° 12173 (QL), 2011 CarswellQue 10033 (WL Can.). Appeal allowed, Abella, Côté and Brown JJ. dissenting.

David E. Platts and Élisabeth Brousseau, for the appellants.

Gordon Kugler and Stuart Kugler, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] In some professional liability cases, the defendant's negligence may undermine the plaintiff's ability to prove causation. The plaintiff may nonetheless lead some affirmative evidence of causation. In these circumstances, is the trier of fact required to draw an adverse inference of causation against the defendant? That is the legal issue at the heart of this appeal.

[2] Marc Émond died tragically of lung cancer at the age of 47, leaving behind his partner, Cathie St-Germain, and their young son. Ms. St-Germain brought an action for damages against the appellants, two of Mr. Émond's physicians.

[3] The trial judge concluded that, while the appellant physicians were negligent, the evidence did not establish on a balance of probabilities that their negligence caused Mr. Émond's death. The Quebec Court of Appeal reversed that decision. The majority held that the trial judge erred in law by failing to draw an adverse inference of causation. The

2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190, [2014] AZ-51130892, [2014] J.Q. n° 13772 (QL), 2014 CarswellQue 12131 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la juge Marcotte, 2011 QCCS 4755, [2011] AZ-50785409, [2011] J.Q. n° 12173 (QL), 2011 CarswellQue 10033 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella, Côté et Brown sont dissidents.

David E. Platts et Élisabeth Brousseau, pour les appelants.

Gordon Kugler et Stuart Kugler, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Karakatsanis, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] Dans certaines affaires de responsabilité professionnelle, il se peut que la négligence du défendeur compromette la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité. Le demandeur peut néanmoins produire certains éléments de preuve affirmative de causalité. Dans de telles circonstances, le juge des faits doit-il tirer une inférence de causalité défavorable au défendeur? C'est la question juridique qui est au cœur du pourvoi.

[2] Marc Émond est décédé tragiquement d'un cancer du poumon à l'âge de 47 ans. Il laissait dans le deuil sa conjointe, Cathie St-Germain, et leur jeune fils. M^{me} St-Germain a intenté une action en dommages-intérêts contre les appelants, deux des médecins ayant traité M. Émond.

[3] La juge de première instance a conclu que, bien que les médecins, appelants en l'espèce, aient été négligents, la preuve ne permettait pas de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que cette négligence avait causé la mort de M. Émond. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Les juges majoritaires ont conclu que la juge de première

concurring judge concluded that the trial judge should have found that causation had been established.

[4] The *Civil Code of Québec* and the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, provide a comprehensive set of evidentiary rules. The rules on presumptions set out in arts. 2846 to 2849 of the *Civil Code* govern the inferences drawn by triers of fact. In my opinion, no rule of law requires the trier of fact to draw an adverse inference of causation where the defendant's negligence has undermined the plaintiff's ability to prove causation, even where there is some evidence of causation.

[5] In this case, the trial judge committed no error of law in her causation analysis, nor did she commit a palpable and overriding error of fact. I would, therefore, allow the appeal.

II. Facts

[6] In November 2005, Mr. Émond appeared to be in excellent health. He was then a 44-year-old non-smoker who exercised regularly and took care of himself. He also had annual physicals at the Clinique Physimed, where he was under the care of the appellant Dr. Albert Benhaim, a general practitioner.

[7] Mr. Émond attended his annual physical on November 9, 2005. Dr. Benhaim suggested that Mr. Émond undergo a chest X-ray, even though he did not have symptoms of a chest problem.

[8] The appellant Dr. Michael O'Donovan, a radiologist, reviewed Mr. Émond's chest X-ray. According to Dr. O'Donovan's report, there was "a 1.5 to 2 cm ill-defined opacity" in Mr. Émond's right lung, "the etiology of which is uncertain". There were no other associated abnormalities on the X-ray. Dr. O'Donovan suggested that, for purposes

instance avait commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable. Dans ses motifs concordants, l'autre juge a estimé que la juge de première instance aurait dû conclure que le lien de causalité avait été établi.

[4] Le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, fournissent un ensemble détaillé de règles de preuve. Les règles de la présomption énoncées aux art. 2846 à 2849 du *Code civil* régissent les inférences que peut tirer le juge des faits. À mon avis, aucune règle de droit n'oblige le juge des faits à tirer une inférence de causalité défavorable lorsque la négligence du défendeur a nui à la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité, même si certains éléments de preuve du lien de causalité ont été produits.

[5] Dans l'affaire qui nous occupe, la juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit dans son analyse du lien de causalité. De plus, elle n'a commis aucune erreur de fait manifeste et dominante. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Les faits

[6] En novembre 2005, M. Émond semble en excellente santé. Il a alors 44 ans, ne fume pas, fait régulièrement de l'exercice et prend soin de sa personne. Il se soumet annuellement à un examen médical à la Clinique Physimed, où il est suivi par l'un des appelants, le D^r Albert Benhaim, médecin généraliste.

[7] Lors de son bilan de santé annuel, le 9 novembre 2005, M. Émond est invité par le D^r Benhaim à subir une radiographie des poumons, même s'il ne présente aucun symptôme de troubles pulmonaires.

[8] L'autre appelant, le D^r Michael O'Donovan, radiologue, examine la radiographie de M. Émond. Il constate la présence d'une [TRADUCTION] « opacité floue de 1,5 à 2 cm » dans le poumon droit de M. Émond et dont « l'étiologie est incertaine ». Il ne voit aucune autre anomalie associée à cette opacité. Il suggère au D^r Benhaim de consulter, à des

of comparison, Dr. Benhaim consult Mr. Émond's previous chest X-rays if they were available. Otherwise, Dr. O'Donovan suggested a follow-up X-ray and "probably a CT scan".

[9] Contrary to Dr. O'Donovan's suggestion, Dr. Benhaim did not attempt to find Mr. Émond's previous chest X-rays. Nor did he consult Mr. Émond's medical file, which contained reports on chest X-rays taken in 1994, 1998 and 1999. However, Dr. Benhaim had a follow-up chest X-ray performed on January 17, 2006.

[10] Dr. O'Donovan reviewed the follow-up X-ray, and noted no change in the opacity in Mr. Émond's right lung. He suspected that the opacity was a chronic lesion and suggested that Mr. Émond undergo a third X-ray in four months' time. That X-ray was never taken.

[11] Mr. Émond had his next annual physical on December 4, 2006, and an X-ray of his chest was taken. Dr. O'Donovan observed that the lesion in Mr. Émond's lung had increased in size to approximately 2.5 cm. Dr. O'Donovan suspected that the lesion might be cancerous, and he suggested further tests.

[12] Mr. Émond underwent a CT scan on December 19, 2006 and a PET scan in January 2007. Those tests confirmed that he had stage IV lung cancer. He was diagnosed in January 2007. The cancer was incurable. At that time, however, Mr. Émond still displayed no symptoms of his disease.

[13] Beginning in February 2007, Mr. Émond received palliative chemotherapy with the hope of slowing the cancer's spread. The chemotherapy treatments were suspended between June and November 2007, as Mr. Émond was feeling well. He exercised regularly and biked over 5,000 km that summer. Mr. Émond began to experience symptoms of his disease in the fall of 2007. The chemotherapy treatments resumed in November 2007, but

fins de comparaison, les radiographies pulmonaires antérieures de M. Émond, si elles sont disponibles. Sinon, il recommande une radiographie de suivi et « probablement une tomographie (*CT scan*) ».

[9] Le D^r Benhaim n'essaie pas de trouver des radiographies pulmonaires antérieures de son patient, comme l'avait suggéré le D^r O'Donovan. Il ne consulte pas non plus le dossier médical de M. Émond, lequel contient les rapports de radiographies prises en 1994, en 1998 et en 1999. Le D^r Benhaim ordonne une radiographie pulmonaire de suivi, qui est prise le 17 janvier 2006.

[10] Le D^r O'Donovan examine la radiographie de suivi et ne constate aucun changement quant à l'opacité au poumon droit de M. Émond. Il soupçonne une lésion chronique et suggère que M. Émond subisse une troisième radiographie quatre mois plus tard. Cette radiographie n'est jamais prise.

[11] M. Émond se présente à son bilan de santé annuel, le 4 décembre 2006, et subit une nouvelle radiographie pulmonaire. Le D^r O'Donovan observe une augmentation de la taille de la lésion au poumon, qui mesure alors environ 2,5 cm. Il soupçonne la présence d'un cancer et recommande d'autres examens.

[12] M. Émond subit un tomodensitogramme, le 19 décembre 2006, et une tomographie par émission de positrons (TEP) en janvier 2007. Ces examens confirment qu'il souffre d'un cancer du poumon de stade IV. Le diagnostic est posé en janvier 2007. Le cancer est incurable. À cette date, cependant, M. Émond ne présente toujours aucun signe de sa maladie.

[13] Dès février 2007, M. Émond se soumet à des traitements de chimiothérapie de nature palliative dans l'espoir de freiner la propagation du cancer. Les traitements de chimiothérapie sont suspendus entre juin et novembre 2007, car M. Émond se sent bien. Il fait régulièrement de l'exercice et parcourt cet été-là plus de 5 000 km à vélo. M. Émond commence à présenter des signes de sa maladie à l'automne. Il reprend les traitements de chimiothérapie

were stopped again in February 2008 because they were unsuccessful.

[14] Mr. Émond died on June 6, 2008. He was survived by his partner, Ms. St-Germain, and their eight-year-old son. Ms. St-Germain brought the present action against Drs. Benhaim and O'Donovan in her own name, in her capacity as tutor to her son, and as Mr. Émond's universal legatee.

[15] At trial, the plaintiff argued that, in November 2005 or at least in January 2006, Drs. Benhaim and O'Donovan should have informed Mr. Émond that the opacity on the X-ray of his right lung could be cancerous, and should have conducted further tests to determine whether that was the case. The plaintiff's expert witnesses testified that, in November 2005, the cancer was at stage I or IIA. Had Mr. Émond been promptly diagnosed and treated at that time, he would likely have been cured. However, due to the defendants' errors, Mr. Émond was not diagnosed until January 2007, when the cancer was at stage IV and incurable. Therefore, the plaintiff argued, the negligent delay in diagnosing Mr. Émond's cancer caused his death.

[16] The defendants' expert, Dr. Ferraro, testified that Mr. Émond's cancer was already at stage III or IV in November 2005, and his chances of survival at that time were low. Therefore, the cancer would likely have taken Mr. Émond's life even if he had been promptly diagnosed. The delay in diagnosing Mr. Émond was not the cause of his death.

III. Judgments Below

A. *Quebec Superior Court (Marcotte J., 2011 QCCS 4755)*

[17] After thoroughly reviewing the evidence in her well-crafted reasons, the trial judge, Marcotte J. (as she then was), allowed the action in part.

en novembre, mais les abandonne en février 2008, car ils se révèlent inefficaces.

[14] M. Émond meurt le 6 juin 2008. Il laisse dans le deuil sa conjointe, M^{me} St-Germain, et leur fils de 8 ans. M^{me} St-Germain intente la présente action contre les D^{rs} Benhaim et O'Donovan en son propre nom, en sa qualité de tutrice à son fils et à titre de légataire universelle de M. Émond.

[15] Au procès, la demanderesse fait valoir que dès novembre 2005, ou à tout le moins dès janvier 2006, les D^{rs} Benhaim et O'Donovan auraient dû informer M. Émond de la possibilité que l'opacité observée sur la radiographie de son poumon droit soit cancéreuse, et procéder à d'autres examens pour voir si c'était le cas. Selon les témoins experts cités par la demanderesse, en novembre 2005, le cancer en était au stade I ou IIA. S'il avait été rapidement diagnostiqué et traité, M. Émond aurait probablement guéri. Or, en raison des erreurs des défendeurs, le cancer n'a été diagnostiqué qu'en janvier 2007; il avait alors atteint le stade IV et était incurable. En conséquence, la demanderesse fait valoir que c'est le diagnostic intervenu trop tard par négligence qui a causé la mort de M. Émond.

[16] En revanche, selon le témoin expert des défendeurs, le D^r Ferraro, le cancer de M. Émond avait déjà atteint le stade III ou le stade IV en novembre 2005, et les chances de survie étaient alors faibles. En conséquence, le cancer aurait vraisemblablement eu raison de M. Émond même s'il avait été rapidement diagnostiqué. Le diagnostic tardif n'a pas causé la mort de M. Émond.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec (la juge Marcotte, 2011 QCCS 4755)*

[17] Après avoir examiné la preuve de manière exhaustive dans des motifs rédigés avec soin, la juge de première instance, la juge Marcotte (maintenant juge à la Cour d'appel du Québec), a accueilli l'action en partie.

[18] She found that Drs. Benhaim and O'Donovan were both negligent in failing to more thoroughly investigate the opacity on Mr. Émond's chest X-rays of November 2005 and January 2006. Because of the negligence, Mr. Émond's cancer diagnosis was delayed to January 2007. The trial judge's findings of negligence are not contested in this appeal.

[19] However, the trial judge concluded that the evidence did not establish on a balance of probabilities that the negligence of Drs. Benhaim and O'Donovan caused Mr. Émond's death. She was not convinced that, but for the delay in diagnosing Mr. Émond's cancer, he would likely have survived. She found that, by November 2005 and January 2006, Mr. Émond's cancer was likely already at stage III, and was likely incurable.

[20] The trial judge stated that [TRANSLATION] “[m]oreover, no presumption of causation can be drawn on the basis that the defendants’ fault made it impossible for the plaintiff to prove causation” (para. 92 (CanLII)). Instead, she recognized that the court may draw [TRANSLATION] “an adverse inference” against the defendant in such circumstances (para. 100).

[21] The trial judge rejected the plaintiff's expert evidence that the cancer was at stage I in November 2005. This evidence was based on three factors: the lesion in Mr. Émond's lung was less than 3 cm in size, Mr. Émond was asymptomatic, and he was in a good state of health. The trial judge found that these three factors were also present in December 2006 and January 2007, when Mr. Émond was diagnosed with stage IV cancer. They were unreliable indicators of the cancer's progression.

[22] The trial judge accepted the opinion of the defendants' expert, Dr. Ferraro, who testified that the cancer was at least at stage III in November 2005. Dr. Ferraro's opinion was based on three considerations. First, Mr. Émond's lung cancer could not

[18] Elle a conclu que les D^{rs} Benhaim et O'Donovan avaient tous deux fait preuve de négligence en ne procédant pas à des examens plus poussés de l'opacité constatée sur les radiographies pulmonaires de M. Émond prises en novembre 2005 et en janvier 2006. À cause de leur négligence, le cancer de M. Émond n'a été diagnostiqué qu'en janvier 2007. Les conclusions de négligence tirées par la juge de première instance ne sont pas contestées dans le pourvoi.

[19] Toutefois, la juge de première instance a conclu que la preuve n'établissait pas, selon la prépondérance des probabilités, que la négligence des D^{rs} Benhaim et O'Donovan ait causé la mort de M. Émond. Elle n'était pas convaincue que, n'eût été la lenteur du diagnostic de cancer, M. Émond aurait probablement survécu. Selon elle, en novembre 2005 et en janvier 2006, le cancer de M. Émond avait selon toute vraisemblance déjà atteint le stade III et il était probablement incurable.

[20] Elle a déclaré qu'« [i]l ne peut par ailleurs y avoir de présomption de causalité du fait que la faute des défendeurs aurait privé la partie demanderesse de la possibilité de prouver l'existence du lien de causalité » (par. 92 (CanLII)). En fait, elle a reconnu que la cour pouvait recourir à la notion « d'inférence défavorable » au défendeur en de telles circonstances (par. 100).

[21] La juge de première instance a rejeté la preuve des experts cités par la demanderesse selon laquelle, en novembre 2005, le cancer en était au stade I. Celle-ci reposait sur trois facteurs : la lésion constatée au poumon de M. Émond mesurait moins de 3 cm, M. Émond ne présentait aucun symptôme et son état de santé était bon. La juge a conclu que ces trois facteurs étaient également présents en décembre 2006 et en janvier 2007, lorsque M. Émond a reçu un diagnostic de cancer de stade IV. Il s'agissait à son avis d'indicateurs non fiables de la progression du cancer.

[22] La juge a retenu l'opinion de l'expert cité par les défendeurs, le D^r Ferraro, qui a déclaré que le cancer avait au moins atteint le stade III en novembre 2005. Cette opinion reposait sur trois considérations. Premièrement, le cancer du poumon de M. Émond

have progressed from stage I to stage IV in approximately 12 months (November 2005 to December 2006) because lung cancer evolves slowly. Second, when the November 2005 X-ray was viewed with the benefit of hindsight — that is, with knowledge of the results of the tests performed in December 2006 and January 2007 — it was apparent that there were shadows on the November 2005 X-ray that were consistent with stage III or IV cancer. Third, the majority of patients diagnosed with cancer are at an advanced stage.

[23] The trial judge considered the evidence that patients with untreated stage III or IV lung cancer typically live for one year or less. One of the plaintiff's experts testified that if Mr. Émond had stage III or IV cancer in November 2005, he would not have been alive for his next annual physical in December 2006. However, the trial judge emphasized Dr. Ferraro's evidence that Mr. Émond's case defied statistics.

[24] Accordingly, the trial judge concluded that the faults of Drs. Benhaim and O'Donovan did not cause Mr. Émond's death. However, she awarded \$70,000 in damages to Ms. St-Germain personally and in her capacity as universal legatee for the anguish caused by the defendants' negligent handling of Mr. Émond's treatment.

B. *Quebec Court of Appeal (Kasirer, Fournier and Bélanger J.J.A., 2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190)*

[25] The Court of Appeal allowed the appeal and concluded that the faults of Drs. Benhaim and O'Donovan caused Mr. Émond's death.

(1) Majority Reasons (Kasirer and Bélanger J.J.A.)

[26] The majority of the Court of Appeal, Kasirer and Bélanger J.J.A., concluded in a well-crafted decision that the trial judge erred in law in her causation

ne pouvait en 12 mois environ (de novembre 2005 à décembre 2006) passer du stade I au stade IV parce que ce type de cancer évolue lentement. Deuxièmement, a posteriori — c'est-à-dire compte tenu des résultats des examens effectués en décembre 2006 et en janvier 2007 — il était évident que les ombres observées sur la radiographie de novembre 2005 révélaient un cancer de stade III ou IV. Troisièmement, la majorité des cancers diagnostiqués le sont à un stade avancé.

[23] La juge de première instance a examiné la preuve suivant laquelle les patients souffrant d'un cancer de stade III ou IV non traité vivent en général au plus un an. L'un des témoins experts cités par la demanderesse a déclaré que, si M. Émond avait eu un cancer de stade III ou IV en novembre 2005, il n'aurait pas survécu jusqu'au bilan annuel de santé suivant, qui a eu lieu en décembre 2006. La juge de première instance a cependant signalé que, selon le Dr Ferraro, le cas de M. Émond défiait les statistiques.

[24] En conséquence, la juge de première instance a conclu que les fautes des D^{rs} Benhaim et O'Donovan n'avaient pas causé la mort de M. Émond. Elle a cependant accordé 70 000 \$ en dommages-intérêts à M^{me} St-Germain personnellement et en sa qualité de légataire universelle pour l'angoisse dont celle-ci avait souffert en raison de la négligence des défendeurs dans le traitement de M. Émond.

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Kasirer, Fournier et Bélanger, 2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190)*

[25] La Cour d'appel a accueilli l'appel et a conclu que les fautes commises par les D^{rs} Benhaim et O'Donovan avaient causé la mort de M. Émond.

(1) Motifs majoritaires (les juges Kasirer et Bélanger)

[26] Les juges majoritaires de la Cour d'appel, soit les juges Kasirer et Bélanger, ont conclu dans une décision fort bien articulée que la juge de première

analysis. Her error of law was her failure to draw an unfavourable or adverse inference of causation that, according to Kasirer and Bélanger J.J.A., was required by this Court's decisions in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, and *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491.

[27] In the view of Kasirer and Bélanger J.J.A., an adverse inference of causation arises when two criteria are established. First, the defendant physician's negligence must have undermined the plaintiff's ability to prove causation.¹ Second, the plaintiff must adduce at least "some" or "very little affirmative evidence" of causation. These two criteria form the basis for an adverse inference against the defendant that discharges, *prima facie*, the plaintiff's burden of proving causation. It is then open to the defendant to rebut the inference of causation by leading evidence to the contrary. The majority stressed that drawing an adverse inference of causation is not the same as shifting the onus of disproving causation to the defendant. The plaintiff retains the "ultimate burden of showing causation on the balance of probabilities" (C.A. reasons, at para. 168).

[28] In this case, the majority of the Court of Appeal concluded that the criteria for drawing an adverse inference of causation were established.

[29] First, the defendants' negligence undermined the plaintiff's ability to prove causation. The defendants' negligence consisted of their failure to investigate the opacity on Mr. Émond's chest X-rays. Had they investigated and conducted the appropriate tests, they would have determined the stage of Mr. Émond's cancer in November 2005, which would in turn have determined whether his cancer

¹ Elsewhere in its reasons, the majority described this criterion as requiring that the defendant's negligence make it *impossible* for the plaintiff to prove causation, or impossible for the plaintiff to prove causation *scientifically* (paras. 142, 144 and 162).

instance avait commis une erreur de droit dans son analyse relative au lien de causalité. Son erreur a été d'omettre de tirer l'inférence de causalité défavorable que notre Cour lui imposait de tirer, selon eux, dans les arrêts *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, et *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491.

[27] Selon les juges Kasirer et Bélanger, une inférence de causalité défavorable s'impose lorsque deux critères sont réunis. Premièrement, la négligence du médecin défendeur doit avoir compromis la possibilité pour le demandeur de prouver le lien de causalité¹. Deuxièmement, le demandeur doit produire au moins [TRADUCTION] « certains » ou « très peu d'éléments de preuve affirmative ». Ces deux critères permettent de tirer une inférence de causalité défavorable au défendeur qui dégage a priori le demandeur de son fardeau d'établir le lien de causalité. Le défendeur peut ensuite repousser l'inférence de causalité en présentant des éléments de preuve contraires. Les juges majoritaires soulignent que tirer une inférence de causalité défavorable ne revient pas à faire peser sur le défendeur le fardeau de prouver l'absence de lien de causalité. C'est au demandeur qu'incombe la [TRADUCTION] « charge ultime d'établir le lien de causalité, selon la prépondérance des probabilités » (motifs de la C.A., par. 168).

[28] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que les critères justifiant l'existence d'une inférence de causalité défavorable étaient respectés en l'espèce.

[29] D'une part, la négligence des défendeurs a compromis la possibilité pour la demanderesse de prouver le lien de causalité. Cette négligence tenait au fait qu'ils n'avaient pas cherché à en savoir plus sur l'opacité observée sur les radiographies pulmonaires de M. Émond. S'ils l'avaient fait et avaient procédé aux examens nécessaires, ils auraient déterminé le stade du cancer en novembre 2005, ce

¹ Ailleurs dans leurs motifs, les juges majoritaires précisent que, suivant ce critère, il faut qu'en raison de la négligence du défendeur, il soit *impossible* pour le demandeur de prouver l'existence du lien de causalité, ou impossible pour lui d'en prouver l'existence de façon *scientifique* (par. 142, 144 et 162).

could likely have been cured with prompt treatment. Therefore, because of the defendants' negligence, "it was impossible for the [plaintiff] to show scientifically, by direct evidence of staging of cancer, that the fault resulted in a delay in the treatment of the disease that ultimately caused Mr. Émond's death" (C.A. reasons, at para. 142).

[30] Second, the plaintiff led some affirmative evidence that the cancer was at an early stage in November 2005, and thus could likely have been cured with prompt diagnosis and treatment. This evidence consisted of a statistic that 78 percent of cancers discovered fortuitously — as Mr. Émond's cancer was — are at stage I. Stage I cancer has a cure rate of 70 percent.

[31] According to Kasirer and Bélanger JJ.A., these two factors gave rise to an adverse inference against the defendants that their negligence caused Mr. Émond's death. It was open to the defendants to lead evidence to rebut the adverse inference — evidence establishing that Mr. Émond was among the 22 percent of persons whose fortuitously discovered cancer is at a late, incurable stage — but they failed to do so. In particular, the majority of the Court of Appeal found Dr. Ferraro's evidence about the slow progression of lung cancer, and his retrospective reading of the November 2005 X-ray, to be speculative and unreliable.

[32] The majority of the Court of Appeal concluded that the trial judge erred in law by failing to apply an adverse inference of causation. Had she done so, she would have found that causation had been established on a balance of probabilities.

(2) Concurring Reasons (Fournier J.A.)

[33] Fournier J.A. wrote concurring reasons. He found that the trial judge committed a palpable and

qui aurait permis de savoir si un traitement rapide aurait pu le guérir. Ainsi, à cause de la négligence des défendeurs, [TRADUCTION] « il était impossible pour [la demanderesse] de prouver de façon scientifique, au moyen d'une preuve directe de l'évolution du cancer, que la faute avait retardé le traitement de la maladie et que ce retard avait ultimement causé la mort de M. Émond » (motifs de la C.A., par. 142).

[30] D'autre part, la demanderesse a produit certains éléments de preuve affirmative démontrant un stade précoce de cancer en novembre 2005, et la possibilité, selon toute vraisemblance, de guérison s'il avait été diagnostiqué et traité rapidement. Il s'agissait d'une statistique suivant laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement — comme l'avait été celui de M. Émond — en sont au stade I. Le taux de guérison des cancers de stade I est de 70 p. 100.

[31] Selon les juges Kasirer et Bélanger, ces deux facteurs justifiaient la reconnaissance d'une inférence défavorable aux défendeurs : leur négligence avait causé la mort de M. Émond. Les défendeurs avaient tout le loisir de produire une preuve réfutant cette inférence défavorable — une preuve démontrant que M. Émond faisait partie de l'autre groupe, celui composé des 22 p. 100 de gens dont le cancer est découvert fortuitement à un stade avancé et incurable —, mais ils ne l'ont pas fait. En particulier, les juges majoritaires de la Cour d'appel concluent au caractère conjectural et non fiable du témoignage du Dr Ferraro sur l'évolution lente du cancer du poumon et de sa lecture rétrospective de la radiographie de novembre 2005.

[32] Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge de première instance a commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable. Si elle avait tiré l'inférence, elle aurait conclu que le lien de causalité avait été démontré selon la prépondérance des probabilités.

(2) Motifs concordants (le juge Fournier)

[33] Le juge Fournier a rédigé des motifs concordants. Selon lui, la juge de première instance a

overriding error when she concluded that causation was not established. He relied principally on the evidence that untreated stage III or IV cancer is generally fatal within 12 months. Mr. Émond received no treatment between November 2005 and January 2007. Therefore, if he had stage III or IV cancer in November 2005, he would likely have died by January 2007. In fact, Mr. Émond survived to June 2008. As a result, in November 2005, Mr. Émond must have had stage I or II cancer, which would likely have been curable with prompt treatment.

[34] Fournier J.A. acknowledged Dr. Ferraro's testimony that, when the November 2005 X-ray was viewed with the benefit of hindsight, there were shadows that were consistent with stage III or IV cancer. However, neither the plaintiff's experts nor Dr. O'Donovan could see these shadows. In the view of Fournier J.A., the shadows alone were not enough to undermine the plaintiff's theory of causation, as X-rays are of limited use in diagnosing the staging of cancer.

[35] Accordingly, Fournier J.A. found that the plaintiff had proved on a balance of probabilities that the defendants' fault caused Mr. Émond's death.

IV. Analysis

A. *Standard of Review*

[36] The standard of review is correctness for questions of law, and palpable and overriding error for findings of fact and inferences of fact: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 8, 10 and 19; *St-Jean*, at paras. 33-36. Causation is a question of fact, and so the trial judge's finding on causation is owed deference on appeal: *St-Jean*, at paras. 104-5; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 8; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98, at para. 29.

commis une erreur manifeste et dominante en concluant que le lien de causalité n'avait pas été démontré. Il se fonde essentiellement sur la preuve qu'une personne souffrant d'un cancer de stade III ou IV meurt en général dans un délai de 12 mois si elle n'est pas traitée. M. Émond n'a reçu aucun traitement entre novembre 2005 et janvier 2007. Ainsi, s'il était atteint d'un cancer de stade III ou IV en novembre 2005, il serait vraisemblablement mort en janvier 2007 au plus tard. En fait, M. Émond a survécu jusqu'en juin 2008. C'est pourquoi, en novembre 2005, son cancer devait être au stade I ou II, de sorte qu'il aurait vraisemblablement été curable s'il avait été traité rapidement.

[34] Le juge Fournier a pris acte du témoignage du D^r Ferraro selon qui, a posteriori, la radiographie de novembre 2005 montrait des ombres qui correspondaient à un cancer de stade III ou IV. Or, ni les experts cités par la demanderesse ni le D^r O'Donovan ne voyaient ces ombres. Selon le juge Fournier, elles ne pouvaient en soi miner la thèse du lien de causalité avancée par la demanderesse, puisque les radiographies sont d'une utilité limitée dans le diagnostic des stades de cancer.

[35] En conséquence, le juge Fournier conclut que la demanderesse a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que la faute des défendeurs avait causé la mort de M. Émond.

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[36] La norme de contrôle applicable aux questions de droit est celle de la décision correcte, alors que c'est la norme de l'erreur manifeste et dominante qui s'applique aux conclusions et inférences de fait (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8, 10 et 19; *St-Jean*, par. 33-36). L'existence du lien de causalité est une question de fait, de sorte que la conclusion du juge du procès à cet égard commande la retenue en appel (*St-Jean*, par. 104-105; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 8; *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98, par. 29).

[37] It may be useful to recall the many reasons why appellate courts defer to trial courts' findings of fact, which were described at length in *Housen*, at paras. 15-18. Deference to factual findings limits the number, length and cost of appeals, which in turn promotes the autonomy and integrity of trial proceedings. Moreover, the law presumes that trial judges and appellate judges are equally capable of justly resolving disputes. Allowing appellate courts free rein to overturn trial courts' factual findings would duplicate judicial proceedings at great expense, without any concomitant guarantee of more just results. Finally, according deference to a trial judge's findings of fact reinforces the notion that they are in the best position to make those findings. Trial judges are immersed in the evidence, they hear *viva voce* testimony, and they are familiar with the case as a whole. Their expertise in weighing large quantities of evidence and making factual findings ought to be respected. These considerations are particularly important in the present case because it involves a large quantity of complex evidence.

[38] It is equally useful to recall what is meant by "palpable and overriding error". Stratas J.A. described the deferential standard as follows in *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31, at para. 46:

Palpable and overriding error is a highly deferential standard of review "Palpable" means an error that is obvious. "Overriding" means an error that goes to the very core of the outcome of the case. When arguing palpable and overriding error, it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall.

[39] Or, as Morissette J.A. put it in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII), [TRANSLATION] "a palpable and overriding error is in the nature not of a needle in a haystack, but of a beam in the eye. And it is impossible to confuse these last two notions."

[37] Il peut être utile de rappeler les nombreuses raisons pour lesquelles les cours d'appel s'en remettent aux conclusions de fait des tribunaux de première instance, raisons que notre Cour a longuement décrites dans l'arrêt *Housen*, par. 15-18. La retenue à l'égard des conclusions de fait réduit le nombre, la durée et le coût des appels, ce qui favorise l'autonomie du procès et son intégrité. Qui plus est, il est présumé en droit que les juges de première instance et les juges d'appel sont également capables d'apporter des solutions justes aux litiges. Donner aux cours d'appel toute latitude pour infirmer les conclusions de fait des tribunaux de première instance reviendrait à reprendre le procès à grands frais, sans garantie de solutions plus justes. Enfin, en traitant avec déférence les conclusions de fait du juge de première instance, on reconnaît qu'il est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait. Il est plongé dans la preuve, entend les témoins et connaît le dossier dans son ensemble. Son expertise lorsqu'il s'agit d'apprécier de grandes quantités d'éléments de preuve et de tirer des conclusions de fait commande le respect. Ces considérations revêtent une importance particulière en l'espèce, vu le dossier de preuve volumineux et complexe.

[38] Il est tout aussi utile de rappeler ce qu'on entend par « erreur manifeste et dominante ». Le juge Stratas décrit la norme déferente en ces termes dans l'arrêt *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31, par. 46 :

L'erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue [. . .] Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l'issue de l'affaire. Lorsque l'on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l'arbre debout. On doit faire tomber l'arbre tout entier.

[39] Ou, comme le dit le juge Morissette dans l'arrêt *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII), « une erreur manifeste et dominante tient, non pas de l'aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l'œil. Et il est impossible de confondre ces deux dernières notions. »

[40] However, the majority of the Court of Appeal did not review the trial judge's finding on causation for palpable and overriding error. After acknowledging that causation is a question of fact, the majority stated that the trial judge's failure to apply an adverse inference of causation constituted an error of law. I now turn to that alleged error of law.

B. *Did the Trial Judge Err in Law by Failing to Draw an Adverse Inference of Causation?*

[41] The majority of the Court of Appeal found that the trial judge erred in law by failing to draw an adverse inference of causation against the defendants in accordance with this Court's decisions in *Snell* and *St-Jean*. According to the majority, these decisions require a trier of fact to draw an adverse inference of causation against a defendant physician where the defendant's negligence has undermined the plaintiff's ability to prove causation and where the plaintiff adduces at least "some" or "very little affirmative evidence" of causation. This adverse inference serves, *prima facie*, to discharge the plaintiff's burden of proving causation. The defendant may resist the inference by leading evidence to the contrary.

[42] This was an error. This Court held in *Snell* that, in such circumstances, an adverse inference of causation *may* discharge the plaintiff's burden of proving causation. Those circumstances do not *trigger* such an inference. Whether an inference of causation is warranted, and how it is to be weighed against the evidence, are matters for the trier of fact. Here, the trial judge's reasons show that she did not draw that inference, although she was aware that it was available (para. 100). That conclusion is a question of fact and deserves deference from a court of appeal.

[40] Or, les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas examiné la conclusion de causalité tirée par la juge de première instance pour y déceler une erreur manifeste et dominante. Après avoir reconnu que le lien de causalité est une question de fait, ils ont déclaré que la juge avait commis une erreur de droit en ne tirant pas l'inférence de causalité défavorable. Je vais maintenant analyser cette prétendue erreur de droit.

B. *La juge du procès a-t-elle commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable?*

[41] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que la juge de première instance avait commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable aux défendeurs, comme il aurait fallu suivant les arrêts *Snell* et *St-Jean* de la Cour. À leur avis, ces arrêts exigent que le juge des faits tire une inférence de causalité défavorable au médecin défendeur, lorsque la négligence de ce dernier compromet la possibilité du demandeur d'établir le lien de causalité, et lorsque le demandeur produit au moins [TRADUCTION] « certains » ou « très peu d'éléments de preuve affirmative ». Cette inférence défavorable permet a priori de dégager le demandeur du fardeau de prouver l'existence du lien de causalité. Le défendeur peut repousser cette inférence de causalité en produisant une preuve contraire.

[42] Cette opinion est erronée. La Cour conclut, dans l'arrêt *Snell*, que dans ces circonstances une inférence de causalité défavorable *peut* dégager le demandeur du fardeau de prouver l'existence du lien de causalité. Ces circonstances n'emportent pas une telle inférence. C'est au juge des faits qu'il appartient de décider si une inférence de causalité est justifiée et de quelle manière elle doit être appréciée au regard de la preuve. En l'espèce, les motifs de la juge de première instance révèlent qu'elle n'a pas tiré une telle inférence même si elle savait qu'elle était à sa portée (par. 100). Cette conclusion est une question de fait qui commande la retenue en appel.

[43] The majority of the Court of Appeal appropriately used permissive language to explain this Court's decision in *Snell*. By reversing the trial judge's decision on the basis of an error of law, however, the majority treated the inference described in *Snell* and *St-Jean* as compulsory once certain criteria were established.

[44] The majority of the Court of Appeal evaluated the evidence in a manner that illustrates this error. It approached the evidence from the perspective that, since the defendants had negligently created the uncertainty, it was for them to rebut the single piece of statistical evidence relating to the fortuitous discovery of cancer. Since it found that the defendants' evidence was speculative as a consequence of that very uncertainty, the majority of the Court of Appeal held that the adverse inference had to result in a finding of causation. The majority of the Court of Appeal did not consider the weaknesses in the plaintiff's expert evidence, as the trial judge had, because it rested the adverse inference on the statistical evidence. With respect for the contrary view, *Snell* and *St-Jean* do not support this approach. Rather, the decision to draw an adverse inference must be based on an evaluation of all of the evidence. To do otherwise has the same effect as impermissibly reversing the burden of proof. I return to this issue below.

[45] As I will now explain, *Snell* and *St-Jean* held that the ordinary rules of causation must be applied in medical malpractice cases. As prime examples of how the ordinary rules of causation operate in medical liability cases, these decisions are equally relevant in Quebec.

[46] I will begin by discussing *Snell*, in which Sopinka J. examined developments in English tort law that purported to reverse the onus of proving causation in some circumstances.² Traditionally, the plaintiff in a common law negligence claim

² *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1 (H.L.); *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557 (H.L.).

[43] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont correctement exprimé ce caractère discrétionnaire lorsqu'ils expliquent l'arrêt *Snell* de notre Cour. Toutefois, en infirmant la décision de la juge de première instance au motif qu'elle avait commis une erreur de droit, les juges majoritaires confèrent à l'inférence décrite dans les arrêts *Snell* et *St-Jean* un caractère obligatoire en présence de certains critères.

[44] La manière dont les juges majoritaires de la Cour d'appel apprécient la preuve illustre cette erreur. Ils examinent la preuve en partant du principe qu'il incombait aux défendeurs, dont la négligence avait entraîné l'incertitude, de réfuter l'unique élément de preuve statistique produit sur la découverte fortuite d'un cancer. Comme, de l'avis des juges majoritaires, la preuve produite par les défendeurs était conjecturale, du fait même de cette incertitude, ils concluent que l'inférence défavorable aurait dû emporter une conclusion de causalité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ne tiennent pas compte des faiblesses dans la preuve d'expert produite par la demanderesse, comme l'a fait la juge de première instance, car ils tirent l'inférence défavorable sur le fondement de la preuve statistique. Soit dit en tout respect pour l'opinion contraire, les arrêts *Snell* et *St-Jean* n'appuient pas pareille démarche. La décision de tirer ou non une inférence défavorable doit plutôt reposer sur l'appréciation de l'ensemble de la preuve. Sinon, cela équivaldrait à renverser indûment le fardeau de preuve. J'y reviendrai plus loin.

[45] Comme je l'expliquerai maintenant, il ressort des arrêts *Snell* et *St-Jean* que les règles ordinaires de causalité s'appliquent aux affaires de faute médicale. Ces arrêts, qui illustrent tout à fait ces règles dans le contexte de la responsabilité médicale, sont également pertinents au Québec.

[46] J'aimerais commencer par l'examen de l'arrêt *Snell*. Le juge Sopinka se penche sur l'évolution du droit anglais en matière de responsabilité délictuelle tendant à inverser le fardeau de prouver le lien de causalité dans certaines circonstances².

² *McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1 (H.L.); *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557 (H.L.).

had to prove on a balance of probabilities that, but for the defendant's negligent conduct, the plaintiff would not have been injured. Sopinka J. stated that his task was "to determine whether a departure from well-established principles is necessary for the resolution of this appeal" (p. 320). Sopinka J. concluded that such a departure was not warranted, provided that the traditional principles are not applied in an overly rigid manner (p. 328).

[47] First, Sopinka J. held that it is not necessary that the plaintiff adduce expert scientific or medical evidence definitively supporting the plaintiff's theory of causation, as "[c]ausation need not be determined by scientific precision" (p. 328; see also pp. 330-31). This is because the law requires proof of causation only on a balance of probabilities, whereas scientific or medical experts often require a higher degree of certainty before drawing conclusions on causation (p. 330). Simply put, scientific causation and factual causation for legal purposes are two different things. Factual causation for legal purposes is a matter for the trier of fact, not for the expert witnesses, to decide: *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541, at pp. 607-8; see also *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959), at pp. 109-10.

[48] Second, in medical malpractice cases, the defendant is often in a better position than the plaintiff to determine the cause of the injury (p. 322). Sopinka J. held that, in such circumstances, the trier of fact may take into account the relative ability of each party to present evidence on a fact in issue:

The legal or ultimate burden remains with the plaintiff, but in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant, an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced. If some evidence to the contrary is adduced by the defendant, the trial judge is

Traditionnellement, en common law, c'était au demandeur dans une action pour négligence qu'il appartenait de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'aurait pas subi de préjudice, n'eût été la négligence du défendeur. Le juge Sopinka indique que sa tâche consiste à « déterminer s'il est nécessaire de s'écarter des principes bien établis pour résoudre le présent pourvoi » (p. 320). Le juge Sopinka est d'avis qu'il n'est pas justifié de s'en écarter, tant que les principes traditionnels ne sont pas appliqués de manière trop rigide (p. 328).

[47] Premièrement, le juge Sopinka conclut qu'il n'est pas nécessaire pour le demandeur de produire une preuve scientifique ou médicale d'expert étayant fermement sa thèse quant à l'existence d'un lien de causalité, puisque « [l]a causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique » (p. 328; voir également p. 330-331). Le droit exige seulement que le lien de causalité soit démontré selon la prépondérance des probabilités, alors que les experts scientifiques ou médicaux nécessitent souvent, avant de tirer des conclusions sur l'existence du lien de causalité, un degré de certitude plus élevé (p. 330). Bref, la causalité scientifique et la causalité factuelle en droit sont deux choses différentes. La causalité factuelle en droit est une question qu'il appartient au juge des faits, non aux témoins experts, de trancher (*Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, p. 607-608; voir aussi *Sentilles c. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959), p. 109-110).

[48] Deuxièmement, dans les affaires de responsabilité médicale, le défendeur est souvent mieux placé que le demandeur pour déterminer la cause du préjudice (p. 322). Le juge Sopinka ajoute que dans ces circonstances le juge des faits peut donc tenir compte de la possibilité relative pour chacune des parties de produire des éléments de preuve sur un fait en litige :

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 produite. Si le défendeur présente des éléments de preuve contraires, le juge de première

entitled to take account of Lord Mansfield's famous precept. [p. 330]

This precept, stated by Lord Mansfield in *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, at p. 970, is that evidence should be “weighed according to the proof which it was in the power of one side to have produced, and in the power of the other to have contradicted” (quoted in *Snell*, at p. 328).

[49] An inference of causation is available to trial judges by virtue of the ordinary operation of these principles in the medical malpractice context:

In many malpractice cases, the facts lie particularly within the knowledge of the defendant. In these circumstances, very little affirmative evidence on the part of the plaintiff will justify the drawing of an inference of causation in the absence of evidence to the contrary.

(*Snell*, at pp. 328-29)

[50] The majority of the Court of Appeal relied in large part on this passage to justify its conclusion that *Snell* created a rule of law that requires an adverse inference of causation in certain circumstances. The inference of causation Sopinka J. described in *Snell* is one that trial judges are *permitted* to draw even in the absence of positive or scientific proof. It is not one that they are required to draw once certain criteria are established. The decision on whether to draw such an inference is left to the discretion of the trial judge. Despite using permissive language to describe the adverse inference in *Snell*, the decision of the majority of the Court of Appeal failed to give effect to the permissive, discretionary nature of that inference.

[51] By overturning the trial judge's decision on the basis of an error of law, the majority of the Court of Appeal implicitly transformed the permissive inference described by this Court in *Snell* into one that is compulsory once certain facts are established. The majority's decision would have the effect of creating a novel legal rule governing presumptions. And yet it is apparent that Sopinka J. was not purporting

instance a le droit de tenir compte du fameux principe de lord Mansfield. [p. 330]

Selon ce principe, énoncé par lord Mansfield dans l'arrêt *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, p. 970, tout élément de preuve doit être [TRADUCTION] « apprécié en fonction de la preuve qu'une partie avait le pouvoir de produire et que la partie adverse avait le pouvoir de contredire » (cité dans *Snell*, p. 328).

[49] Il est loisible au juge des faits de tirer une inférence de causalité par la simple application de ces principes au contexte d'une faute médicale :

Dans un grand nombre d'affaires en matière de faute professionnelle, 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.

(*Snell*, p. 328-329)

[50] Les juges majoritaires de la Cour d'appel fondent en grande partie sur ce passage leur conclusion selon laquelle l'arrêt *Snell* a créé une règle de droit qui oblige à tirer une inférence de causalité défavorable dans certaines circonstances. L'inférence de causalité que décrit le juge Sopinka dans l'arrêt *Snell* peut être tirée par le juge des faits même en l'absence d'une preuve positive ou scientifique; ce dernier n'est pas obligé de la tirer dès lors que certains critères sont établis. La décision relève du pouvoir discrétionnaire du juge. Les juges majoritaires de la Cour d'appel décrivent l'inférence défavorable dont il est question dans l'arrêt *Snell* comme étant discrétionnaire, mais leur décision ne tient pas compte du caractère non obligatoire ou discrétionnaire de cette inférence.

[51] En infirmant la décision de la juge de première instance au motif qu'elle était entachée d'une erreur de droit, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont transformé implicitement l'inférence non obligatoire décrite par la Cour dans l'arrêt *Snell* en une inférence obligatoire en présence de certains faits. La décision des juges majoritaires aurait pour effet de créer une nouvelle règle de droit régissant les présomptions. Il

to create such a rule in *Snell*. Rather, he was simply describing how the usual fact-finding process works in the medical malpractice context:

It is not strictly accurate to speak of the burden shifting to the defendant when what is meant is that evidence adduced by the plaintiff may result in an inference being drawn adverse to the defendant. Whether an inference is or is not drawn is a matter of weighing evidence. The defendant runs the risk of an adverse inference in the absence of evidence to the contrary. This is sometimes referred to as imposing on the defendant a provisional or tactical burden. . . . In my opinion, this is not a true burden of proof, and use of an additional label to describe what is an ordinary step in the fact-finding process is unwarranted. [Emphasis added; pp. 329-30.]

[52] The adverse inference of causation described in *Snell* is permissive precisely because it is a component of the fact-finding process. For the same reason, the question of whether an inference is warranted in a particular case falls within the discretion of the trier of fact, to be determined with reference to all of the evidence. This principle was recently reaffirmed by this Court in *Ediger*, at para. 36. It was therefore not open to the majority to substitute its own decision to draw an unfavourable inference. Rather, the majority of the Court of Appeal would have been bound to find a palpable and overriding error in the trial judge's decision *not* to draw an adverse inference. I return to this point below.

[53] *Snell* itself provides an example of the circumstances in which an inference of causation may be drawn. The plaintiff sued the defendant ophthalmologist after she became blind in her right eye following cataract surgery. Before the surgery, the defendant noticed some bleeding when he injected anaesthetic, yet he negligently continued the surgery. The blindness could have been caused by the bleeding or by natural causes. The expert witnesses could not definitively determine the cause. In concluding

semble pourtant que le juge Sopinka ne cherchait pas à créer une telle règle dans l'arrêt *Snell*. En fait, il décrivait simplement le fonctionnement du processus habituel d'appréciation des faits dans le contexte de la faute médicale :

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. [Je souligne; p. 329-330.]

[52] L'inférence de causalité défavorable décrite dans l'arrêt *Snell* est discrétionnaire, précisément parce qu'elle s'inscrit dans le processus d'appréciation des faits. De même, la question de savoir si une inférence est justifiée dans une affaire donnée relève du pouvoir discrétionnaire du juge des faits, qui tranche au vu de l'ensemble de la preuve. La Cour a récemment confirmé ce principe dans l'arrêt *Ediger*, par. 36. Il n'était donc pas loisible aux juges majoritaires de substituer leur décision à celle de la juge de première instance en tirant l'inférence défavorable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'auraient eu dans ce cas d'autre choix que celui de conclure que la juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante en décidant de *ne pas* tirer l'inférence défavorable. J'y reviendrai plus loin.

[53] L'affaire *Snell* illustre les circonstances dans lesquelles il est possible de tirer une inférence de causalité. La demanderesse a poursuivi le défendeur, un ophtalmologue, après avoir perdu l'usage de l'œil droit à la suite d'une chirurgie de la cataracte. Avant l'intervention, le défendeur a remarqué un saignement au moment d'injecter l'anesthésiant, mais il a fait preuve de négligence en poursuivant quand même la chirurgie. La cécité pouvait résulter du saignement ou de causes naturelles. Les témoins

that the plaintiff had established that the defendant's negligence caused her blindness, Sopinka J. stated:

The [defendant] was present during the operation and was in a better position to observe what occurred. Furthermore, he was able to interpret from a medical standpoint what he saw. In addition, by continuing the operation which has been found to constitute negligence, he made it impossible for the [plaintiff] or anyone else to detect the bleeding which is alleged to have caused the injury. In these circumstances, it was open to the trial judge to draw the inference that the injury was caused by the retrobulbar bleeding. There was no evidence to rebut this inference. . . .

. . . it is not essential to have a positive medical opinion to support a finding of causation. Furthermore, it is not speculation but the application of common sense to draw such an inference where, as here, the circumstances, other than a positive medical opinion, permit. [pp. 335-36]

[54] In sum, the Court held in *Snell* that “the plaintiff in medical malpractice cases — as in any other case — assumes the burden of proving causation on a balance of the probabilities”: *Ediger*, at para. 36. Causation need not be proven with scientific or medical certainty, however. Instead, courts should take a “robust and pragmatic” approach to the facts, and may draw inferences of causation on the basis of “common sense”: *Snell*, at pp. 330-31; *Clements*, at paras. 10 and 38. The trier of fact may draw an inference of causation even without “positive or scientific proof”, if the defendant does not lead sufficient evidence to the contrary. If the defendant does adduce evidence to the contrary, then, in weighing that evidence, the trier of fact may take into account the relative ability of each party to produce evidence: *Ediger*, at para. 36.

[55] I conclude that *Snell* did not create the rule of law attributed to it by the majority of the Court of Appeal. This reading is consistent with the position taken by authors Allen M. Linden and Bruce Feldthusen in *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015),

experts n'ont pu en déterminer la cause avec certitude. Concluant que la demanderesse a démontré que la négligence du défendeur avait causé sa cécité, le juge Sopinka déclare :

[Le défendeur] était présent pendant l'intervention chirurgicale et était mieux placé pour observer ce qui s'est produit. En outre, il était en mesure d'interpréter d'un point de vue médical ce qu'il a vu. De plus, en poursuivant l'intervention qui, a-t-on conclu, a constitué de la négligence, il a rendu impossible pour [la demanderesse] ou pour toute autre personne de déceler le saignement qui, allègue-t-on, a causé le préjudice. Dans de telles circonstances, le juge de première instance pouvait déduire que le préjudice a été causé par le saignement rétrooculaire. Il n'y avait aucun élément de preuve qui réfutait cette déduction. . . .

. . . il n'est pas essentiel d'obtenir une opinion médicale positive pour justifier une conclusion de causalité. En outre, ce n'est pas faire des conjectures mais appliquer le bon sens que de faire une telle déduction lorsque, comme en l'espèce, les circonstances, autres qu'une opinion médicale positive, le permettent. [p. 335-336]

[54] En somme, la Cour dans l'arrêt *Snell* affirme que « le demandeur, dans les affaires de responsabilité médicale — comme dans n'importe quelle autre affaire — a la charge d'établir le lien de causalité selon la prépondérance des probabilités » (*Ediger*, par. 36). Il n'est pas nécessaire, cependant, que le lien de causalité soit établi avec une certitude scientifique ou médicale. En fait, les tribunaux doivent aborder les faits d'une façon « décisive et pragmatique », et peuvent tirer des inférences de causalité fondées sur le « bon sens » (*Snell*, p. 330-331; *Clements*, par. 10 et 38). Le juge des faits peut tirer une inférence de causalité même en l'absence de « preuve positive ou scientifique », si le défendeur ne produit pas une preuve contraire suffisante. Si le défendeur en produit une, le juge des faits peut, en la soupesant, tenir compte de la possibilité relative de chacune des parties de produire une preuve (*Ediger*, par. 36).

[55] Je conclus que l'arrêt *Snell* n'a pas créé la règle de droit que lui attribuent les juges majoritaires de la Cour d'appel. Cette lecture s'accorde avec l'approche adoptée par les auteurs Allen M. Linden et Bruce Feldthusen dans leur ouvrage *Canadian*

at p. 129: “There is nothing unusual about [the holding in *Snell*]; an inference can be drawn in causation fact-finding just the same as in other fact-finding situations. This is not, therefore, a retreat from ‘but for’ analysis, but an example of it, using ordinary logic and reasoning as in other contexts.”

[56] In any event, I am of the view that any doubt which might have existed over the appropriate interpretation of *Snell* in the Quebec civil law context was assuaged by this Court’s decision in *St-Jean*. As the Court explained at para. 116 of its judgment:

To the extent that such a notion is a separate means of proof with a less stringent standard to satisfy, *Snell, supra*, and definitely *Laferrière, supra*, should have put an end to such attempts at circumventing the traditional rules of proof on the balance of probabilities. There may be a misapprehension of what I said in *Laferrière, supra*, at p. 609: “In some cases, where a fault presents a clear danger and where such a danger materializes, it may be reasonable to presume a causal link, unless there is a demonstration or indication to the contrary” This is merely a reiteration of the traditional approach on presumptions, and does not create another means of proof in Quebec civil law in the establishment of the causal link. The Court of Appeal correctly interpreted this passage as pertaining to presumptions within the traditional rules of causation. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[57] The teachings of *St-Jean* are clear. Properly applied in civil law, *Snell* results simply in the application of the rules of evidence set out in the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure*, more specifically those relating to presumptions (*Civil Code*, arts. 2846 to 2849). This is consistent with the principle that, in Quebec, the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure* are comprehensive and contain all rules of evidence necessary to decide a case. As this Court explained in *Prud’homme v. Prud’homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, “[i]t is important to recall . . . that the new Code does not simply lay down a body of private law rules, or ‘a law of

Tort Law (10^e éd. 2015), p. 129 : [TRADUCTION] « Il n’y a rien d’inhabituel à propos de [la conclusion dans l’arrêt *Snell*]; une inférence peut être tirée dans l’appréciation des faits autant en matière de causalité que dans d’autres matières. Il ne s’agit donc pas d’une rupture avec l’analyse du “facteur déterminant”, mais d’une illustration de celle-ci, au moyen de la simple logique et du raisonnement, comme dans d’autres contextes. »

[56] Quoi qu’il en soit, j’estime que, s’il subsistait des doutes quant à l’application de l’arrêt *Snell* au contexte du droit civil québécois, ceux-ci ont été dissipés par la décision de la Cour dans *St-Jean*. Comme elle l’explique au par. 116 :

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 » [. . .] 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 causalité. [Je souligne; soulignement dans l’original omis.]

[57] Les enseignements de l’arrêt *St-Jean* sont limpides. Correctement appliqué en droit civil, l’arrêt *Snell* a simplement pour effet l’application des règles de preuve prévues au *Code civil* et au *Code de procédure civile*, plus précisément celles relatives aux présomptions (*Code civil*, art. 2846 à 2849). Cette interprétation respecte le principe selon lequel, au Québec, le *Code civil* et le *Code de procédure civile* sont exhaustifs et renferment toutes les règles de preuve nécessaires au règlement d’un litige. Comme la Cour l’explique dans l’arrêt *Prud’homme c. Prud’homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, « [i]l importe [. . .] de souligner que le nouveau Code

exception'. As stated in its preliminary provision, it is the *jus commune* of Quebec" (para. 28 (emphasis in original)).

[58] While courts must at times interpret or develop the provisions of the *Civil Code* to adapt its principles to novel situations, it is not necessary to do so in this appeal. The discretion afforded to trial judges in drawing presumptions of fact, exercised in accordance with the principles set out in *Snell*, provides us with all the tools necessary to resolve this case. When a Quebec court must decide whether to draw a presumption or an inference in a given case, requiring it to stay within the boundaries of arts. 2846 to 2849 of the *Civil Code*, as those boundaries have been explained in the jurisprudence, ensures the continued stability and predictability of the law.

[59] In Quebec civil law, the adverse inference discussed in *Snell* constitutes nothing more than a presumption of fact, as defined in art. 2849 of the *Civil Code*. Under that provision, "[p]resumptions which are not established by law are left to the discretion of the court which shall take only serious, precise and concordant presumptions into consideration", and "[t]he refusal to make presumptions [of fact] is as much an evidentiary decision as is any other acceptance or non-acceptance of methods of proof": *St-Jean*, at para. 114. As such, a trial judge's decision to draw an adverse inference is a factual decision which will depend solely on the proper application of art. 2849 to the circumstances of the case.

[60] As stated in art. 2849, only *serious, precise* and *concordant* presumptions can be taken into consideration by courts. According to Professor M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations* (new ed. 1885), vol. 7, at p. 216, whose explanation of serious, precise and concordant presumptions was recently quoted by this Court in *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, at para. 71:

n'édicte pas seulement un corps de règles de droit privé ou encore, "un droit d'exception". Il constitue, selon sa disposition préliminaire, le *droit commun* du Québec » (par. 28 (souligné dans l'original)).

[58] Si les tribunaux sont parfois tenus d'interpréter ou d'étendre les dispositions du *Code civil* pour adapter ses principes à des situations inédites, il n'est pas nécessaire de le faire dans ce pourvoi. Le pouvoir discrétionnaire qui permet au juge des faits d'admettre des présomptions de fait, en conformité avec les principes énoncés dans l'arrêt *Snell*, donne à la Cour tous les outils nécessaires pour lui permettre de trancher le litige. Circonscrire aux limites des art. 2846 à 2849 du *Code civil*, comme ces limites sont expliquées dans la jurisprudence, l'action des tribunaux québécois lorsqu'il s'agit de tirer ou non une présomption ou une inférence dans une affaire donnée assure la stabilité et la prévisibilité du droit.

[59] En droit civil québécois, l'inférence défavorable dont il est question dans l'arrêt *Snell* n'est rien de plus que la présomption de fait prévue à l'art. 2849 du *Code civil*. Aux termes de cette disposition, les « présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes ». Suivant l'arrêt *St-Jean*, « [l]e refus de tirer des présomptions [de fait] est autant une décision sur la preuve que tout autre acceptation ou refus de moyens de preuve » (par. 114). Ainsi, la décision du juge des faits de tirer ou non une inférence défavorable repose sur les faits et dépend exclusivement de l'application correcte de l'art. 2849 aux circonstances de l'affaire.

[60] L'article 2849 dispose que seules les présomptions *graves, précises et concordantes* peuvent être prises en considération par les tribunaux. Le professeur M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations* (nouv. éd. 1885), t. 7, p. 216, récemment cité par notre Cour dans l'arrêt *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, par. 71, explique ainsi les présomptions graves, précises et concordantes :

[TRANSLATION] Presumptions are serious when the connection between the known fact and the unknown fact is such that the existence of one establishes the existence of the other in a clear and obvious manner. . . .

Presumptions are precise when the conclusions that flow from the known fact tend to establish the contested unknown fact in a direct and specific manner. If it were also possible to draw different and even contrary results, to infer the existence of various and contradictory facts, the presumptions would not be precise in nature and would give rise only to doubt and uncertainty.

Finally, they are concordant, whether or not they each spring from a common or different source, when they tend[, as a whole and in how they accord with one another,] to establish the fact to be proven. . . . If, on the contrary, they contradict each other . . . and cancel each other out, they are no longer concordant, and create only doubt in the magistrate's mind.

[61] If the criteria giving rise to a presumption are not met, “the plaintiff must actually establish the unknown fact rather than the trier of fact being permitted to draw an inference from the known fact to the unknown fact”: *St-Jean*, at para. 113.

[62] The reasoning in *Snell* complements the application of art. 2849, particularly in the medical malpractice context. I have said that the inference described in *Snell* constitutes a presumption of fact under the *Civil Code*. The principles laid down in *Snell* for drawing inferences as part of the ordinary fact-finding process apply to triers of fact making determinations of causation within the framework of art. 2849. These principles must not be interpreted in a manner that alters the burden of proof or departs from the criteria for establishing presumptions of fact (*St-Jean*, at para. 116), as the majority of the Court of Appeal did in this case.

[63] However, *Snell* does provide guidance on how evidence is to be weighed and evaluated in medical malpractice cases in the civil law context. First, when weighing the evidence, trial judges are entitled to consider the ability of the parties to produce evidence (*Snell*, at p. 330). Second, the distinction between legal and scientific fact-finding

Les présomptions sont graves, lorsque les rapports du fait connu au fait inconnu sont tels que l'existence de l'un établit, par une induction puissante, l'existence de l'autre. . . .

Les présomptions sont précises, lorsque les inductions qui résultent du fait connu tendent à établir directement et particulièrement le fait inconnu et contesté. S'il était également possible d'en tirer les conséquences différentes et même contraires, d'en inférer l'existence de faits divers et contradictoires, les présomptions n'auraient aucun caractère de précision et ne feraient naître que le doute et l'incertitude.

Elles sont enfin concordantes, lorsque, ayant toutes une origine commune ou différente, elles tendent, par leur ensemble et leur accord, à établir le fait qu'il s'agit de prouver. [. . .] Si, au contraire, elles se contredisent [. . .] et se neutralisent, elles ne sont plus concordantes, et le doute seul peut entrer dans l'esprit du magistrat.

[61] Si les critères applicables à la présomption ne sont pas établis, « il incombe au demandeur d'établir effectivement le fait inconnu sans qu'il soit permis au juge des faits de tirer une inférence d'un fait connu à un fait inconnu » (*St-Jean*, par. 113).

[62] Le raisonnement suivi dans l'arrêt *Snell* vient étoffer l'application de l'art. 2849, particulièrement dans le contexte de la faute médicale. Rappelons que l'inférence décrite dans cet arrêt est assimilée à la présomption de fait du *Code civil*. Les principes énoncés dans l'arrêt *Snell* sur les inférences dans le cadre du processus ordinaire d'appréciation des faits s'appliquent lorsqu'il s'agit de décider, dans le cadre de l'art. 2849, si le lien de causalité a été établi. Il ne faut pas interpréter ces principes de sorte à modifier le fardeau de preuve ou à rompre avec les critères en matière de présomptions de fait (*St-Jean*, par. 116), comme l'ont fait les juges majoritaires de la Cour d'appel.

[63] L'arrêt *Snell* donne toutefois des directives sur la manière d'apprécier la preuve dans les affaires de faute médicale dans le contexte du droit civil. Premièrement, le juge qui apprécie la preuve peut prendre en considération la possibilité pour chaque partie d'en produire (*Snell*, p. 330). Deuxièmement, la distinction entre l'appréciation

articulated in *Snell* (at p. 328) and *Laferrière* (at p. 609) is equally important in the context of presumptions under the *Civil Code*. Whether a serious, precise and concordant presumption arises on the facts must be assessed according to a legal, and not a scientific, standard. There may be cases where little affirmative evidence could be sufficient to establish causation on a balance of probabilities. Moreover, medical uncertainty will not in itself defeat a presumption of fact. For example, if the trial judge in this case had rejected the testimony of the defendants' expert, Dr. Ferraro, and accepted that of the plaintiff's experts, Dr. Langleben and Dr. Agulnik, the principles in *Snell* would have made a presumption of fact available despite the speculative character of their opinions and the existence of a competing explanation.

[64] Though the majority of the Court of Appeal was attempting to redress an injustice which it perceived, its decision was inconsistent with these teachings, as it purported to lower the threshold for drawing presumptions of fact. The majority's view leads to the conclusion that, because of the concern in medical malpractice cases regarding a plaintiff's inability to produce scientific or direct evidence of causation by reason of a physician's fault, a trial judge would be required to draw a presumption against a defendant physician even where the presumption could not be said to be serious, precise and concordant. Rather, greatly lowering the threshold, the majority held that a judge is required to draw a presumption where there is "little affirmative evidence" adduced by the plaintiff.

[65] Additionally, though the holding of the majority of the Court of Appeal seems, at first glance, to be applicable only to a small number of medical malpractice cases, if we were to accept its position, there is no principled reason why its reasoning could not extend to many other professional liability cases where a defendant's negligence precludes proof of causation with scientific certainty.

juridique et scientifique des faits énoncée dans les arrêts *Snell* (p. 328) et *Laferrière* (p. 609) importe également dans le cas des présomptions définies au *Code civil*. Il faut décider selon une norme juridique, et non scientifique, si les faits donnent naissance à une présomption grave, précise et concordante. Dans certains cas, très peu d'éléments de preuve affirmative pourraient suffire à établir le lien de causalité selon la prépondérance des possibilités. En outre, l'absence de certitude médicale en soi ne repoussera pas la présomption de fait. À titre d'exemple, si la juge de première instance avait rejeté le témoignage de l'expert des défendeurs, le D^r Ferraro, et retenu ceux des experts de la demanderesse, à savoir les D^{rs} Langleben et Agulnik, il aurait pu lui être loisible, suivant les principes énoncés dans l'arrêt *Snell*, d'admettre la présomption de fait malgré la nature conjecturale de leurs opinions et l'existence d'une autre explication.

[64] Même si la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel tentait de corriger ce qui leur semblait être une injustice, elle ne respectait toutefois pas ces principes, car elle abaissait les critères applicables à la présomption de fait. Si l'on suit leur raisonnement, dans les affaires de responsabilité médicale, la préoccupation relative à l'impossibilité pour le demandeur de présenter une preuve scientifique ou directe du lien de causalité résultant de la faute du médecin oblige le juge des faits à tirer une présomption défavorable au médecin défendeur, même si celle-ci n'est pas grave, précise et concordante. Selon eux, le juge doit tirer une présomption si le demandeur a produit « peu d'éléments de preuve affirmative ». Ils abaissent ainsi considérablement les critères.

[65] En outre, la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel semble a priori ne s'appliquer qu'à un nombre restreint d'affaires de faute médicale. Or, si nous devions l'entériner, aucune raison de principe n'empêcherait son application à nombre d'autres affaires de responsabilité professionnelle lorsque la négligence du défendeur empêche que le lien de causalité soit établi avec une certitude scientifique.

[66] In cases of causal uncertainty, both parties face the difficulty of attempting to establish facts in the absence of complete information. This case raises the issue of how that difficulty ought to be distributed between plaintiffs and defendants in cases involving what Prof. Lara Khoury calls “negligently created causal uncertainty”: *Uncertain Causation in Medical Liability* (2006), at p. 223 (emphasis deleted). That distribution must balance two considerations: ensuring that defendants are held liable for injuries only where there is a substantial connection between the injuries and their fault, on the one hand, and preventing defendants from benefitting from the uncertainty created by their own negligence, on the other. In *Snell*, this Court struck a balance by clarifying that an adverse inference may be available in such circumstances, while leaving the decision on whether to draw that inference to the trial judge as part of the fact-finding process, which is governed by ordinary principles of causation.

[67] The approach taken by the majority of the Court of Appeal disrupts this balance. As Professor Khoury points out:

In cases fraught with scientific uncertainty, rebutting a factual presumption of causation becomes a difficult task for the defendant unless he benefits from some special knowledge unavailable to the plaintiff. When the defendant must cope with the same evidential difficulties as the plaintiff, calling upon the former to demonstrate alternative cause ultimately imposes the consequences of evidential uncertainty on him. The drawing of an automatic presumption from scarce evidence may lead in effect to the same consequences as pure reversal of the burden of proof. [Footnotes omitted; p. 226.]

This is precisely what results from the approach taken by the majority of the Court of Appeal. Despite its insistence that the burden of proof remained with the plaintiff (paras. 145 and 167), its analysis of the evidence indicates otherwise. Once it found that the statistic that 78 percent of fortuitously discovered cancers are at stage I gave rise to an adverse inference, the majority of the Court of Appeal reviewed the remainder of the evidence in terms of whether it

[66] Dans les cas où le lien de causalité n’est pas certain, les deux parties ont la tâche difficile d’établir les faits en l’absence de renseignements complets. Il s’agit en l’espèce de déterminer la répartition de cette difficulté entre elles dans les cas présentant ce que la professeure Lara Khoury appelle une [TRADUCTION] « causalité incertaine résultant de la négligence » (*Uncertain Causation in Medical Liability* (2006), p. 223 (italique omis)). Cette répartition doit concilier deux considérations : d’une part, veiller à ce que les défendeurs ne soient tenus responsables que dans les cas où un lien important unit leur faute au préjudice; d’autre part, empêcher que l’incertitude résultant de leur propre négligence ne profite aux défendeurs. Dans l’arrêt *Snell*, la Cour a établi un juste équilibre en précisant qu’il est possible de tirer une inférence défavorable dans de telles circonstances, mais que cette décision appartient au juge des faits, qui tient compte pour ce faire des principes habituels propres à l’établissement du lien de causalité.

[67] La démarche des juges majoritaires de la Cour d’appel rompt cet équilibre. La professeure Khoury souligne :

[TRADUCTION] Dans les affaires où règne l’incertitude scientifique, il devient difficile pour le défendeur de repousser une présomption de fait quant à l’existence du lien de causalité, à moins qu’il n’ait certaines connaissances spéciales que le demandeur ne possède pas. Lorsque le défendeur et le demandeur sont exposés aux mêmes difficultés en matière de preuve, exiger que le premier démontre une cause subsidiaire lui impose en définitive les conséquences de l’incertitude de la preuve. Qu’une présomption résulte automatiquement d’un dossier de preuve mince pourrait avoir les mêmes conséquences dans les faits que le pur renversement du fardeau de la preuve. [Notes en bas de page omises; p. 226.]

C’est là précisément la résultante de la démarche des juges majoritaires de la Cour d’appel. Même s’ils soutiennent que le fardeau de preuve appartient à la demanderesse (par. 145 et 167), leur analyse de la preuve révèle le contraire. En effet, ayant conclu que la donnée statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I faisait naître une inférence défavorable, les juges majoritaires de la Cour d’appel se sont demandé si

was sufficiently concrete to rebut that statistic: “The real question is . . . whether the respondents brought evidence to demonstrate that he was in the 22% of persons whose cancer was discovered fortuitously at a later stage” (para. 191). The majority of the Court of Appeal found that the defendants had not done so because their expert evidence was speculative. However, as the Court of Appeal recognized, any opinion would have been hypothetical in the absence of a biopsy (para. 162). And yet the statistical evidence that gave rise to the adverse inference insulated the testimony of the plaintiff’s experts from that same criticism.

[68] As Professor Khoury points out, an approach that triggers an adverse inference on the basis of scarce evidence has the same effect as reversing the burden of proof, and should generally be avoided (p. 226). She suggests, however, that cases of negligently created causal uncertainty may be recognized as an exception for which a rebuttable legal inference — in the civil law context, a judicial presumption — is warranted (pp. 227 and 236-37). With respect for the contrary view, I do not agree. Shifting the consequences of causal uncertainty in this manner risks turning defendant professionals into insurers. This is something which the Quebec regime of civil liability does not contemplate. In any event, since it would have the same effect as reversing the burden of proof — as the majority of the Court of Appeal’s approach to the evidence demonstrates — I find that *Snell* and particularly *St-Jean* do not support such a development in the law.

[69] The trial judge did not commit an error of law in applying the rules of evidence. She applied *St-Jean*, pursuant to which presumptions of causation can be drawn only when they are serious, precise and concordant. She did not think that these criteria were met because she chose to believe Dr. Ferraro, the defendants’ expert, over the plaintiff’s experts. She was not required by law to draw a presumption of fact which was for the defendants to rebut simply because (i) it was impossible to

les autres éléments de preuve étaient suffisamment concrets pour réfuter cette donnée statistique : [TRANSDUCTION] « La véritable question est [. . .] de savoir [. . .] si les défendeurs ont présenté des éléments démontrant qu’il appartenait au groupe, représentant 22 p. 100 des cas, de ceux dont le cancer a été découvert fortuitement à un stade avancé » (par. 191). Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont estimé que les défendeurs n’ont pas fait cette démonstration, le témoignage de leur expert étant conjectural. Toutefois, comme la Cour d’appel le reconnaît, toute opinion est hypothétique en l’absence d’une biopsie (par. 162); et pourtant, le témoignage des experts de la demanderesse n’est pas soumis à cette même critique, en raison de la preuve statistique ayant fondé l’inférence défavorable.

[68] Ainsi que le fait remarquer la professeure Khoury, l’inférence défavorable résultant d’une preuve ténue produit le même effet qu’un renversement du fardeau de preuve et devrait généralement être évitée (p. 226). Elle propose toutefois que les tribunaux reconnaissent les cas de causalité incertaine résultant de la négligence à titre d’exception justifiant, en droit, une inférence réfutable — la présomption judiciaire en droit civil (p. 227 et 236-237). Je ne suis pas d’accord. Leur imposer de la sorte les conséquences d’un lien de causalité incertain risque de transformer les professionnels défendeurs en assureurs, ce que le régime de responsabilité civile québécois n’admet pas. Quoi qu’il en soit, comme l’effet serait le même qu’un renversement du fardeau de preuve — à témoin l’appréciation de la preuve par les juges majoritaires de la Cour d’appel — j’estime que l’arrêt *Snell* et l’arrêt *St-Jean* plus particulièrement n’apportent pas pareille évolution du droit.

[69] La juge de première instance n’a commis aucune erreur de droit en appliquant les règles de preuve. Elle a suivi l’arrêt *St-Jean*, selon lequel les présomptions de causalité ne sont admises que si elles sont graves, précises et concordantes. Elle ne croyait pas qu’il avait été satisfait à ces critères, car elle a retenu le témoignage du D^r Ferraro, l’expert des défendeurs, plutôt que ceux des experts de la demanderesse. Elle n’était pas tenue en droit d’admettre une présomption de fait, que les défendeurs

prove causation as a result of the defendants' fault; and (ii) the plaintiff adduced "some affirmative evidence" that the defendants' fault was linked to the loss.

[70] Therefore, in my respectful view, the trial judge committed no error of law in her causation analysis, and the majority of the Court of Appeal should not have intervened on that basis. The trial judge's finding on causation was thus reviewable solely on the stringent standard of palpable and overriding error.

C. *Did the Trial Judge Commit a Palpable and Overriding Error in Her Appreciation of the Facts?*

[71] Fournier J.A. found that, in evaluating the evidence adduced, the trial judge committed a palpable and overriding error, which justified the intervention of the Court of Appeal. The majority of the Court of Appeal was of the view that the trial judge improperly relied on the speculative evidence offered by the defence expert, Dr. Ferraro, at the expense of statistical evidence that, according to the majority, established that Mr. Émond's cancer was likely at stage I in November 2005 (para. 207). My colleague Justice Côté agrees that the adverse inference described in *Snell* is permissive, but finds that the trial judge's failure to draw it in this case amounted to palpable and overriding error (paras. 95 and 105-7). In my respectful opinion, none of these approaches give sufficient deference to the trial judge's weighing of the evidence.

[72] The majority of the Court of Appeal characterized the task facing the trial judge in weighing the evidence as follows: "The choice was between the concrete statistical evidence, on the one hand, and the speculative explanation for the losses offered by the defence" (para. 212). With respect, I cannot agree with this framing of either the expert evidence or the statistical evidence. Each of the experts formed an opinion on the basis of incomplete information,

pouvaient réfuter, simplement parce que (i) leur faute empêchait de prouver le lien de causalité et que (ii) la demanderesse avait produit [TRADUCTION] « certains éléments de preuve affirmative » d'un lien unissant la faute des défendeurs à la perte.

[70] En conséquence, j'estime que la juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit dans son analyse du lien de causalité et que l'intervention des juges majoritaires de la Cour d'appel n'était donc pas justifiée. La conclusion de la juge sur le lien de causalité ne pouvait donc être révisée que selon la norme exigeante de l'erreur manifeste et dominante.

C. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits?*

[71] Le juge Fournier a conclu que la juge de première instance a commis, dans son appréciation de la preuve, une erreur manifeste et dominante qui justifiait l'intervention de la Cour d'appel. Les juges majoritaires de la Cour d'appel étaient d'avis que la juge avait eu tort de se fonder sur la preuve conjecturale produite par l'expert des défendeurs, le Dr Ferraro, au détriment de la preuve statistique qui, selon les juges majoritaires, permettait d'établir que le cancer de M. Émond en était au stade I en novembre 2005 (par. 207). Ma collègue, la juge Côté, reconnaît que l'inférence défavorable décrite dans l'arrêt *Snell* n'est pas obligatoire, mais estime que la décision de la juge de première instance de ne pas la tirer constituait une erreur manifeste et dominante en l'espèce (par. 95 et 105-107). Soit dit en tout respect, aucune de ces démarches ne témoigne de la déférence que commande l'appréciation de la preuve par la juge de première instance.

[72] Les juges majoritaires de la Cour d'appel décrivent ainsi cette tâche [TRADUCTION] : « Elle avait le choix entre les éléments concrets de preuve statistique, d'une part, et, d'autre part, les explications de nature conjecturale données par la défense pour justifier les pertes subies » (par. 212). Je ne puis malheureusement souscrire à cette description de la preuve d'expert ou de la preuve statistique. Les experts ont fondé leurs avis sur des renseignements incomplets

and, as the trial judge recognized, each of these opinions necessarily involved some degree of speculation and estimation (paras. 120, 123, 125 and 147). As this Court recognized in *Snell*, trial judges are empowered to make legal determinations even where medical experts are not able to express an opinion with certainty (p. 330). The trial judge did not commit a palpable and overriding error in relying on the opinion of an expert who acknowledged the inherent uncertainty in his opinion. Indeed, it was her role to make a legal determination of causation in spite of this. To do so, she familiarized herself with the relevant literature. She was aware of the strengths and weaknesses of all of the evidence, including both the expert and the statistical evidence. Upon weighing the whole of the evidence, she was entitled to accept Dr. Ferraro's conclusion.

[73] The reliance on statistical evidence in this case warrants further comment. Two statistics have featured prominently in appellate review of the trial judge's decision: the average survival period of 8 to 12 months for a patient with stage III or IV lung cancer (trial court decision, at para. 143) and the finding that 78 percent of cancers discovered fortuitously are at stage I (*ibid.*, at para. 119). Fournier J.A.'s finding of palpable and overriding error with respect to the progression of Mr. Émond's cancer rested in large part on the question of life expectancy (paras. 92-93). In the view of the majority of the Court of Appeal, the 78 percent statistic provided the "little affirmative evidence" necessary for an adverse inference of causation (para. 143).

[74] In my view, statistical evidence of this sort should be approached with some caution. Statistical generalizations are not determinative in particular cases. An example from legal theory — L. Jonathan Cohen's well-known gatecrasher paradox — illustrates the risk of reliance on pure statistical evidence. In a case where it is established that only 499 of 1,000 rodeo spectators paid for admission,

et, ainsi que l'a reconnu la juge de première instance, leurs avis comportaient nécessairement une certaine part de conjectures et d'hypothèses (par. 120, 123, 125 et 147). Suivant l'arrêt *Snell*, le juge de première instance a le pouvoir de tirer en droit une conclusion même lorsque les experts médicaux ne sont pas en mesure d'exprimer leur avis avec certitude (p. 330). La juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en s'appuyant sur l'avis d'un expert ayant reconnu la part d'incertitude inhérente aux circonstances. Au contraire, elle avait pour rôle de se prononcer en droit sur le lien de causalité malgré cette incertitude. Pour ce faire, elle a pris connaissance à fond du dossier et de toute la documentation pertinente disponible. Elle était au fait des points forts et faibles de tous les éléments, y compris la preuve d'expert et la preuve statistique. Il lui était loisible, après avoir apprécié l'ensemble de la preuve, de retenir la conclusion du Dr Ferraro.

[73] Comme la preuve statistique a joué un rôle en l'espèce, d'autres observations s'imposent. Deux données statistiques reviennent souvent dans l'examen en appel de la décision de la juge de première instance : l'espérance de vie moyenne des patients atteints d'un cancer du poumon de stade III ou IV qui varie de 8 à 12 mois (décision de première instance, par. 143) et la conclusion que 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I (*ibid.*, par. 119). La conclusion du juge Fournier de la Cour d'appel quant à l'erreur manifeste et dominante concernant la progression du cancer de M. Émond repose largement sur la preuve relative à l'espérance de vie (par. 92-93). Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, la donnée statistique de 78 p. 100 fournit le « peu d'éléments de preuve affirmative » qui permet de tirer une inférence de causalité défavorable (par. 143).

[74] À mon avis, ce genre de preuve statistique commande une certaine prudence. Les généralisations statistiques ne permettent pas de trancher des cas précis. Un exemple tiré de la doctrine — le fameux paradoxe de L. Jonathan Cohen — illustre le risque de la preuve purement statistique. Selon lui, dans un cas où il est établi que seulement 499 des 1 000 spectateurs d'un rodéo ont acquitté leur droit

and where there is no evidence available of payment or non-payment, it would be unjust to rely on the 50.1 percent probability that a randomly selected attendee is a gatecrasher in order to hold him or her liable for non-payment: *The Probable and the Provable* (1977), at p. 75. Even if a higher probability is available that is more closely tailored to the generic circumstances of the particular rodeo attendee — for example, by age or gender — there is still a risk of injustice where the person nevertheless falls into the minority for whom the generalization does not hold: Cohen, at p. 78. Such a statistic alone does not establish on a balance of probabilities that any *specific* attendee is a gatecrasher:

Regardless of what rule governs the required quantum or preponderance of proof, naked statistics, which are merely reports of accidental groupings, do not count at all as proof of what actually happened on a particular occasion. To determine what actually happened — including how it happened and who did it — we must match particularistic evidence from the particular occasion against possibly applicable causal generalizations

The problem is not, as some have supposed, that it ordinarily is improper to rely *solely* on naked statistics. Rather, the problem is that naked statistics are not probative at all on the issues of what actually happened, how, and by whom. [Emphasis in original; footnote omitted.]

(R. W. Wright, “Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts” (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001, at pp. 1056-57)

[75] Appellate courts should generally not interfere with a trial judge’s decision not to draw an inference from a general statistic to a particular case. Statistics themselves are silent about whether the particular parties before the court would have conformed to the trend or been an exception from it. Without an evidentiary bridge to the specific circumstances of the plaintiff, statistical evidence is of little assistance. For this reason, such general trends are not determinative

d’entrée et où il est impossible de prouver le paiement, il serait injuste de s’appuyer sur une probabilité de 50,1 p. 100 pour démontrer qu’un spectateur choisi au hasard n’a pas payé son droit d’entrée et, de ce fait, le tenir responsable du non-paiement (*The Probable and the Provable* (1977), p. 75). Même si des données indiquaient une probabilité plus élevée dans les cas correspondant étroitement à la situation du spectateur en question — à titre d’exemple, son âge ou son sexe —, il y aurait tout de même un risque d’injustice si la personne appartenait néanmoins à la minorité à l’égard de laquelle la généralisation ne tient pas (Cohen, p. 78). Cette statistique à elle seule ne permet tout simplement pas d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’un spectateur *donné* n’ait pas payé son droit d’entrée :

[TRADUCTION] Quelle que soit la règle qui régit la norme ou la prépondérance de preuve, les données statistiques pures, qui constituent simplement des regroupements aléatoires, n’établissent aucunement ce qui s’est réellement produit dans une situation précise. Pour déterminer ce qui s’est réellement produit — notamment, le comment et le qui — il faut rapprocher les éléments propres à la situation et les généralisations de causalité qui peuvent s’appliquer . . .

Ce qui pose problème, c’est non pas, comme certains l’ont laissé entendre, qu’il est normalement inopportun de s’appuyer *uniquement* sur des données statistiques pures, mais plutôt que ces données n’ont aucune valeur probante pour déterminer effectivement le quoi, le comment et le qui. [En italique dans l’original; note en bas de page omise.]

(R. W. Wright, « Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof : Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts » (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001, p. 1056-1057)

[75] La cour d’appel ne devrait généralement pas modifier la décision du juge de première instance de ne pas tirer d’inférence en appliquant une statistique générale à un cas en particulier. Les statistiques en soi ne disent pas si les parties au litige se seraient conformées à la tendance ou si elles auraient fait partie des cas d’exception. En l’absence de preuve établissant un lien avec les circonstances particulières du plaignant, la preuve statistique est peu utile.

in particular cases: *Laferrière*, at p. 609. What inferences follow from such evidence — whether the generalization that a statistic represents is instantiated in the particular case (Wright, at p. 1057) — is a matter for the trier of fact. This determination must be made with reference to the whole of the evidence.

[76] Statistics are derived from observations of a large number of cases. The relationships they reveal between conditions and outcomes are a function of repetition on a large scale: D. Jutras, “Expertise scientifique et causalité”, in *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, 897, at pp. 908-9. This is another instance in which we must recognize that scientific and legal fact-finding are distinct processes: *Laferrière*, at p. 606. Legal fact-finding must be concerned with what actually happened between the parties before the court, and not with what happens in most cases, most of the time. As Gonthier J. held in *Laferrière*:

As far as possible, the court must consider the question of responsibility with the particular facts of the case in mind, as they relate concretely to the fault, causation and actual damage alleged in the case. While probabilities are unquestionably a part of the assessment of these elements in the finding of responsibility, I am very reluctant to remove the analysis from the concrete to the probabilistic plane. [p. 606]

[77] Of course, courts may take statistics into account when determining causation: *Laferrière*, at p. 607. Indeed, causation in this case turned on the stage of Mr. Émond’s cancer in November 2005 precisely because the trial judge relied on statistical cure rates to determine the point at which his chances of survival would have dropped below 50 percent, as she was entitled to do (paras. 113-15 and 154-56). The probative value of statistics will vary according to several factors, such as their methodology, how clearly they reveal a trend, and the resemblance between their underlying conditions and the position of the plaintiff: Jutras, at p. 909.

Les tendances générales de ce genre ne sont donc pas déterminantes dans des cas précis (*Laferrière*, p. 609). La décision de tirer ou non une inférence à partir de tels éléments de preuve — à savoir si la généralisation statistique est pertinente en l’espèce (Wright, p. 1057) — appartient au juge des faits, qui tranche au vu de toute la preuve.

[76] Les statistiques sont issues de l’observation d’un grand nombre de cas. Les liens qu’elles révèlent entre les conditions et les résultats sont fonction de la répétition d’événements sur une grande échelle (D. Jutras, « Expertise scientifique et causalité », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, 897, p. 908-909). La présente affaire nous rappelle la distinction entre l’appréciation scientifique et l’appréciation en droit (*Laferrière*, p. 606). L’appréciation des faits en droit s’attache à ce qui s’est réellement produit entre les parties en litige, et non à ce qui se produit dans la plupart des cas, la plupart du temps. Le juge Gonthier dans l’arrêt *Laferrière* tient les propos suivants :

Dans la mesure du possible, le tribunal doit examiner la question de la responsabilité en ayant à l’esprit les faits particuliers de l’espèce selon qu’ils se rattachent de façon concrète à la faute, à la causalité et au préjudice réel qui sont allégués dans l’espèce. Bien que les probabilités fassent incontestablement partie de l’évaluation de ces éléments pour décider de la responsabilité, j’hésite beaucoup à transporter l’analyse du plan concret à celui d’un calcul de probabilités. [p. 606]

[77] Certes, les tribunaux peuvent tenir compte des statistiques dans l’analyse relative au lien de causalité (*Laferrière*, p. 607). En l’espèce, l’existence du lien de causalité dépendait du stade du cancer en novembre 2005, précisément parce que la juge de première instance avait à bon droit déterminé, sur le fondement des données statistiques de curabilité, le moment où M. Émond aurait moins d’une chance sur deux de survivre (par. 113-115 et 154-156). La valeur probante des statistiques dépend de plusieurs facteurs, telles la méthodologie utilisée, la clarté de la tendance qui s’en dégage et la ressemblance entre les conditions sous-jacentes et la situation du plaignant (Jutras, p. 909).

[78] Drawing an inference from a general statistic in a particular case is an inherent, and often implicit, part of the fact-finding process. A statistic alone reveals nothing about a particular case. It must be interpreted in light of the whole of the evidence. This interpretation is the role of the trial judge, and it is entitled to considerable deference on appeal. Respectfully, the Court of Appeal in this case failed to show such deference.

[79] The trial judge in this case acknowledged the statistic that 78 percent of fortuitously discovered cancers are at stage I. She recognized that Mr. Émond's cancer was fortuitously discovered (para. 119). In considering the evidence as a whole, she declined to infer from those facts that Mr. Émond's cancer was probably at stage I, as she was entitled to do. By contrast, the majority of the Court of Appeal simply treated the statistic as evidence in itself of a 78 percent probability that *Mr. Émond's* cancer was at stage I (paras. 204, 207-8 and 211-12) simply because it was fortuitously discovered. In doing so, the majority usurped the role of the trial judge.

[80] It was for the trial judge to decide what weight, if any, to give to that statistic in Mr. Émond's case. She had a reasonable basis for giving it very little. As originally put to Dr. Ferraro, the defence expert, during cross-examination, the statistic related to cancers fortuitously discovered by CT screening, a more precise diagnostic tool. CT screening would be logically expected to reveal a higher proportion of early stage cancers than fortuitous discovery resulting from a mass initially identified on an X-ray, which is why it was the recommended follow-up to Mr. Émond's November 2005 X-ray in the first place. Moreover, Mr. Émond remained asymptomatic throughout his progression to stage IV cancer: trial court decision, at para. 130. Mr. Émond could easily have had his cancer discovered fortuitously at any stage in its progression. As a result, it was open to the trial judge to find that the general correlation between fortuitous discovery and early stage cancer was a poor basis from which to draw an inference in

[78] Tirer une inférence dans un cas précis à partir d'une statistique générale constitue une partie inhérente, et souvent implicite, de l'appréciation des faits. Une statistique à elle seule ne révèle rien à propos d'un cas précis. Elle doit être interprétée à la lumière de l'ensemble de la preuve. Cette interprétation appartient au juge des faits, et un tel exercice commande un degré élevé de déférence en appel. La Cour d'appel n'a malheureusement pas fait preuve d'une telle déférence.

[79] La juge de première instance a tenu compte de la statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I. Elle a admis que le cancer de M. Émond avait été découvert fortuitement (par. 119). Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, elle a refusé de tirer l'inférence que le cancer de M. Émond en était probablement au stade I comme il lui était loisible de le faire. En revanche, les juges majoritaires de la Cour d'appel accordent à cette statistique la preuve de la probabilité, de l'ordre de 78 p. 100, que le cancer *de M. Émond* en soit au stade I (par. 204, 207-208 et 211-212) du seul fait qu'il avait été découvert fortuitement. Les juges majoritaires ont ainsi usurpé le rôle de la juge de première instance.

[80] Il appartenait à la juge de première instance de décider quel poids, s'il y en avait, à accorder à cette statistique dans la situation de M. Émond. Sa décision de lui accorder très peu de poids reposait sur un fondement raisonnable. Comme on l'avait fait remarquer initialement au D^r Ferraro, l'expert de la défense, durant son contre-interrogatoire, la statistique portait sur les cancers découverts fortuitement au moyen d'un tomodensitogramme, un outil diagnostique plus précis. On s'attendrait logiquement à ce qu'un tomodensitogramme décèle une proportion plus élevée de cancers à un stade précoce que la découverte fortuite d'une masse décelée sur une radiographie. C'est pourquoi ce suivi avait initialement été recommandé à la suite de la radiographie prise en novembre 2005. En outre, M. Émond ne présentait pas de symptômes au cours de l'évolution de son cancer jusqu'au stade IV (décision de première instance, par. 130). Le cancer de M. Émond aurait donc très bien pu être découvert

this case. She committed no palpable and overriding error in disregarding it.

[81] The same principle of deference applies to the trial judge's consideration of the average life expectancy of patients diagnosed with stage III or IV lung cancer. According to the plaintiff's expert, Dr. Langleben, a patient diagnosed with stage III lung cancer generally survives 12 months without treatment, and a patient diagnosed with stage IV lung cancer generally survives 8 months without treatment: trial court decision, at para. 143. In this case, from the time he had stage III cancer, Mr. Émond survived 14 months without treatment (from November 2005 to January 2007), and an additional 17 months with treatment (from February 2007 to June 2008). In Fournier J.A.'s view, these figures ought to have precluded a finding that Mr. Émond's cancer was already at an advanced stage at the time the defendants negligently failed to diagnose it (paras. 92-93). As with the 78 percent statistic, the experts' views of the average survival periods for patients with advanced stage lung cancer were available to the trial judge as a basis for inferring that Mr. Émond's cancer could not have been at an advanced stage in November 2005. But they were not determinative. It was open to her to find that Mr. Émond's survival for longer than average between November 2005 and June 2008 was a departure from statistics that could be explained by his overall good health (para. 144).

[82] I will now turn to the facts on which the trial judge did expressly rely. She carefully considered the evidence before her. Faced with competing expert testimony, she chose to believe Dr. Ferraro, the defendants' expert. Dr. Ferraro's opinion, according to the trial judge, was based on three elements. One of these elements was that a great majority of patients suffering from lung cancer are diagnosed at an advanced stage: trial court decision, at para. 134.

fortuitement à n'importe quel stade. C'est pourquoi il était loisible à la juge de première instance de décider que la corrélation générale entre la découverte fortuite et le stade précoce du cancer n'était pas l'inférence. Elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en l'écartant.

[81] Le même principe de déférence s'applique à l'appréciation par la juge de première instance de l'espérance de vie moyenne du patient ayant reçu un diagnostic de cancer pulmonaire de stade III ou IV. Selon l'expert de la demanderesse, le D^r Langleben, le patient qui reçoit un diagnostic de cancer pulmonaire de stade III survit généralement 12 mois sans traitement et en général 8 mois sans traitement si le cancer en est au stade IV (décision de première instance, par. 143). En l'espèce, à partir du moment où son cancer a atteint le stade III, M. Émond a vécu 14 mois sans traitement (de novembre 2005 à janvier 2007), et encore 17 mois avec traitements (de février 2007 à juin 2008). D'après le juge Fournier de la Cour d'appel, ces résultats ne pouvaient permettre de conclure que le cancer en était déjà à un stade avancé au moment où les défendeurs ont négligé de le déceler (par. 92-93). Les avis des experts sur la période de survie moyenne des patients atteints d'un cancer pulmonaire de stade avancé, tout comme la statistique de 78 p. 100, auraient pu étayer une inférence par la juge de première instance suivant laquelle il n'était pas possible que le cancer de M. Émond en soit à un stade avancé en novembre 2005. Ces avis n'étaient toutefois pas déterminants. Il était loisible à la juge de conclure que la période de survie de M. Émond supérieure à la moyenne, de novembre 2005 à juin 2008, défiait les statistiques et pouvait s'expliquer par son bon état de santé général (par. 144).

[82] Je vais maintenant m'attarder aux faits ayant expressément fondé la décision de la juge de première instance. Elle a soigneusement examiné la preuve qui lui a été présentée. Les témoignages d'experts étant contradictoires, elle a ajouté foi à celui du D^r Ferraro, l'expert des défendeurs. Selon elle, l'opinion du D^r Ferraro se fondait sur trois éléments, dont celui-ci : la grande majorité des patients atteints d'un cancer du poumon reçoivent un

This statistic is subject to the same caution I have explained. Indeed, because it does not refer to patients whose cancer is discovered fortuitously, it is even less applicable in Mr. Émond's case, as the trial judge recognized (para. 119). In reaching her conclusion on causation, the trial judge did not return to this figure.

[83] The trial judge relied on two additional elements of Dr. Ferraro's opinion. She accepted his view that, when the November 2005 chest X-ray was examined in conjunction with the December 2006 CT scan and the January 2007 PET scan, there was a [TRANSLATION] "prominence" of the hilum and the mediastinum. This supported a finding that Mr. Émond's cancer was at stage III in November 2005, as at stage III the cancer has generally spread to the ganglions of the mediastinum: trial court decision, at para. 108. In accepting this reading, the trial judge noted that Dr. Ferraro, a thoracic surgeon who regularly relied on X-rays and scans to conduct his surgeries, could give a reliable reading of the November 2005 X-ray (para. 150).

[84] In concluding that Mr. Émond's cancer had at least reached stage III by the time of the November 2005 X-ray, Dr. Ferraro's expert report refers only to a hilar prominence. During most of Dr. Ferraro's testimony, he also did not refer to the presence of a mass in the mediastinum. This may appear troublesome, as, according to the trial judge, the presence of a mass in the hilar region (with no presence in the mediastinum) is consistent only with a finding of stage II cancer, and does not indicate stage III cancer. Dr. Ferraro was aware of this difference. However, in re-examination, he stated that, on the November 2005 X-ray, there was a [TRANSLATION] "mass at the level of the hilum and the mediastinum", which is consistent with a finding of stage III cancer. My colleague Justice Côté concludes that this was a mistake on Dr. Ferraro's

diagnostic à un stade avancé de la maladie (décision de première instance, par. 134). Il faut considérer avec prudence pareil énoncé, comme je l'expliquais précédemment. En fait, étant donné qu'il ne mentionne pas les patients dont le cancer a été découvert par hasard, il s'applique encore moins à la situation de M. Émond, comme l'a reconnu la juge de première instance (par. 119). Dans sa conclusion sur le lien de causalité, elle ne revient pas sur cet énoncé.

[83] La juge de première instance a fondé sa décision sur deux autres éléments de l'opinion du Dr Ferraro. Elle a retenu l'affirmation de ce dernier selon qui, en comparant la radiographie pulmonaire de novembre 2005 avec le tomodensitogramme de décembre 2006 et la tomographie par émissions de positrons de janvier 2007, on constate la présence d'une « proéminence » (masse) dans les régions hilaires et médiastinales. Cette affirmation étaye la conclusion selon laquelle le cancer de M. Émond avait atteint le stade III en novembre 2005, puisqu'à ce stade, il s'est généralement propagé aux ganglions du médiastin (décision de première instance, par. 108). En acceptant cette affirmation, la juge de première instance a souligné que le Dr Ferraro, un chirurgien thoracique dont le travail dépend de radiographies et de tomographies, était à même de faire une lecture fiable de la radiographie de novembre 2005 (par. 150).

[84] Le rapport d'expert du Dr Ferraro, en concluant que le cancer de M. Émond en était au moins au stade III en novembre 2005, au moment de la radiographie, ne mentionne que la proéminence dans la région hilare. De plus, dans l'essentiel de son témoignage, il est muet sur la présence d'une masse dans le médiastin. Cela peut sembler problématique, puisque selon la juge, la présence d'une masse dans la région hilare (mais non dans le médiastin) permet de conclure que le cancer en est au stade II, et non au stade III. Le Dr Ferraro était au fait de cette différence. Or, il a déclaré en réinterrogatoire avoir observé sur la radiographie de novembre 2005 une « masse au niveau du hile et du médiastin », ce qui correspond à un cancer de stade III. Selon ma collègue la juge Côté, il s'agit d'une erreur de la part du Dr Ferraro (par. 122) et d'une erreur manifeste

part (para. 122) and that the trial judge's reliance on it gave rise to a palpable and overriding error. With respect for the contrary view, the trial judge's reliance on Dr. Ferraro's re-examination testimony on this point is not the sort of error that meets the high threshold for appellate intervention. Appellate courts must be cognizant of the risk of "tunnel vision" in reviewing medical evidence at trial for palpable and overriding error. In this case, the trial judge would have weighed Dr. Ferraro's reference to the mediastinum against all of the evidence, including her assessment of the strengths and weaknesses of each expert's testimony and the reliability of Dr. Ferraro's retrospective reading of the November 2005 X-ray. Respectfully, the fact that she did not specifically address this inconsistency when she concluded that the cancer had likely spread to the mediastinum by November 2005 does not amount to a palpable and overriding error in her evaluation of the evidence.

[85] Finally, the trial judge highlighted Dr. Ferraro's opinion that the cancer could not have progressed from stage I to stage IV between November 2005 and December 2006, as lung cancer generally progresses slowly and can take up to three years to reach stage IV (para. 134). She cited medical literature confirming that lung cancer develops particularly slowly among non-smokers like Mr. Émond. My colleague Justice Côté observes that studies revealing a slower progression among non-smokers do not necessarily indicate that the progression is slow (para. 116). However, the trial judge would not have understood these studies in isolation. She was entitled to find that being a non-smoker could place Mr. Émond at the upper end of the three-year range she identified from Dr. Ferraro's testimony. She also observed that the opacity in Mr. Émond's lung did not increase in size between November 2005 and January 2006 and grew only 0.5 to 1 cm by December 2006 (paras. 138-39). These observations are consistent with her conclusion that the slow progression of Mr. Émond's lung cancer meant that it would already have been beyond a curable stage in November 2005. It was open to the trial judge to exercise her discretion to make this finding on the basis of the evidence before her. To find otherwise requires reweighing the evidence in a manner that,

et dominante de la juge de première instance qui a donné foi à ce témoignage. Malgré tout le respect pour l'opinion contraire, je suis d'avis que ce n'est pas là le genre d'erreur qui satisfait au seuil élevé qui justifie l'intervention en appel. Les tribunaux d'appel doivent se garder d'adopter une « vision étroite » lorsqu'ils examinent la preuve médicale présentée en première instance pour établir s'il y a eu erreur manifeste et dominante. En l'espèce, la juge de première instance a évalué la mention du médiastin au regard de l'ensemble de la preuve et notamment des forces et des faiblesses du témoignage de chaque expert et de la fiabilité de la lecture rétrospective de la radiographie de novembre 2005 faite par le D^r Ferraro. Toutefois, le fait pour la juge de n'avoir pas mentionné spécifiquement cette incohérence lorsqu'elle a conclu que le cancer s'était vraisemblablement propagé au médiastin en novembre 2005 ne constitue pas une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve.

[85] Enfin, la juge de première instance a souligné l'avis du D^r Ferraro selon qui le cancer n'aurait pu progresser du stade I au stade IV entre novembre 2005 et décembre 2006, puisque ce type de cancer évolue généralement lentement et peut prendre jusqu'à trois ans avant d'atteindre le stade IV (par. 134). Elle a cité des publications médicales confirmant que le cancer pulmonaire évolue particulièrement lentement chez les non-fumeurs comme M. Émond. Ma collègue, la juge Côté, fait observer que les études qui font état d'une évolution moins rapide du cancer chez les non-fumeurs ne signifient pas nécessairement que cette évolution est lente (par. 116). Or, la juge de première instance n'a pas interprété ces études en vase clos. Il lui était loisible de conclure que le fait pour M. Émond d'être un non-fumeur le plaçait à l'extrémité supérieure de la fourchette de trois ans qu'elle avait relevée dans le témoignage du D^r Ferraro. Elle a également fait remarquer que l'opacité constatée sur le poumon de M. Émond n'avait pas grossi entre novembre 2005 et janvier 2006, et qu'elle n'avait augmenté que de 0,5 à 1 cm en décembre 2006 (par. 138-139). Ces observations étayaient sa conclusion selon laquelle l'évolution lente du cancer de M. Émond faisait en sorte qu'il était déjà trop avancé pour être curable en novembre 2005. La juge de première instance pouvait,

in my respectful opinion, goes beyond the standard of palpable and overriding error.

[86] It could be said that it would have been open to the trial judge to find in favour of the plaintiff, particularly if individual components of the evidence had been examined in isolation. However, the trial judge carefully weighed the evidence as a whole, including both the statistical evidence and the evidence specific to Mr. Émond. Against that backdrop, she considered and evaluated three expert opinions, all of which necessarily involved some speculation. Her causation analysis was based on all of this evidence. She made no palpable and overriding error in finding that the plaintiff had failed to establish causation on a balance of probabilities, and deference to her conclusion is in order.

V. Disposition

[87] I would allow the appeal with costs throughout.

The reasons of Abella, Côté and Brown JJ. were delivered by

[88] CÔTÉ J. (dissenting) — In this matter, we must decide whether the Quebec Court of Appeal erred in reversing the trial judge’s finding that the appellants’ faulty conduct had not, on a balance of probabilities, caused the death of the late Marc Émond.

I. Whether the Majority of the Quebec Court of Appeal Applied the Correct Standard of Review

[89] Kasirer and Bélanger JJ.A., writing for the majority of the Court of Appeal, held that the trial judge’s failure to draw a negative inference against

en vertu de son pouvoir discrétionnaire, tirer cette conclusion au vu de la preuve dont elle disposait. Pour arriver à une autre conclusion, il faudrait réévaluer la preuve d’une manière qui, à mon humble avis, ne respecte pas la norme de l’erreur manifeste et dominante.

[86] Il est possible d’affirmer, particulièrement si chaque élément de preuve avait été examiné isolément, que la juge de première instance aurait pu donner gain de cause à la demanderesse. Cependant, elle a soigneusement évalué la preuve dans son ensemble, notamment les statistiques et les éléments propres au cas de M. Émond. Dans ce contexte, elle a entendu et évalué les avis de trois experts, chacun comportant nécessairement une certaine part de conjectures. Son analyse du lien de causalité était fondée sur l’ensemble de cette preuve. Elle n’a commis aucune erreur manifeste et dominante en concluant que la demanderesse n’avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, l’existence d’un lien de causalité, et sa conclusion commande la déférence.

V. Dispositif

[87] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Abella, Côté et Brown rendus par

[88] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Dans la présente affaire, nous devons décider si la Cour d’appel du Québec a infirmé à tort la conclusion de la juge de première instance, suivant laquelle la faute commise par les appelants, selon prépondérance des probabilités, n’a pas causé le décès de Marc Émond.

I. Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont-ils appliqué la bonne norme de contrôle?

[89] Les juges Kasirer et Bélanger, pour la majorité, ont conclu que la décision de la juge de première instance de ne pas tirer d’inférence défavorable aux

the defendants in this case constituted an error of law and was reviewable as such: 2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190.

[90] It is trite law to say that factual findings made by a trial judge should not be interfered with by an appellate court absent a palpable and overriding error in the trial judge's understanding of the evidence: *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, at para. 36; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10-18.

[91] This is also true for factual inferences drawn by trial judges: *Housen*, at paras. 19-25. Indeed, where there is no palpable and overriding error regarding the facts underlying an inference, it is open to an appellate court to interfere with factual inferences made by a trial judge only where *the inference-drawing process itself* constitutes a palpable and overriding error: *Housen*, at paras. 22-23. It is useful to recall this Court's discussion of the standard of review applicable to factual findings in *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at paras. 52-55:

Fact finding in the litigation context involves a series of cerebral operations, some simple, others complex, some sequential, others simultaneous. The entire process is generally reserved in Canada to courts of first instance. In the absence of a clear statutory mandate to the contrary, appellate courts do not “rehear” or “retry” cases. They review for error.

The standard of review for error has been variously described. In recent years, the phrase “palpable and overriding error” resonates throughout the cases. Its application to all findings of fact — findings as to “what happened” — has been universally recognized; its applicability has not been made to depend on whether the trial judge's disputed determination relates to credibility, to “primary” facts, to “inferred” facts or to global assessments of the evidence.

Nor has the standard been said to vary according to whether we are concerned with what Hohfeld long ago described as “evidential” or “constitutive” facts (see W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied*

défendeurs en l'espèce constituait une erreur de droit justifiant l'intervention de la cour (2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190).

[90] Il est bien établi qu'une cour d'appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du juge de première instance, sauf en cas d'erreur manifeste et dominante dans l'interprétation de la preuve (*St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 36; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10-18).

[91] Ce principe vaut également pour les inférences de fait tirées par un juge de première instance (*Housen*, par. 19-25). En effet, en l'absence d'erreur manifeste et dominante quant aux faits sur lesquels repose l'inférence, ce n'est que lorsque *le processus inférentiel lui-même* est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier l'inférence factuelle (*Housen*, par. 22-23). Il est utile de rappeler l'analyse de la norme de contrôle applicable aux conclusions factuelles, faite par la Cour dans l'arrêt *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 52-55 :

L'appréciation des faits dans le contexte d'un litige suppose une série d'opérations mentales qui peuvent être simples ou complexes, successives ou simultanées. Au Canada, elle est généralement du seul ressort des tribunaux de première instance. À moins que le législateur ne lui confère clairement le pouvoir de le faire, une cour d'appel ne « réentend » pas une affaire ni ne « l'instruit à nouveau ». Elle vérifie si la décision est exempte d'erreur.

Le contrôle d'erreur a été décrit de différentes façons. Ces dernières années, l'expression « erreur manifeste et dominante » trouve un écho dans toute la jurisprudence. L'application de cette norme à toutes les conclusions de fait — celles portant sur « ce qui s'est passé » — est universellement reconnue; elle n'est pas subordonnée à ce que la décision contestée du juge de première instance touche à la crédibilité, à des faits prouvés directement, à des faits « inférés » ou à l'appréciation globale de la preuve.

Nul n'a prétendu non plus que la norme variait selon que l'on se trouve ou non en présence de faits que Hohfeld a qualifiés, il y a longtemps, de « probatoires » ou de « constitutifs » (voir W. N. Hohfeld, *Fundamental*

in Judicial Reasoning and Other Legal Essays (1923), at p. 32). Nor, put differently, has the standard been said to vary according to whether our concern is with direct proof of a fact in issue, or indirect proof of facts from which a fact in issue has been inferred.

“Palpable and overriding error” is at once an elegant and expressive description of the entrenched and generally applicable standard of appellate review of the findings of fact at trial. But it should not be thought to displace alternative formulations of the governing standard. In *Housen*, for example, the majority (at para. 22) and the minority (at para. 103) agreed that inferences of fact at trial may be set aside on appeal if they are “clearly wrong”. Both expressions encapsulate the same principle: an appellate court will not interfere with the trial judge’s findings of fact unless it can plainly identify the imputed error, and that error is shown to have affected the result. [Emphasis added.]

[92] Causation, without a doubt, is a question of fact (*St-Jean*, at paras. 98 and 103-5):

Causation here is a question of fact. . . .

. . . .

The confusion on this issue perhaps stems from an inability to distinguish between cause in the pure physical sense and cause as it is cognizable in law. The latter is a question of law only insofar as we are looking at facts through the lens of the law. However, the inconsequentiality of this observation is made obvious by the truth that everything in judicial decision making is looked at through the lens of the law. This does not make everything a question of law. For example, even questions of pure fact like whether a person was present in a certain place, or whether a person committed a certain act are determined according to the probability of that being so (or according to certainty beyond a reasonable doubt in the criminal domain). This use of the legal rule of evidence of proof on a balance of probabilities to ascertain facts does not transform the question of fact into one of law.

In the determination of fault one applies norms of behaviour required by law to a set of facts. This obviously makes the question one of mixed law and fact. In contrast, in the determination of causation one is inquiring

Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays (1923), p. 32). L’on n’a pas dit non plus, en d’autres termes, que la norme variait selon que l’on avait affaire ou non à la preuve directe d’un fait en litige ou à la preuve indirecte de faits à partir desquels un fait en litige a été inféré.

L’expression « manifeste et dominante » décrit de manière à la fois élégante et colorée la norme bien établie et généralement applicable en appel à l’égard d’une conclusion de fait tirée lors du procès. Elle ne supplante cependant pas les autres formulations de la norme applicable. Par exemple, dans l’arrêt *Housen*, les juges majoritaires (au par. 22) et les juges minoritaires (au par. 103) ont convenu que les inférences de fait « manifestement erronée[s] » tirées au procès pouvaient être annulées en appel. Les deux expressions consacrent le même principe : une cour d’appel modifiera les conclusions de fait du juge de première instance seulement si elle peut relever clairement l’erreur alléguée et s’il est établi que cette erreur a joué dans la décision. [Je souligne.]

[92] La causalité est indubitablement une question de fait (*St-Jean*, par. 98 et 103-105) :

La causalité en l’espèce est une question de fait. . .

. . . .

La confusion qui entoure cette question découle peut-être d’une difficulté à distinguer la causalité au sens purement physique et la causalité susceptible d’être reconnue en droit. Cette dernière est une question de droit seulement dans la mesure où les faits sont examinés selon leur portée juridique. Cependant, la banalité de cette observation est évidente car, dans les instances judiciaires, tout est examiné selon la portée juridique. Cela ne veut pas dire pour autant que tout est une question de droit. Par exemple, même des questions purement factuelles, comme celles de savoir si une personne était présente à un certain endroit ou celles de savoir si une personne a commis un acte donné, sont tranchées suivant les probabilités (ou suivant une certitude hors de tout doute raisonnable en matière pénale). L’utilisation de la règle juridique de la prépondérance des probabilités dans l’appréciation des faits ne transforme pas la question de fait en une question de droit.

L’attribution d’une faute comporte l’application à un ensemble de faits des normes de comportement prescrites par des règles de droit. Cela en fait évidemment une question mixte de droit et de fait. Par contre, dans

into whether something happened between the fault and the damage suffered so as to link the two. That link must be legally significant in an evidentiary sense, but it is rendered no less a question of fact.

The difficulty on this point may also arise from the fact that the analysis of causation sometimes depends on presumptions that can be drawn. However, as indicated by the legislator in the *Civil Code of Québec* in making “Presumptions” a chapter in the title on proof, and as L’Heureux-Dubé J. discussed in *Quebec (Public Curator)*, *supra*, at para. 47, these too are means of proof and so are properly within the realm of fact. [Emphasis deleted.]

[93] It should also be remembered that refusal to draw an inference or to apply a presumption under the *Civil Code of Québec* “is as much an evidentiary decision as is any other acceptance or non-acceptance of methods of proof”: *St-Jean*, at para. 114.

[94] As a result, I agree with my colleague, Justice Wagner, that the majority of the Court of Appeal erred in finding that the trial judge’s decision not to draw a negative inference or to apply a factual presumption under the *Civil Code* was a question of law and therefore reviewable on a correctness standard.

[95] Nonetheless, to say that the standard of review is a stringent one does not mean that it can never be satisfied. Here, in my opinion, Justice Fournier of the Court of Appeal showed the required level of deference and rightly concluded that the court’s intervention was justified. Moreover, regardless of the fact that the majority of the Court of Appeal erred in characterizing the trial judge’s failure to draw an adverse inference as an error of law, in my opinion, that failure by the trial judge in the present case constitutes a palpable and overriding error. The majority’s mischaracterization of the type of error is therefore of no consequence to the outcome of the case at bar.

la détermination de la causalité, on examine si quelque chose s’est produit entre la faute et le préjudice subi qui puisse établir un lien entre les deux. Ce lien doit être juridiquement important au niveau de la preuve, mais il ne s’agit pas moins d’une question de fait.

La difficulté à cet égard peut aussi découler du fait que l’analyse de la causalité se fonde parfois sur des présomptions. Cependant, comme le législateur l’indique dans le *Code civil du Québec* en leur réservant un chapitre intitulé « De la présomption » dans le titre consacré à la preuve, et comme le fait ressortir le juge L’Heureux-Dubé dans *Québec (Curateur public)*, précité, par. 47, les présomptions sont des moyens de preuve parmi d’autres et relèvent à bon droit du domaine des faits. [Soulignement dans l’original omis.]

[93] Il convient également de rappeler que le refus de tirer une inférence ou d’appliquer une présomption de fait prévue au *Code civil du Québec* « est autant une décision sur la preuve que tout autre acceptation ou refus de moyens de preuve » (*St-Jean*, par. 114).

[94] Sur ce point, je suis d’accord avec mon collègue, le juge Wagner, pour dire que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu à tort que la décision de la juge de première instance de ne pas tirer d’inférence défavorable ou de ne pas appliquer la présomption de fait prévue au *Code civil* était une question de droit et donc assujettie à la norme de la décision correcte.

[95] Quoi qu’il en soit, qualifier de stricte une norme de contrôle ne signifie pas qu’il est impossible d’y satisfaire. En l’espèce, à mon avis, le juge Fournier de la Cour d’appel a démontré la déférence qui s’imposait et a conclu à bon droit que l’intervention de la cour était justifiée. Par ailleurs, même si les juges majoritaires de la Cour d’appel ont eu tort d’assimiler à une erreur de droit la décision de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable, j’estime que cette dernière décision constitue en l’espèce une erreur manifeste et dominante. La caractérisation de la nature de l’erreur par les juges majoritaires n’a donc pas de conséquence sur l’issue de l’affaire.

[96] But before I turn to the issue of whether the trial judge committed a palpable and overriding error in her understanding of the evidence or in the inference-drawing process itself, it is important to clarify that, in my view, and contrary to my colleague’s opinion, the majority of the Quebec Court of Appeal did not misstate the rule described by this Court in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, and in *St-Jean*. Rather, its reasoning constitutes an example of the inference-drawing process described in those cases.

II. Whether the Quebec Court of Appeal Misstated the Law of Adverse Inference and Presumptions in Causation

[97] According to my colleague’s opinion, the majority of the Quebec Court of Appeal created a new rule according to which a trier of fact “must” draw an adverse inference of causation against a defendant when the defendant’s negligence has undermined the plaintiff’s ability to prove causation, and when the plaintiff has adduced “some” or “very little affirmative evidence” of causation (paras. 27 and 41). In my view, this is a mischaracterization of what the Court of Appeal really held.

[98] In fact, relying on *Snell* and *St-Jean*, the Court of Appeal held that “[w]here a physician, by reason of his or her fault, undermines the plaintiff’s ability to prove causation, courts have rightly held that the rules of proof that place the full onus on the plaintiff should be relaxed” (para. 165) and that this is not achieved “by shifting the ultimate burden of proving causation from the plaintiff but, instead, by recognizing that an unfavourable inference may be drawn against the defendant physician where some affirmative evidence of causation is adduced by the plaintiff” (para. 166 (emphasis added)). The Court of Appeal used such permissive language throughout its reasons (see paras. 145, 213 and 218):

Applying the ultimate burden of proof — which, of course, always rests with the plaintiffs — we are of the respectful view that the judge should have found the unanswered statistical proof advanced by the appellants

[96] Cependant, avant d’aborder la question de savoir si la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante dans son interprétation de la preuve ou dans le processus inférentiel, il importe de préciser que selon moi, et contrairement à l’avis mon collègue, les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont bien énoncé la règle établie par la Cour dans les arrêts *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, et *St-Jean*. Leur raisonnement est d’ailleurs conforme au processus inférentiel décrit dans ces arrêts.

II. La Cour d’appel du Québec a-t-elle mal énoncé le droit applicable à l’inférence défavorable et aux présomptions en matière de causalité?

[97] D’après mon collègue, les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont créé une nouvelle règle selon laquelle le juge des faits « doit » tirer une inférence de causalité défavorable au défendeur lorsque la négligence de celui-ci compromet la possibilité pour le demandeur de prouver la causalité et lorsque ce dernier produit « certains » ou « très peu d’éléments de preuve affirmative » (par. 27 et 41). J’estime qu’il s’agit d’une interprétation erronée de ce que les juges majoritaires ont réellement décidé.

[98] En fait, la Cour d’appel, se fondant sur les arrêts *Snell* et *St-Jean*, affirme que [TRADUCTION] « [l]orsqu’un médecin compromet, par sa faute, la possibilité pour le demandeur de prouver la causalité, les tribunaux ont conclu à bon droit qu’il convient d’assouplir les règles de preuve qui imposent entièrement le fardeau au demandeur » (par. 165) et que cet assouplissement ne s’obtient pas « en dégageant le demandeur du fardeau ultime de prouver la causalité, mais plutôt en reconnaissant la possibilité de tirer une inférence défavorable contre le médecin défendeur lorsque le demandeur produit certains éléments de preuve affirmative » (par. 166 (je souligne)). Les motifs de la Cour d’appel sont émaillés de termes exprimant le caractère non obligatoire (voir par. 145, 213 et 218) :

[TRADUCTION] Nous sommes d’avis qu’en appliquant le fardeau de preuve ultime — lequel appartient toujours, bien entendu, aux demandeurs —, la juge aurait dû conclure que la preuve statistique non contredite produite

allowed causation to be inferred, to the disadvantage of the respondents, given the absence of concrete evidence to the contrary.

This is an instance in which courts should be on guard against eviscerating the advantages of the evidentiary rules on proving causation spoken to in *Snell* and *St-Jean*. The danger lies in circumstances where, as in this case, the defence raises various hypothetical explanations, as opposed to concrete factual evidence, as to how the damage came about in order to neutralize the “unfavourable inference” spoken to by the Supreme Court. It is safe to say that the defence will often be able to find some hypothesis to advance in the guise of “evidence to the contrary”, whatever its probative value, and thereby seek to undermine the unfavourable inference that might weigh against it. . . .

In emphasizing the factors that allow the unfavourable inference of causation to be drawn against the respondents in this case, it is instructive to contrast the present circumstances with those prevailing in *St-Cyr c. Fisch* and *Aristorenas v. Comcare Heath Services*, respectively Quebec and Ontario cases in which the *Snell* inference was not applied. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[99] In my view, the Court of Appeal correctly summarized *Snell*, in which this Court held, at pp. 329-30, that “[i]t is not strictly accurate to speak of the burden shifting to the defendant when what is meant is that evidence adduced by the plaintiff may result in an inference being drawn adverse to the defendant” (emphasis added). This statement of the law is also consistent with the discussion in *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98, at para. 36, in which this Court recently confirmed that “[t]he trier of fact may, upon weighing the evidence, draw an inference against a defendant who does not introduce sufficient evidence contrary to that which supports the plaintiff’s theory of causation” (emphasis added). In other words, the Court of Appeal correctly held that trial judges are *permitted* to draw an unfavourable inference in some circumstances (“may”), as opposed to being *required* to do

par les appelantes permettait d’inférer la causalité, au détriment des intimés, vu l’absence d’une preuve contraire concrète.

Il s’agit d’une situation où les tribunaux devraient se garder de réduire à néant les avantages que confèrent les règles de preuve applicables pour prouver la causalité et dont il était question dans les arrêts *Snell* et *St-Jean*. Le danger se pose dans les cas, comme en l’espèce, où la défense avance diverses explications possibles, au lieu de produire une preuve factuelle concrète, pour expliquer ce qui aurait causé le préjudice, dans le but de neutraliser l’« inférence défavorable » mentionnée par la Cour suprême. Il est juste de dire que la défense pourra souvent trouver une hypothèse qu’elle qualifiera de « preuve du contraire », quelle que soit sa valeur probante, pour tenter de miner l’inférence défavorable susceptible de jouer contre elle. . .

Pour souligner les facteurs qui permettent de tirer une inférence de causalité défavorable aux intimés en l’espèce, il est utile de comparer la présente situation à celle qui existait dans les arrêts *St-Cyr c. Fisch* et *Aristorenas c. Comcare Heath Services*, affaires du Québec et de l’Ontario, respectivement, dans lesquelles l’inférence visée dans l’arrêt *Snell* n’a pas été appliquée. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

[99] J’estime que la Cour d’appel a bien résumé l’arrêt *Snell*, dans lequel la Cour affirme, aux p. 329-330, qu’« [i]l 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 » (je souligne). Cet énoncé concorde également avec l’analyse effectuée dans l’arrêt récent *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98, par. 36, dans lequel la Cour confirme que « [l]e juge des faits peut, en soutesant la preuve, tirer une inférence défavorable au défendeur qui ne produit pas une preuve suffisante contraire à la thèse du demandeur concernant le lien de causalité » (je souligne). Autrement dit, la Cour d’appel a conclu à raison qu’il *est loisible* au juge de première instance de tirer une inférence défavorable dans certaines circonstances (« peut »), mais qu’il n’est pas *obligé*

so (“must”). The Court of Appeal did not hold that judges should automatically draw an unfavourable inference whenever the above conditions are met, as my colleague suggests it did.

[100] In my opinion, the Quebec Court of Appeal did not create a new legal presumption, nor did it reverse the burden of proof. Although the phrasing it used was sometimes questionable, it seems to me that the majority applied the principles regarding presumptions of fact that were put forward by this Court in *Snell* and recognized to be applicable under Quebec law in *St-Jean*. All the Court of Appeal did was apply a presumption of fact under art. 2849 of the *Civil Code*, which provides that such presumptions are “left to the discretion of the court which shall take only serious, precise and concordant presumptions into consideration”.

[101] In the absence of direct evidence, the Court of Appeal simply grounded its finding of causation in indirect evidence and drew a presumption under art. 2849 of the *Civil Code*. It is useful to recall Justice Pigeon’s discussion in *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745, at p. 749:

[TRANSLATION] The Quebec courts, like those of the other provinces and Great Britain, have for quite some time, and for good reason, rejected a certain theory to the effect that direct evidence of fault is necessary in medical malpractice cases. The provisions that allow for proof by presumption of fact (arts. 1238, 1242 C.C.) make no distinction, and there is no reason to introduce one arbitrarily.

The only point to be considered, therefore, is whether the evidence was sufficient to support the conclusion that, in all probability, what happened would not have occurred, in the absence of fault. I use the words “in all probability”, because it is clear that when Taschereau J., in the above quoted passage, said “it is evident”, he was not intending to require a degree of certainty beyond the standard used in civil cases, i.e., reasonable probability. We are not dealing here with the certainty beyond reasonable doubt which is required only in criminal matters. Much less, may we require mathematical certainty, a demonstration excluding all other probabilities. In *Montreal Tramways v. Léveillé*, this Court accepted a presumption of fact as sufficient evidence of a cause-and-effect relationship

(« doit ») de le faire. La Cour d’appel n’a pas dit que les juges devaient tirer une inférence défavorable dès que les conditions susmentionnées sont remplies, contrairement à ce que suggère mon collègue.

[100] À mon avis, la Cour d’appel du Québec n’a ni créé une nouvelle présomption légale, ni inversé le fardeau de preuve. Même si certains passages des motifs des juges majoritaires peuvent prêter à confusion, il me semble qu’ils ont appliqué les principes énoncés par la Cour dans l’arrêt *Snell* concernant les présomptions de fait, principes dont l’application a été reconnue au Québec dans l’arrêt *St-Jean*. La Cour d’appel n’a fait qu’appliquer la présomption de fait visée à l’art. 2849 du *Code civil*, aux termes duquel ces présomptions sont « laissées à l’appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes ».

[101] Faute de preuve directe, la Cour d’appel a fondé sa conclusion sur la causalité sur la preuve indirecte et a appliqué la présomption visée à l’art. 2849 du *Code civil*. Il est utile de rappeler l’analyse du juge Pigeon dans l’arrêt *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745, p. 749 :

C’est à bon droit que les tribunaux du Québec à l’instar de ceux des autres provinces et de Grande-Bretagne ont depuis assez longtemps rejeté une certaine théorie d’après laquelle en matière de responsabilité médicale, une preuve directe de la faute aurait été nécessaire. Les textes qui admettent la preuve par présomption de fait (art. 1238, 1242, C.C.) ne font aucune distinction et il n’y a pas lieu d’en introduire arbitrairement.

Il faut donc uniquement rechercher si la preuve faite était suffisante pour permettre de conclure qu’en toute probabilité ce qui s’est produit ne serait pas arrivé en l’absence de faute. Je dis « en toute probabilité » car il est clair que lorsque dans le texte ci-dessus cité le juge Taschereau dit « il est évident », il n’entend pas exiger un degré de certitude autre que celui qui doit servir à juger les causes civiles, soit une probabilité raisonnable. Il ne s’agit pas d’une certitude hors de tout doute raisonnable qui est exigée en matière criminelle seulement. Encore moins peut-on exiger une certitude mathématique, une démonstration qui exclut toute autre probabilité. Dans *Montreal Tramways c. Léveillé*, cette Cour a admis une présomption de fait comme preuve suffisante de la relation de cause à

between a pregnant woman's fall and her child's deformity.

[102] Drawing an unfavourable inference or applying a presumption is a discretionary decision and is but one of many methods of proof available to courts in making factual findings: *St-Jean*, at para. 114. Ultimately, whether or not an inference of causation should be drawn is "a matter of weighing evidence" (*Snell*, at p. 330). Trial judges may draw adverse inferences of causation against a defendant by applying a presumption under the *Civil Code* based on their assessment and weighing of the evidence as a whole. In my opinion, that is what the Court of Appeal did in this case.

III. Whether the Trial Judge Committed a Palpable and Overriding Error in Her Understanding of the Evidence

[103] I also part ways with my colleague on the issue of whether the trial judge's understanding of the evidence before her involved palpable and overriding errors. In my opinion, the judge committed three such errors: (1) she misapprehended the evidence before her by misconstruing Dr. Ferraro's testimony; (2) she omitted key objective evidence; and (3) she erred in the resulting inference-drawing process itself.

[104] A Court of Appeal will be justified in intervening where the trial judge's factual findings are "based on a failure to consider relevant evidence or on a misapprehension of the evidence": *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, at p. 84; see also *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 794; *Housen*, at para. 72.

[105] First, in the case at bar, the trial judge relied on the defence expert's testimony: 2011 QCCS 4755. However, in my opinion, she misapprehended Dr. Ferraro's evidence in several respects. She misconstrued his expert opinion about the rate of progression of lung cancer and his alleged detection of

effet entre une chute faite par une femme enceinte et la difformité de son enfant.

[102] La décision de tirer ou non une inférence défavorable, ou d'appliquer ou non une présomption, est discrétionnaire. La preuve par présomption est un moyen de preuve parmi tant d'autres auxquels le tribunal peut recourir pour tirer des conclusions de fait (*St-Jean*, par. 114). Ultimement, la question de savoir si une inférence de causalité doit être ou non tirée est une question d'« évaluation de la preuve » (*Snell*, p. 330). Les juges de première instance peuvent tirer des inférences de causalité défavorables aux défendeurs en appliquant les présomptions de fait prévues au *Code civil*, selon leur appréciation et pondération de tous les éléments de preuve. À mon avis, c'est ce qu'a fait la Cour d'appel en l'espèce.

III. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve?

[103] Mon opinion diffère de celle de mon collègue sur la question de savoir si l'appréciation par la juge de première instance de la preuve dont elle disposait était entachée d'erreurs manifestes et dominantes. Je suis d'avis que la juge a commis trois telles erreurs : (1) elle a fait une lecture erronée du témoignage du D^r Ferraro; (2) elle a fait abstraction d'une preuve objective clé et (3) son processus inférentiel lui-même était erroné.

[104] L'intervention de la Cour d'appel sera justifiée lorsque, en tirant des conclusions de fait, le juge de première instance « a omis d'étudier un élément de preuve pertinent ou a mal compris la preuve » (*Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, p. 84; voir aussi *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 794; *Housen*, par. 72).

[105] Premièrement, en l'espèce, la juge de première instance a fondé sa décision sur le témoignage de l'expert cité par la défense (2011 QCCS 4755). À mon avis, elle a mal apprécié la preuve du D^r Ferraro à plusieurs égards. Elle a mal interprété son opinion sur le taux de progression du cancer

shadows in the hilar *and mediastinal* regions on the November 2005 X-ray. This misapprehension of the evidence constitutes a palpable and overriding error.

[106] Second, in her reasons, the trial judge ignored essential evidence relating to the condition of the deceased in November 2005: the fact that Mr. Émond survived more than 31 months, i.e. 14 months without treatment and an additional 17 months with treatment, even though the life expectancy of patients diagnosed with stage III to stage IV lung cancer is 8 to 12 months. The failure to consider this highly important key evidence, which was in line with undisputed statistical data showing that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer — which was undeniably the case of Mr. Émond — are at stage I, also constitutes a palpable and overriding error.

[107] Third, as I said above, I agree with my colleague that no trial judge is automatically compelled to draw an inference as soon as certain criteria are met and that this process, instead, is a matter of weighing evidence. To say this, however, does not amount to immunizing the inference-drawing process from appellate scrutiny; in some circumstances, drawing an inference of causation or the failure to do so will constitute a palpable and overriding error. And, as this Court recognized in *H.L.*, at para. 4:

Like other appellate courts across the country, [an appellate court] may substitute its own view of the evidence and draw its own inferences of fact where the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact that are clearly wrong, unreasonable or unsupported by the evidence. [Emphasis in original.]

The factual evidence before her undoubtedly led to a “serious, precise and concordant presumption” (art. 2849 of the *Civil Code*) that Mr. Émond’s cancer was not at stage III or higher in November 2005. In other words, in the case at bar, the inference-drawing process itself — the trial judge’s failure to draw a

du poumon et sa déclaration à propos d’opacités qu’il dit avoir constatées sur la radiographie de novembre 2005, dans les régions du hile *et du médiastin*. En ce faisant, la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante.

[106] Deuxièmement, la juge de première instance a complètement ignoré, dans ses motifs, un élément de preuve essentiel relatif à l’état de santé de M. Émond en novembre 2005 : le fait qu’il ait survécu plus de 31 mois, soit 14 mois sans traitement et 17 autres mois avec traitements, alors que l’espérance de vie des patients atteints d’un cancer pulmonaire de stade III ou IV varie entre 8 et 12 mois. Le défaut de considérer ce très important élément de preuve clé, en ligne avec la donnée statistique non contestée à l’effet que 78 p. 100 des cancers pulmonaires découverts fortuitement — ce qui était incontestablement le cas de M. Émond — sont au stade I, constitue également une erreur manifeste et dominante.

[107] Troisièmement, je le répète, je suis d’accord avec mon collègue pour dire qu’aucun juge de première instance n’est tenu de tirer une inférence de causalité dès lors que certains facteurs sont réunis, et pour dire que cette décision doit résulter de l’appréciation de la preuve. Dire cela ne signifie cependant pas que le processus inférentiel lui-même est à l’abri de la révision en appel. Dans certaines circonstances, la décision de tirer ou non une inférence de causalité constituera une erreur manifeste et dominante. Et, comme cette Cour l’a reconnu dans *H.L.*, par. 4 :

À l’instar des autres cours d’appel du pays, [une cour d’appel] peut substituer sa propre appréciation de la preuve et tirer ses propres inférences de fait lorsqu’il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve. [Souligné dans l’original.]

La preuve des faits devant elle faisait assurément naître une présomption « grav[e], précis[e] et concordant[e] » (art. 2849 du *Code civil*) selon laquelle le cancer de M. Émond n’avait pas atteint le stade III ou un stade plus avancé en novembre 2005. Autrement dit, le processus inférentiel lui-même — la décision

negative inference and apply the relevant presumption — also amounts to a palpable and overriding error.

[108] While the majority and the minority of the Court of Appeal took different routes to conclude that the appeal should be allowed, both sets of reasons acknowledged and relied on these errors, which in my opinion are palpable and overriding. Indeed, they are obvious from a simple reading of the trial judge’s reasons. As Morissette J.A. put it in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII), these errors fall within the [TRANSLATION] “beam-in-the-eye” category as opposed to the “needle in a haystack” category.

[109] For these reasons, I am of the view that the appeal should be dismissed. I will now discuss each of these errors in more depth.

A. The Trial Judge Misapprehended the Expert Evidence

[110] The task of the trial judge in relation to the causation issue in this case was a limited one. The only thing she had to decide was whether the lung cancer of the deceased was at stage II or lower in November 2005. If it was, the plaintiff would have satisfied her burden of proof, since the deceased would likely have survived had he been diagnosed in a timely manner.

[111] It is not contested that it was impossible from a medical standpoint to confirm the exact stage of Mr. Émond’s cancer in November 2005 as a result of the defendants’ fault. As a matter of fact, the only way to stage his lung cancer would have been to diagnose him in a timely manner, i.e. in November 2005, which the defendants regrettably failed to do. The evidence the trial judge was left with to make a finding in this regard was: the X-ray taken in November 2005, which admittedly could not be the basis of a diagnosis; the results of the December 2006 CT scan and the January 2007 PET scan, which were indicative of the condition of the deceased in

de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable et de ne pas appliquer la présomption qui s’imposait — constitue également une erreur manifeste et dominante.

[108] Bien que les juges majoritaires et le juge minoritaire de la Cour d’appel soient arrivés par des raisonnements différents à la conclusion que l’appel devait être accueilli, leurs motifs respectifs ont reconnu l’existence de ces erreurs et y ont trouvé appui. Il s’agit à mon avis d’erreurs manifestes et dominantes, évidentes à la lecture des motifs de la juge de première instance. Pour reprendre les propos du juge Morissette dans l’arrêt *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII), ces erreurs tiennent « de la poutre dans l’œil » et non « de l’aiguille dans une botte de foin ».

[109] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Examinons chacune de ces erreurs de plus près.

A. La juge de première instance a mal interprété la preuve d’expert

[110] En l’espèce, le rôle de la juge de première instance à l’égard de la question de causalité était limité. Le seul point à trancher était celui de savoir si le cancer du poumon du défunt en était au plus au stade II en novembre 2005. Si c’était le cas, la demanderesse aurait acquitté son fardeau de preuve, étant donné que le défunt aurait probablement survécu s’il avait reçu un diagnostic à temps.

[111] Nul ne conteste que la faute commise par les défendeurs fait en sorte qu’il était impossible, du point de vue médical, de confirmer le stade exact du cancer de M. Émond en novembre 2005. En fait, un diagnostic en novembre 2005 — qui n’est malheureusement pas intervenu à ce moment — aurait été le seul moyen de déterminer le stade du cancer. Les autres éléments de preuve dont disposait la juge de première instance étaient les suivants : la radiographie de novembre 2005, laquelle ne peut fonder le diagnostic; les résultats du tomodensitogramme de décembre 2006 et de la tomographie par émission de positrons de janvier 2007,

December 2006 only; and the length of time it took for the disease to take Mr. Émond's life.

[112] Three experts testified on the basis of this evidence. The trial judge found that causation had not been proven. She preferred Dr. Ferraro's evidence to that of the plaintiff's experts, Drs. Agulnik and Langleben, for three reasons:

- Since lung cancer grows slowly, it was “impossible” for Mr. Émond's cancer to have progressed from stage I to stage IV in 12 months as the plaintiff suggested;
- Dr. Ferraro allegedly identified a shadow in the hilar *and mediastinal* regions on the November 2005 X-ray, which was consistent with cancer that had metastasized; and
- She considered the statistics showing that the majority of patients with lung cancer are diagnosed at an advanced stage of the disease.

[113] With regard to the first of these three elements, Dr. Ferraro never actually said that it was “impossible” for Mr. Émond's cancer to have progressed from stage I to stage IV in 12 months. What he actually said was that such a scenario was, according to him, [TRANSLATION] “possible but . . . unlikely” or “very very unlikely”. As noted by the trial judge, Dr. Ferraro also admitted that

[TRANSLATION] there is no medical literature that confirms that it is impossible for cancer to progress from stage I to stage IV in less than 12 months if it is not treated, since it would be unethical not to treat a patient with stage I lung cancer in order to assess the cancer's rate of progression. [para. 137 (CanLII)]

[114] Furthermore, Dr. Ferraro never said that lung cancer necessarily grows slowly. First, he acknowledged that this was not an absolute rule and that in the specific case of Mr. Émond, he did not know if his lung cancer actually grew slowly because it was diagnosed too late:

qui permettaient de connaître l'état de santé du défunt en décembre 2006 seulement; et le laps de temps écoulé avant que la maladie emporte M. Émond.

[112] Trois experts ont témoigné quant à ces éléments de preuve. La juge de première instance a conclu que la causalité n'avait pas été établie. Elle a préféré le témoignage du D^r Ferraro à ceux des experts de la demanderesse, D^{rs} Agulnik et Langleben, pour trois raisons :

- Le cancer pulmonaire évoluant lentement, il était « impossible » que le cancer de M. Émond passe d'un stade I à un stade IV en 12 mois, comme le fait valoir la demanderesse.
- D^r Ferraro aurait constaté la présence d'opacités dans les régions du hile *et du médiastin* sur la radiographie de novembre 2005, ce qui concorde avec un cancer métastasé.
- Elle a considéré les statistiques démontrant que la majorité des cancers pulmonaires sont diagnostiqués à un stade avancé.

[113] Quant au premier de ces trois éléments, D^r Ferraro n'a jamais dit qu'il était « impossible » que le cancer de M. Émond passe du stade I au stade IV en 12 mois. Il a dit qu'un tel scénario était, à son avis « possible mais [. . .] peu probable » ou « très, très peu probable ». Tel que noté par la juge de première instance, D^r Ferraro a également admis ce qui suit :

. . . il n'existe aucune littérature médicale qui confirme qu'il est impossible qu'un cancer progresse d'un stade I à IV en moins de 12 mois lorsqu'il n'est pas traité, puisqu'il serait contraire à l'éthique de laisser un patient atteint d'un cancer du poumon stade I sans traitement pour permettre d'évaluer le rythme de progression du cancer. [par. 137 (CanLII)]

[114] Par ailleurs, D^r Ferraro n'a jamais dit que l'évolution d'un cancer pulmonaire est nécessairement lente. Premièrement, il reconnaît qu'il ne s'agit pas d'une règle absolue et que, dans le cas précis de M. Émond, il ne sait pas si ce cancer pulmonaire avait évolué lentement vu que le diagnostic avait été posé trop tardivement :

[TRANSLATION]

A. As a general rule, lung cancer progresses slowly, as a general rule.

Q. And do you have objective proof that, that it progressed slowly in Mr. Émond's case, or is that an assumption on your part?

A. Um, the only way to assess how quickly it progresses, but when we talked about the natural history, and unfortunately we don't have the natural history in the, for the majority of patients, because we haven't observed the patient for five (5) years without treatment.

So it's an assumption, because we don't have a formal staging at the start and a formal staging at the end that, then, allows us to make a comparison. So we — what I'm saying is — it's an assumption. [Emphasis added; A.R., vol. III, at pp. 139-40.]

[115] With regard to the rate of progression of the disease, he also said that it often starts with a latent period followed by a period where the cancer becomes more aggressive. In fact, Dr. Ferraro's own expert report states that lung cancer progresses quickly:

[TRANSLATION] Generally speaking, when lung cancer is discovered in a patient, the long-term recovery rate is 10-15%. These poor results are caused by two main factors: (1) the cancer is already an advanced, stage III or IV, cancer at the time of the diagnosis; and (2) the cancer progresses quickly and spreads no matter what treatment is recommended (surgery vs. chemotherapy/radiation therapy vs. combined treatment). [Emphasis added; A.R., vol. VII, at p. 117.]

[116] The trial judge therefore misconstrued Dr. Ferraro's evidence regarding the rate of progression of lung cancer. She tried to supplement her finding that lung cancer progresses slowly, noting that [TRANSLATION] “the medical literature supports the view that the progression of lung cancer is slow, particularly in non-smoking patients” (para. 140; see also para. 152). However, this literature only supported the fact that lung cancer progresses more slowly in non-smoking patients than it does in smoking patients. It said nothing about the rate of progression of lung cancer *per se*; *relatively slower is not necessarily “slow”*.

R. Règle générale les cancers du poumon évoluent lentement, règle générale.

Q. Et est-ce que vous avez la preuve objective que, — que dans le cas de monsieur Émond ça progressait lentement ou est-ce que c'est une hypothèse que vous faites?

R. Euh! la seule façon d'évaluer la vitesse d'évolution, mais quand on a parlé de l'histoire naturelle, et malheureusement l'histoire naturelle dans la, — chez la majorité des patients on l'a pas parce qu'on n'a pas suivi le patient pendant cinq (5) ans sans traitement.

Fait que c'est des hypothèses parce que on n'a pas un staging formel au début puis un staging formel à la fin puis qui nous permet de comparer. Fait que ce qu'on, — ce que je dis c'est, — c'est hypothétique. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 139-140.]

[115] À propos de l'évolution de la maladie, il a aussi ajouté qu'elle commence souvent par une phase de latence suivie d'une période pendant laquelle le cancer devient plus agressif. En fait, dans son rapport d'expert, D^r Ferraro indique lui-même que l'évolution d'un cancer pulmonaire est rapide :

Globalement, lorsqu'un cancer du poumon est découvert chez un patient les taux de guérison sont de l'ordre de 10-15% à long terme. Ces pauvres résultats sont dus à deux facteurs principaux : 1) lors du diagnostic il s'agit déjà d'un cancer avancé de stade III ou IV; 2) le cancer progresse rapidement et se généralise peu importe le traitement préconisé (chirurgie vs chimiothérapie/radiothérapie vs traitement combiné). [Je souligne; d.a., vol. VII, p. 117.]

[116] La juge de première instance a donc mal interprété le témoignage du D^r Ferraro à propos de la progression d'un cancer du poumon. Elle a tenté d'étayer sa conclusion selon laquelle le cancer pulmonaire évolue lentement en observant que « la littérature médicale confirme la thèse d'une progression lente du cancer du poumon particulièrement chez les patients non-fumeurs » (par. 140; voir également le par. 152). Or, cette littérature se limite à confirmer que l'évolution du cancer pulmonaire est plus lente chez les non-fumeurs que chez les fumeurs. Elle ne dit rien au sujet de l'évolution du cancer pulmonaire en soi; *relativement plus lent ne veut pas nécessairement dire « lent »*.

[117] As for the second of these elements, the trial judge’s statement that Dr. Ferraro identified a shadow in the hilar and mediastinal regions on the November 2005 X-ray is simply wrong. The identified shadow referred to by Dr. Ferraro throughout his expert report, evidence-in-chief, and cross-examination was a shadow in the *hilar* region only.

[118] For example, and contrary to what my colleague suggests, Dr. Ferraro always referred to [TRANSLATION] “a shadow” as opposed to “shadows” when discussing the 2005 X-ray:

[TRANSLATION]

Q. O.K. In your report, you give another reason: the review of the X-ray films.

A. Yes. When you look at the films, and obviously I — I looked at them in retrospect, I saw all the films. I had the report in mind, and in my hands, the report from the CT scan, so we knew there was stage 4 cancer. We knew there were biopsies that had proved it was stage 4 cancer, so we had proof that it was stage 4 cancer. And when you look at the X-ray in retrospect, well, you see that at the level of the pulmonary hilum, there’s a sort of mass. Yesterday we spoke of a prominence. It’s not obvious, I’m not a radiologist, it’s — I think it’s clear, it’s not obvious, but in retrospect, you can see it, the prominence.

From a prospective standpoint, I don’t know what a radiologist would have seen, um, I don’t know what I would have seen, and I’m saying this in all honesty. But in retrospect, knowing what was there one (1) year later, and looking at the series of X-rays, well, in December two thousand six (2006), it was evident at the level of the hilum, and when you go back and compare, you can see that yes indeed it was there. So in retrospect, since the X-ray, in retrospect it’s, by the way, it’s very very easy because you — you of course have the luxury of seeing the result twelve (12) months later, and when you compare, you say, oh yeah, it was there. [Emphasis added; A.R., vol. III, at pp. 74-75.]

[119] This point was reiterated during Dr. Ferraro’s cross-examination:

[117] Quant au deuxième élément, l’affirmation par la juge de première instance selon qui D^r Ferraro aurait décelé la présence d’opacités dans les régions du hile et du médiastin sur la radiographie de novembre 2005 est tout simplement erronée. L’opacité à laquelle D^r Ferraro a référé dans son rapport d’expert, dans son témoignage en chef et en contre-interrogatoire était une opacité dans la région du *hile* seulement.

[118] Par exemple, et contrairement à ce qu’affirme mon collègue, lorsque D^r Ferraro mentionne la radiographie de 2005, il utilise toujours le terme « opacité » au singulier, et non au pluriel :

Q. O.K. Dans votre rapport vous invoquez une autre raison, soit la révision des films radiologiques.

R. Oui. Quand on regarde les films, et évidemment moi, j’ai, — j’ai regardé ces films-là de façon rétrospective, j’ai vu tous les films. J’avais en tête le rapport, et en main, le rapport du CT scan, donc on savait qu’il y avait un cancer de stade 4. On savait qu’il y avait des biopsies qui avaient prouvé que c’était un cancer de stade 4, donc on avait la preuve que c’était un cancer de stade 4. Et quand, de façon rétrospective on regarde la radiographie, bien! on constate que au niveau du hile pulmonaire, il y a une espèce de masse. Hier on a parlé de pro-éminence. C’est pas évident, je suis pas radiologiste ça c’est, — je pense que c’est clair, c’est pas évident, mais de façon rétrospective, on la voit la pro-éminence.

De façon prospective, je sais pas qu’est-ce qui un radiologiste aurait vu, euh! je sais pas ce que moi, j’aurais vu, puis ça je vous dis ça en toute honnêteté. Mais de façon rétrospective, en sachant ce qui est était là un (1) an après, puis quand on regarde la série des radiographies, bien! en décembre deux mille six (2006), au niveau du hile c’était évident, puis quand on recule puis on compare, on constate que, bien! oui, c’était là. Donc en rétrospective, puis la radiologie, en rétrospective c’est, en passant c’est très, très facile parce que on, — on a évidemment le luxe de voir le résultat douze (12) mois après puis on compare, on dit, ah! oui, c’était là. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 74-75.]

[119] D^r Ferraro reprend ce point lors de son contre-interrogatoire :

[TRANSLATION] . . . when you review the X-rays in retrospect and you see that there was already a nodal mass at the level of the hilum, near the mediastinum, well, when I put it all together, well, my hypothesis, eh! then I remain convinced that Mr. Émond unfortunately had stage 3 cancer when he came in. [Emphasis added; A.R., vol. III, at p. 139.]

[120] In his expert report, Dr. Ferraro makes no mention of the mediastinal region when discussing the ill-defined opacity on the 2005 X-ray:

[TRANSLATION] In the present case, when the pulmonary lesion was first identified (November 2005), it was most likely already at stage III or IV. There are two main arguments that support this hypothesis: First, a review of the X-ray films confirms the prominence of the right pulmonary hilum in November 2005, which would be consistent with lymph node metastases. [Emphasis added; A.R., vol. VII, at p. 117.]

[121] Only once, and only during his re-examination, did Dr. Ferraro refer to [TRANSLATION] “a mass at the level of the hilum and the mediastinum”.

[122] My reading of the record leads me to conclude that this last comment, made for the first time during his re-examination, was a mistake that should not be used to replace or supplant the whole of his report and his evidence. Dr. Ferraro was referring to a shadow only in the hilar region all along. Indeed, in light of the uniformly singular reference to the hilar region throughout Dr. Ferraro’s written report, examination-in-chief, and cross-examination, the only plausible reading of the record is that the reference to the mediastinal region was a mistake and that Dr. Ferraro was neither resiling from nor supplementing his consistent evidence of a shadow in the hilar region. The trial judge therefore also misconstrued the expert evidence by finding that Dr. Ferraro had identified a shadow in the hilar *and mediastinal* regions on the November 2005 X-ray.

[123] This is a troubling error. Indeed, experts from both sides explained in their respective testimonies that a shadow in the mediastinal region

. . . quand on révisé d’une façon rétrospective les radiographies puis on constate que il y a déjà une masse ganglionnaire au niveau du hile, près du médiastin, bien! quand je mets tout ça ensemble, bien! mon hypothèse, hein! puis je reste convaincu que monsieur Émond, malheureusement, avait un cancer de stade 3 quand il est arrivé. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 139.]

[120] Dans son rapport d’expert, D^r Ferraro ne dit rien au sujet de la région du médiastin lorsqu’il traite de l’opacité floue sur la radiographie de 2005 :

Dans le cas présent, lorsque la lésion pulmonaire a été identifiée pour la première fois (novembre 2005), il s’agissait fort probablement déjà d’une lésion de stade III ou IV. Il y a deux arguments principaux pour supporter cette hypothèse : Premièrement, la révision des films radiologiques confirme la proéminence du hile pulmonaire droit en novembre 2005 ce qui serait compatible avec la présence de métastases ganglionnaires. [Je souligne; d.a., vol. VII, p. 117.]

[121] À une seule occasion, et ce, seulement en réinterrogatoire, D^r Ferraro parle d’« une masse au niveau du hile et du médiastin ».

[122] Ma lecture du dossier me porte à conclure que cette dernière remarque, faite pour la première fois en réinterrogatoire, était une erreur et ne doit pas être utilisée pour remplacer ou supplanter l’ensemble de son rapport et de son témoignage. À part cette remarque, D^r Ferraro n’a toujours parlé que d’une opacité dans la région du hile. En effet, à la lumière du rapport du D^r Ferraro, de son témoignage en chef et de son contre-interrogatoire, qui mentionnent seulement la région du hile, la seule lecture plausible de la preuve est que la mention du médiastin constituait une erreur et que D^r Ferraro n’essayait ni de compléter ni de revenir sur sa déclaration, par ailleurs constante, qui faisait mention d’une opacité dans la région du hile. La juge de première instance a donc mal interprété la preuve d’expert en concluant que D^r Ferraro avait constaté des opacités dans les régions du hile *et du médiastin* sur la radiographie de novembre 2005.

[123] Cette erreur est problématique. En effet, les experts des deux parties expliquent dans leurs témoignages respectifs qu’une opacité dans la région du

was consistent with cancer that had metastasized (stage III or more) while a shadow in the hilar region alone was consistent with stage I or II lung cancer. The trial judge accepted this evidence as a fact:

[TRANSLATION] All the medical experts who testified agreed on the definitions of the various stages of lung cancer. They described stage I lung cancer as being limited to a lesion on the lung. They recognized that, at stage II, the cancer has spread to the lymph nodes both in and outside the lung, including the hilar region. At stage III, the nodes have reached the level of the mediastinum. At stage IV, the cancer is generalized and has metastasized.

They agreed on the pattern of progression of a cancer, namely that the cancer cells start in the lung and then attack the lymph nodes before progressing to the hilum and then to the mediastinum. [Footnotes omitted; paras. 108-9.]

Accordingly, the trial judge's reliance on Dr. Ferraro's error in re-examination that the mediastinal region was also affected, led her to the conclusion that the cancer was at a later stage (Stage III or IV) in November 2005 (paras. 132-34). This finding amounts to a palpable and overriding error because it was not and could not reasonably be supported by the evidence.

[124] As for the third of the above elements, the fact that the vast majority of patients are diagnosed at an advanced stage of lung cancer does not take into account the context in which patients are diagnosed. The majority of the patients to whom Dr. Ferraro was referring in his testimony were consulting him *for diagnosis* and were not patients *for whom cancer is diagnosed fortuitously at a routine checkup*. Mr. Émond fell into the latter category, not the former. No one disputes that factual finding by the trial judge: paras. 59-60. The evidence that the majority of lung cancer patients are diagnosed at an advanced stage is of limited value because it says nothing about people who, like Mr. Émond, are diagnosed fortuitously. Instead, the statistical data that 78 percent of fortuitously discovered cancers are at

médiastin correspond à un cancer métastasé (stade III ou plus avancé), alors qu'une opacité dans la région du hile seulement correspond à un cancer pulmonaire de stade I ou II. La juge de première instance a tenu cette preuve pour avérée :

L'ensemble des médecins experts qui ont témoigné s'entendent sur la définition des différents stades du cancer du poumon. Ils décrivent le cancer du poumon de stade I comme se limitant à une lésion au poumon. En ce qui concerne le stade II, ils reconnaissent qu'il s'agit d'un cancer qui s'est propagé aux ganglions tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du poumon, notamment dans la région du hile. Au stade III, les ganglions ont atteint le niveau du médiastin. Au stade IV, le cancer est généralisé et s'accompagne de métastases.

Ils partagent le même avis à l'égard du schéma de progression du cancer, en ce que les cellules cancéreuses débutent au niveau du poumon, puis s'attaquent aux ganglions avant de progresser vers le hile puis vers le médiastin. [Notes en bas de page omises; par. 108-109.]

Ainsi, la remarque erronée de D^r Ferraro dans son réinterrogatoire à l'effet que la région du médiastin était aussi affectée a mené la juge de première instance à conclure que le cancer était à un stage plus avancé (stade III ou IV) en novembre 2005 (par. 132-134). Il s'agit ici d'une erreur manifeste et dominante puisqu'elle n'est pas, et ne peut raisonnablement être, supportée par la preuve.

[124] Quant au troisième des éléments susmentionnés, le fait que la vaste majorité des cancers pulmonaires soient diagnostiqués à un stade avancé ne tient pas compte du contexte dans lequel ce diagnostic est posé. La majorité des patients que mentionne D^r Ferraro dans son témoignage l'ont consulté *pour obtenir un diagnostic*; il ne s'agit pas de patients *dont le cancer est diagnostiqué fortuitement dans le cadre d'un bilan de santé*. M. Émond faisait partie de cette dernière catégorie, et non de la première. Nul ne conteste cette conclusion de fait tirée par la juge de première instance (par. 59-60). La preuve selon laquelle la majorité des cancers du poumon sont diagnostiqués à un stade avancé est d'une utilité limitée en ce sens qu'elle est muette à propos des cas, comme celui de M. Émond, où le

stage I is of greater probative value, as it is more specific to Mr. Émond's circumstances.

[125] In sum, the fact is that — as pointed out by the majority of the Court of Appeal — the whole of Dr. Ferraro's testimony was speculative: paras. 201-12. To treat speculations and hypotheticals as evidence, let alone as proven facts, the way the trial judge did, constitutes a further misapprehension of the evidence: *Martel*, at p. 750.

[126] In my respectful view, these misapprehensions of the evidence by the trial judge amount to a palpable and overriding error.

B. The Trial Judge Omitted Key Objective Evidence

[127] Additionally, the trial judge disregarded key objective evidence, namely the fact that the deceased survived more than 31 months — i.e. 14 months without treatment and an additional 17 months with treatment — even though the life expectancy of patients diagnosed with stage III to stage IV lung cancer is 8 to 12 months. This essential evidence was in line with the statistical data showing that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer — which was the case of Mr. Émond — have a stage I cancer. While statistical data should not be the sole basis for drawing (or not drawing) an inference or applying (or not applying) a presumption of fact, such statistical data may help to confirm the trial judge's factual determinations.

[128] Justice Fournier of the Court of Appeal properly dealt with the fact that Mr. Émond survived more than 14 months without treatment and an additional 17 months with treatment after the November 2005 X-ray:

[TRANSLATION] According to the plaintiffs' experts, it is possible for a person with stage IV cancer to survive

cancer est diagnostiqué fortuitement. En revanche, la donnée statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I a plus de poids, étant plus spécifique à la situation de M. Émond.

[125] En somme, force est de constater — ainsi que l'ont souligné les juges majoritaires de la Cour d'appel — que l'ensemble du témoignage du D^r Ferraro est conjectural (par. 201-212). Traiter les conjectures et les hypothèses comme des éléments de preuve, avérés de surcroît, à l'instar de la juge de première instance, constitue également une mauvaise appréciation de la preuve (*Martel*, p. 750).

[126] À mon avis, la mauvaise appréciation de la preuve par la juge de première instance constitue une erreur manifeste et dominante.

B. La juge de première instance a fait abstraction ou ignoré de la preuve objective clé

[127] En outre, la juge de première instance n'a pas tenu compte d'un élément clé de preuve objective : le fait que le défunt ait survécu plus de 31 mois — soit 14 mois sans traitement et 17 mois avec traitements — alors que l'espérance de vie pour les patients atteints d'un cancer pulmonaire de stade III ou IV varie entre 8 et 12 mois. Cet élément essentiel du dossier concorde avec la donnée statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers pulmonaires découverts fortuitement — comme celui de M. Émond — en sont au stade I. Bien que les données statistiques à elles seules ne puissent fonder la décision de tirer (ou non) l'inférence ou d'appliquer (ou non) une présomption de fait, ces données statistiques peuvent toutefois aider à confirmer les conclusions de fait du juge de première instance.

[128] Le juge Fournier de la Cour d'appel a bien apprécié le fait que M. Émond ait survécu, après la radiographie de novembre 2005, pendant plus de 14 mois sans traitement et 17 mois avec traitements :

Selon les experts de la demande, il est possible pour une personne atteinte d'un cancer de stade IV de survivre

17 months while being treated, as the treatment has the effect of slowing the cancer. As Dr. Langleben clearly explained, if Marc Émond's cancer was at stage IV in January 2007, the length of time he survived was average: "I'm sorry to say this, he died exactly on schedule".

Dr. Langleben also expressed the opinion that, if Marc Émond's cancer had been at an advanced stage in November 2005, he would have died within the year or, at least, he would not have been able to bike thousands of kilometres in the summer of 2007. Dr. Agulnik, an expert in oncology, expressed the same opinion: patients with stage IV cancer who receive no treatment live for less than 12 months.

. . .

On the second point, I do not think it can be said that the fact that Marc Émond was in good health accounts for a slow progression of the disease, especially in the period before he began chemotherapy. In the instant case, Dr. Langleben explained, rather, that a stage IV cancer patient who is in excellent health will survive about 8 months. He added that chemotherapy can extend the patient's life by 6 months or so and that some people live for an additional period of up to 4 months. In Marc Émond's case, he should have survived 14 to 18 months from the start of stage IV of the disease.

But if we accept the defence's theory, Marc Émond survived nearly 30 months although he had advanced cancer and received no treatment for the first 13 months. There is nothing in the evidence to suggest that living for such a long time with advanced cancer is likely, especially with such a delay in treatment.

. . .

The three physicians agreed that cancer that has progressed to stage III or IV is fatal within twelve months if untreated and that palliative chemotherapy may extend the patient's life by a few months. I mentioned this above.

The evidence also shows that Marc Émond was not treated between November 2005 and January 2007.

Therefore, in accordance with the unanimous opinion of the physicians and in all probability, Marc Émond

17 mois avec des traitements, car les traitements ont pour effet de ralentir le cancer. Comme l'explique bien le docteur Langleben, si le cancer de Marc Émond était rendu à un stade IV en janvier 2007, la durée de sa survie se situerait dans la moyenne : « *I'm sorry to say this, he died exactly on schedule* ».

En outre, le docteur Langleben exprime l'avis que si Marc Émond était atteint d'un cancer de stade avancé en novembre 2005, il serait décédé dans l'année, ou du moins, il n'aurait pu parcourir des milliers de kilomètres à bicyclette à l'été 2007. Le docteur Agulnik, expert en oncologie, exprime le même avis : les patients atteints d'un cancer de stade IV et qui ne reçoivent aucun traitement vivent moins de 12 mois.

. . .

Pour le deuxième élément, je ne crois pas qu'on puisse dire que la bonne santé de Marc Émond explique une progression lente de la maladie, surtout pour la période avant le début des traitements de chimiothérapie. En l'espèce, le docteur Langleben explique plutôt que la survie d'un patient atteint d'un cancer de stade IV et qui est en excellente santé est d'environ 8 mois. Il ajoute qu'avec des traitements de chimiothérapie, la vie peut être prolongée d'environ 6 mois et que certaines personnes vivent une période supplémentaire allant jusqu'à 4 mois. Dans le cas de Marc Émond, sa survie devrait être de 14 à 18 mois à partir du début du stade IV de la maladie.

Or, si on retient la thèse de la défense, Marc Émond aurait survécu près de 30 mois, alors atteint d'un stade avancé du cancer et n'ayant reçu aucun traitement pendant les 13 premiers mois. Rien dans la preuve ne permet de croire qu'il est probable de vivre aussi longtemps d'un cancer de stade avancé, surtout lorsqu'il existe un tel délai dans le traitement.

. . .

Les trois médecins s'entendent pour dire qu'un cancer qui a évolué aux stades III ou IV est fatal à douze mois s'il n'est pas traité et qu'un traitement de chimiothérapie palliative pourra prolonger la vie du patient de quelques mois. J'en ai fait mention précédemment.

La preuve révèle également que Marc Émond n'a subi aucun traitement entre novembre 2005 et janvier 2007.

Selon donc l'opinion unanime des médecins et selon toute probabilité, Marc Émond serait mort au moment où

would have been dead by the time the biopsies confirming that his cancer was at stage IV were performed.

on lui fait les biopsies qui confirment que son cancer en est à un stade IV.

Marc Émond died 31 months later, on June 6, 2008. It is unlikely that he would have survived for 31 months in the circumstances described in the evidence and the expert assessments. I find on a balance of probabilities that the possibility that Marc Émond had stage III or IV cancer must be ruled out, which shows, on the same balance of probabilities, that he had stage I or II cancer in November 2005. [paras. 73-93]

Marc Émond est décédé 31 mois plus tard, soit le 6 juin 2008. La durée de sa survie de 31 mois, dans les conditions décrites par la preuve et les expertises, est improbable. Je retiens que, sur une balance de probabilité, on doit exclure que Marc Émond était atteint d'un cancer de stade III ou IV, ce qui démontre, selon la même balance de probabilité, qu'il était atteint, en novembre 2005, d'un cancer de stade I ou II. [par. 73-93]

[129] I agree with this reasoning.

[129] Je fais mien son raisonnement.

[130] As for the supporting statistical data disregarded by the trial judge, again, experts from both sides testified that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer have a stage I cancer. According to Dr. Langleben, a solitary pulmonary nodule discovered fortuitously will be a stage I cancer 80 percent of the time. Dr. Ferraro's own evidence was that [TRANSLATION] "as a general rule, if it's discovered fortuitously, it's at an earlier stage". We know from his testimony that "stage I cancers are early cancers". The trial judge consequently accepted this statistic as a finding of fact:

[130] La juge de première instance a fait fi d'une autre donnée statistique concordante, à savoir que les experts des deux parties ont déclaré que 78 p. 100 des cancers pulmonaires découverts de manière fortuite en sont au stade I. Selon D^r Langleben, un nodule pulmonaire unique découvert de manière fortuite se révélera, dans 80 p. 100 des cas, un cancer de stade I. Selon D^r Ferraro lui-même, « règle générale, si c'est découvert fortuitement, c'est un stade plus précoce ». Son témoignage nous apprend que « les stades I c'est les cancers précoces ». La juge de première instance a donc tenu cette donnée pour un fait avéré :

[TRANSLATION] All the experts agreed that, as a general rule, only 10 to 15% of lung cancer patients manage to survive beyond the pivotal five-year period, after which they are considered cured.

Tous les experts se sont entendus pour dire que globalement, seulement 10 à 15% des patients atteints du cancer du poumon réussissent à survivre au-delà de la période charnière de cinq ans, au-delà de laquelle ils sont considérés guéris.

They stated that this low percentage can be explained by the fact that more than 75% of all cancers are diagnosed at an advanced stage and are incurable by the time they are discovered, although they acknowledged that 78% of cancers that are detected fortuitously are stage I cancers. . . . [paras. 118-19]

Ils expliquent ce faible pourcentage par le fait que plus de 75% des cancers sont diagnostiqués à un stade avancé et ne peuvent être guéris à compter du moment de la découverte, même s'ils reconnaissent que 78% des cancers décelés de manière fortuite s'avèrent des cancers de stade I. . . [par. 118-119]

[131] In my opinion, the trial judge's disregard of the key objective evidence, which was supported by uncontested statistical data, also amounts to a palpable and overriding error.

[131] À mon avis, la juge de première instance, en faisant fi de l'élément clé de preuve objective ci-dessus, étayé par des données statistiques non contestées, a également commis une erreur manifeste et dominante.

C. *The Trial Judge Should Have Drawn a Negative Inference by Applying a Presumption Under the Civil Code*

[132] In light of these errors, it was the role of the Court of Appeal to intervene and reweigh the evidence. After doing so, the three judges of the Court of Appeal rightly concluded that, had the trial judge disregarded the speculations on which Dr. Ferraro’s testimony was based, and had she taken into account Mr. Émond’s survival period, an indisputable fact supported by the undisputed statistical data indicating that 78 percent of the patients diagnosed fortuitously are at an early stage, she would have drawn an inference of causation.

[133] The plaintiff did not have to prove that it was impossible for the cancer of the deceased to be at stage III or IV. She had only to prove that Mr. Émond’s lung cancer was likely at stage I or II in November 2005, which she did.

[134] In my opinion, the fact that Mr. Émond survived 31 months after the November 2005 X-ray — which is entirely inconsistent with the life expectancy of stage III and IV lung cancer patients — supported by the undisputed statistical data indicating that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer, as he was, are at stage I, should have led, in light of the highly speculative opposing evidence, to a “serious, precise and concordant” presumption that he was not at stage III or higher in November 2005: art. 2849 of the *Civil Code*. It was a palpable and overriding error not to draw such a presumption.

IV. Conclusion

[135] For all these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, ABELLA, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.

C. *La juge de première instance aurait dû tirer une inférence défavorable en appliquant la présomption de fait prévue au Code civil*

[132] Vu ces erreurs, il appartenait à la Cour d’appel d’intervenir et d’apprécier à nouveau la preuve. Les trois juges de la Cour d’appel ont conclu à bon droit que si la juge de première instance n’avait pas tenu compte des conjectures sur lesquelles reposait le témoignage du D^r Ferraro, et avait tenu compte de la période de survie de M. Émond, un fait incontesté étayé par la donnée statistique non contestée selon laquelle 78 p. 100 des cancers diagnostiqués de manière fortuite en sont à un stade précoce, elle aurait tiré une inférence de causalité.

[133] La demanderesse n’était pas tenue de prouver qu’il était impossible que le cancer du défunt en ait été au stade III ou IV. Elle devait uniquement prouver que le cancer de M. Émond en était probablement au stade I ou II en novembre 2005, et c’est ce qu’elle a fait.

[134] À mon avis, le fait que M. Émond ait survécu 31 mois après la radiographie de novembre 2005 — ce qui ne correspond aucunement à l’espérance de vie d’un patient atteint d’un cancer pulmonaire de stade III ou IV — étayé par une donnée statistique non contestée selon laquelle 78 p. 100 des cancers pulmonaires diagnostiqués de manière fortuite, comme dans le cas de M. Émond, en sont au stade I, aurait dû, vu la nature éminemment conjecturale de la preuve contraire, résulter en l’application d’une présomption « grav[e], précis[e] et concordant[e] » que le cancer n’avait pas atteint le stade III ou un stade plus avancé en novembre 2005 (art. 2849 du *Code civil*). En n’appliquant pas une telle présomption, la juge a commis une erreur manifeste et dominante.

IV. Conclusion

[135] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA, CÔTÉ et BROWN sont dissidents.

*Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault,
Montréal.*

*Procureurs des appelants : McCarthy Tétrault,
Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Kugler Kandestin,
Montréal.*

*Procureurs de l'intimée : Kugler Kandestin,
Montréal.*