Commentaire d'arrêt : *St-Germain c Benhaim* – un jugement audacieux et habile

*Lara Khoury**

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

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

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

© Lara Khoury 2015

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

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

Introduction 113

I. Les faits et le jugement de la Cour supérieure 113

II. La décision sur la causalité 116

III. Un jugement audacieux et habile 119
A. Jugement audacieux : l'inférence défavorable 119
1. La présence d'incertitude comme condition préalable à l'inférence 120
2. L'incertitude causale créée fautivement : la recherche d'équité entre les parties 123
3. Le fondement factuel 126
4. Discussion sur la méthode 127
B. Jugement habile : le traitement de la preuve 131

Conclusion 135

Introduction

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

I. Les faits et le jugement de la Cour supérieure

Le recours découle du décès de Marc Émond d'un cancer pulmonaire. Sa conjointe, personnellement, en sa qualité de tutrice à son fils mineur et en sa qualité de légataire universelle, reproche à deux médecins, un omnipraticien et un radiologue, un retard dans le diagnostic de ce cancer. C'est à la suggestion de son omnipraticien, le docteur Benhaim, que le défunt se soumet le 9 novembre 2005, alors âgé de 44 ans, à une radiographie pulmonaire. Il ne présente alors aucun symptôme ni problème de nature pulmonaire, n'a jamais fumé, est sportif et est en excellente santé générale[2]. Le radiologue interprétant la radiographie, le docteur O'Donovan, constate une opacité d'étiologie incertaine au poumon droit (un nodule). Il suggère que des radiographies antérieures soient obtenues aux fins de comparaison si elles existent et, à défaut, de faire une radiographie de contrôle à un moment ultérieur et « probablement » une tomographie. La radiographie de contrôle est effectuée en janvier 2006, mais le docteur Benhaim ne vérifie pas le dossier médical du défunt qui contient des rapports de radiographies pulmonaires prises en 1994, 1998 et 1999. Interprétant la radiographie pulmonaire de contrôle, le docteur O'Donovan constate qu'il n'y a pas eu de changement et suggère une nouvelle radiographie de contrôle quatre mois plus tard. Il admettra par la suite qu'il soupçonnait alors la présence d'une tumeur, mais n'en a pas fait mention. Le docteur Benhaim informe donc monsieur Émond que les résultats de la radiographie sont normaux. La radiographie de contrôle recommandée ne fut jamais effectuée et c'est en dé-

---

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

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

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

Tableau 1. Déroulement chronologique des faits.

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

La Cour d'appel résume ainsi la preuve des experts quant à la causalité. Selon le docteur Ferraro, un chirurgien thoracique et l'expert des intimés, la radiographie de novembre 2005, interprétée de manière rétroactive à la lumière des tests de décembre 2006 et janvier 2007, est compatible avec un cancer de stade III ou IV inopérable avec métastases ganglionnaires. Cette opinion est, selon lui, confirmée par trois éléments qui retiennent particulièrement l'attention de la juge de première instance[3] : (1) l'évolution normalement lente du cancer pulmonaire, surtout chez les non-fumeurs ; (2) ce qu'il voit comme un ombrage sur la radiographie de novembre 2005

[3] Tel que le rapportent les juges Kasirer et Bélanger : *Benhaim*, *ibid* au para 194.

indiquant selon lui la présence de métastases ganglionnaires ; et (3) le fait que, statistiquement, la grande majorité des patients sont diagnostiqués à un stade avancé de ce type de cancer[4]. Il croit en outre peu probable qu'un cancer progresse d'un stade I à un stade IV en seulement 12 mois[5]. Quant aux deux experts en demande – un oncologiste pulmonaire et un oncologiste – ils sont plutôt d'avis que le cancer était de stade I ou IIA en novembre 2005, et donc opérable. Ils fondent cette conclusion (1) sur la dimension du nodule vu à la radiographie de novembre 2005 ; (2) sur l'absence de signe d'atteinte ganglionnaire ; (3) sur l'absence de symptômes chez le défunt et son bon état de santé ; et (4) sur le fait que monsieur Émond n'aurait pas survécu aussi longtemps[6] s'il était atteint d'un cancer de stade IV en novembre 2005. Les juges majoritaires soulignent que les experts de la demande notent que 78 % des cancers découverts de manière fortuite[7], comme dans le cas du défunt, sont de stade I avec un pronostic favorable dans plus de 50 % des cas[8].

Le 7 septembre 2011, la juge Geneviève Marcotte de la Cour supérieure accueille en partie l'action. Elle conclut que les deux médecins ont commis une faute en faisant preuve de laxisme et en ne recommandant pas une investigation plus poussée après avoir constaté la présence du nodule. Elle est toutefois d'avis qu'il n'y a pas de lien de causalité entre ces fautes et le décès de monsieur Émond. Elle retient le témoignage de l'expert de la défense et conclut que le défunt était, au moment où les fautes furent commises, au stade III ou IV de son cancer et n'avait donc qu'une faible chance de survie[9]. Elle reconnait que la survie de monsieur Émond – selon son hypothèse, 30 mois avec un cancer de stade IV, sans traitement pendant les 13 premiers mois – défie les statistiques, mais elle considère que cela peut s'expliquer par son bon état de santé général, tout comme pouvait l'être l'apparition tardive des symptômes[10]. La juge de première instance accorde toutefois des

---

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

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

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

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

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

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

10 *Ibid* au para 144.

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

C'est l'appréciation du lien causal par la juge du fond qui est remise en question devant la Cour d'appel, la faute n'étant plus contestée[11]. Les appelantes plaident que la juge de première instance aurait dû retenir dans le cas du défunt la statistique voulant que pour 78 % des personnes dont le cancer est diagnostiqué de manière fortuite, la maladie est au stade I[12]. Elles argumentent que l'opinion des experts des intimés ne s'appuie que sur des hypothèses et utilise une interprétation rétroactive qui n'est pas basée sur une technique approuvée par la science[13]. Les médecins intimés répondent que la juge a fondé son opinion sur la preuve administrée au procès[14]. La Cour d'appel observe d'emblée que la résolution de la question causale dépend de l'état d'avancement du cancer de monsieur Émond au moment de la faute en novembre 2005 (omission de comparer les radiographies avec celles disponibles) et en janvier 2006 (omission d'entreprendre des investigations plus poussées à la suite de la seconde radiographie)[15].

II. La décision sur la causalité

La Cour d'appel accueille l'appel en partie avec dépens et les trois juges s'entendent sur les dommages et intérêts à attribuer aux demanderesses, ainsi que sur les sommes additionnelles à titre de dépenses futures[16]. Ils conviennent également que le lien de causalité est prouvé, mais pour des raisons différentes. Le juge Fournier voit dans le jugement de première instance une erreur de fait dans l'appréciation de la preuve d'expert, alors que les juges Kasirer et Bélanger y voient une erreur de droit.

---

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

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

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

14 *Ibid* au para 47, juge Fournier.

15 *Ibid* au para 55.

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

Le juge Fournier rappelle d'abord le devoir de retenue de la Cour d'appel quant aux constatations de fait du juge de première instance[17]. D'emblée, il note, citant *St-Jean c Mercier*[18], que le fait que la faute des intimés empêche de faire la preuve directe d'une des conditions de la responsabilité ne devrait pas mener à un allègement du fardeau de preuve[19]. Toutefois, le juge Fournier n'accepte pas deux éléments centraux de la preuve d'expert des intimés. Il conteste d'abord leur observation voulant que la survie de monsieur Émond, malgré, selon leur hypothèse, un cancer de stade IV en novembre 2005, s'explique par le fait que la progression du cancer chez les non-fumeurs est lente et que le défunt était en très bonne santé. Pour le juge Fournier, rien dans la preuve ne permettait de croire qu'il est probable de vivre 30 mois, sans traitement les 13 premiers mois, avec un cancer de stade avancé[20]. Il doute en outre que la présence d'un ombrage apparaissant à la radiographie de novembre 2005 – dont l'existence est d'ailleurs débattue[21] – permette d'écarter la thèse de la demande[22]. Enfin, il conclut que l'ensemble de la preuve ne permet pas de statuer comme l'a fait la juge de première instance[23]. Rappelant que la Cour suprême du Canada dans *Snell c Farrell*[24] enseigne que la causalité en droit n'est pas identique à la causalité exigée en science[25], le juge Fournier est principalement d'avis que si le cancer de monsieur Émond était de stade III ou IV en novembre 2005 ou janvier 2006, le pronostic était fatal à 12 mois maximum selon la preuve. Par conséquent, la durée de sa survie indique plutôt, selon la prépondérance de preuve, que

---

17 *Ibid* aux para 60-61.

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

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

20 *Ibid* aux para 78, 83.

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

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

23 *Ibid* au para 86.

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

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

son cancer était de stade I ou II[26]. De plus, s'appuyant sur l'opinion des experts de la demande, le juge Fournier conclut que le lien de causalité est établi[27] puisque la preuve démontre que le pronostic pour un cancer de stade I ou IIA traité par chimiothérapie est à 50 % de guérison favorable[28].

La décision de la majorité, cosignée par les juges Kasirer et Bélanger, fera l'objet d'une étude détaillée dans la prochaine section. Nous n'en résumons donc ici que les grandes lignes. Contrairement à leur collègue, les juges de la majorité concluent à une erreur de droit de la part de la juge de première instance[29] en ce qu'elle n'aurait pas tiré une « inférence défavorable » aux intimés alors que les faits de l'affaire et la décision de la Cour suprême du Canada dans *Snell* l'y autorisaient[30]. Plus précisément, cette inférence était justifiée par : (1) l'existence d'une incertitude scientifique quant au stade de progression du cancer du défunt au moment de la survenance de la faute rendant impossible la preuve directe de la causalité ; (2) le fait que cette incertitude et impossibilité de preuve aient été causées par la faute des intimés en ce qu'elles découlent de l'omission fautive d'entreprendre les tests médicaux appropriés[31] ; (3) la statistique selon laquelle 78 % des cancers découverts de manière fortuite sont de stade I avec un pronostic de guérison favorable à plus de 50 %, fournissant ainsi le « très peu d'éléments de preuve affirmative » requis par *Snell* pour tirer l'inférence[32]. Enfin, les juges majoritaires trouvent que les intimés n'ont pas présenté de preuve permettant de renverser cette inférence, en ne démontrant pas que monsieur Émond faisait partie des 22 % de personnes pour lesquelles un cancer de stade avancé inopérable est découvert de manière fortuite[33]. En

---

26 *Ibid* aux para 87-96.

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

28 *Ibid* au para 106.

29 *Ibid* au para 140.

30 *Ibid* aux para 141, 181-82.

31 Voir aussi *ibid* au para 162.

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

33 *Ibid* au para 144.

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

III. Un jugement audacieux et habile

A. Jugement audacieux : l'inférence défavorable

Le jugement majoritaire est audacieux, car il ose aller au-delà du conservatisme actuel de la jurisprudence qui tend à restreindre le rôle du juge québécois devant l'incertitude causale à la seule prise en compte des faits et de leur force probante dans le cadre – au mieux – de la preuve par présomption de fait[34]. La majorité met ainsi à l'avant-plan la question cruciale des frontières de la fonction judiciaire lorsqu'une interprétation rigide du droit et des règles de preuve mène à une injustice. Elle le fait en « inférant » la causalité sur le fondement de la preuve statistique et d'une préoccupation de justice pour les parties.

Les décisions majoritaire et minoritaire rappellent qu'il est impossible en droit québécois d'indemniser un patient pour le fait que la faute du médecin lui ait fait perdre des chances de guérison[35], ce qui pousse la majorité à plutôt situer son approche au sein du droit de la preuve. Tout en admettant que les « inférences négatives » sont rares en droit québécois de la responsabilité médicale[36], les juges majoritaires les considèrent comme justifiées en l'espèce. Ils fondent dans un premier temps cette conclusion sur le fait que l'incertitude causale dans cette affaire résulte de la faute des médecins intimés[37]. La majorité s'oppose ainsi à ce que ces derniers puissent éviter la responsabilité en invoquant cette incertitude[38]. Citant *Snell*, elle indique que les tribunaux acceptent non pas de renverser le fardeau de la preuve sur cette base, mais de plutôt alléger le fardeau de la preuve, par le biais d'une

---

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

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

36 *Benhaim*, *ibid* au para 147.

37 *Ibid* au para 163.

38 *Ibid* au para 164.

inférence défavorable[39]. S'autorisant de cet allègement, les juges majoritaires infèrent ensuite la causalité en s'appuyant sur la statistique voulant que 78 % des cancers découverts de manière fortuite sont de stade I avec un pronostic de guérison favorable. Trois éléments centraux composent donc la preuve par inférence de la majorité : (1) la présence d'une incertitude ; (2) la possibilité d'alléger le fardeau des appelantes en raison du fait que l'incertitude a été créée par la faute des intimés ; et (3) l'existence d'un fondement factuel – statistique en l'espèce – sur lequel asseoir l'inférence.

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

Le jugement majoritaire se montre sensible à la situation de certaines victimes à l'égard de la preuve de la causalité en présence d'incertitude. Les trois juges de la Cour d'appel soulignent dès le départ la présence d'une incertitude *scientifique* quant à l'état d'avancement du cancer du défunt au moment de la commission des deux fautes retenues contre les médecins intimés[40]. La majorité, en particulier, met l'accent sur l'impossibilité de démontrer scientifiquement par preuve directe le stade de cancer du défunt au moment de la survenance de ces fautes[41]. Cette insistance et l'importance que ce constat prend dans la décision majoritaire justifient de s'intéresser à ce concept.

L'incertitude causale scientifique se présente classiquement lorsque, par exemple, l'étiologie de la condition dont souffre le demandeur ou les risques associés à une substance ou un médicament soupçonné d'avoir causé son dommage sont trop inconnus pour pouvoir évaluer le lien entre le préjudice et la faute commise. C'est d'ailleurs une célèbre affaire écossaise concernant un travailleur souffrant d'une dermatite d'étiologie incertaine[42] qui est à l'origine de l'intérêt que les tribunaux canadiens portent à l'incertitude causale depuis les années 90. Ce type d'incertitude affecte la « causalité générale », c'est-à-dire la détermination dans l'abstrait d'un lien causal

---

39 *Ibid* au para 166.

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

41 *Ibid* aux para 142, 162.

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

entre deux facteurs, rendue impossible en raison de l'état d'avancement de la science[43]. L'incertitude rencontrée dans *Benhaim* est plus proche de celle nuisant à la preuve dans *Snell*[44] et portant sur la « causalité personnelle » ou « spécifique ». Dans ce dernier cas, c'est l'appréciation du lien causal dans un cas concret qui pose problème par manque, par exemple, d'information factuelle ou scientifique. Ainsi, dans *Benhaim*, le résultat d'une tomographie non effectuée est inconnu, ce qui empêche de déterminer dans le cas précis les chances de survie du patient au moment de la survenance de la faute. Par contre, si cette tomographie avait été réalisée, il serait possible d'énoncer une opinion scientifique quant au stade du cancer du patient et à l'effet du délai de traitement sur la progression de la maladie. La distinction entre causalité générale et causalité personnelle ne porte toutefois pas à conséquence dans l'affaire qui nous occupe ; essentiellement, les juges majoritaires se préoccupent de l'impossibilité de preuve, et le fait que cette dernière découle d'un manque d'information de nature scientifique nuisant à l'évaluation de la causalité générale ou personnelle n'y change rien. Par contre, l'affaire *Benhaim* rappelle la nécessité de mieux définir le concept d'incertitude scientifique et de déterminer comment elle doit être abordée en droit, une décision pouvant différer selon que l'incertitude porte sur la causalité générale ou personnelle. Un tel questionnement est important non seulement en matière médicale, mais également en matière de responsabilité pharmaceutique et environnementale où l'incertitude causale scientifique constitue un empêchement fréquent aux recours entrepris par les victimes[45]. Cette nécessité est d'autant plus grande à la lumière des va-et-vient récents de la Cour suprême du Canada quant à ce qui constitue une incertitude causale.

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

---

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

44 *Snell*, *supra* note 24.

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

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

de prouver au moyen du test du facteur déterminant (« *but-for test* »[47]) que la négligence du défendeur lui a causé un préjudice en raison de « facteurs qui échappent au contrôle du demandeur ; *par exemple, les limites de la science* »[48]. À la suite de cette décision, les tribunaux débattirent de la signification de cette exigence d'incertitude de preuve, certains l'appliquant restrictivement en rappelant que le fait que la théorie de causalité du demandeur soit difficile à prouver ou que les parties aient présenté des théories divergentes n'est pas une base suffisante pour faire exception au test du facteur déterminant[49]. Cinq ans plus tard, dans *Clements c Clements*[50], la Cour suprême revient sur ses pas en affirmant que la condition d'impossibilité de preuve ne s'applique que dans les cas où il est véritablement impossible de déterminer ce qui a causé le préjudice, notamment lorsqu'on ne peut prouver ce qu'une personne particulière aurait fait en l'absence de faute[51] et dans les cas posant des problèmes de causalité alternative impliquant une pluralité de défendeurs fautifs[52]. L'incertitude envisagée par la Cour n'est désormais plus scientifique.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

> Je suis d'avis que le mécontentement à l'égard de la façon traditionnelle d'aborder la causalité dépend dans une large mesure de son *application trop rigide* par les tribunaux dans un grand nombre d'affaires. La causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique.…
>
> …
>
> Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais *en l'absence de preuve contraire* présentée par le défendeur, une *inférence de causalité* peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite[53].

Le juge Sopinka se dit d'avis qu'il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l'appui de la théorie de la causalité de la demande en raison du fait qu'ils déterminent habituellement la causalité en termes de certitude alors que le droit ne requiert que la prépondérance de preuve[54]. Rappelant que le fardeau et la norme de preuve sont des concepts souples, la Cour suprême propose une approche moins rigide de la preuve par inférence dans les affaires portant sur une faute professionnelle dans lesquelles le défendeur possède une connaissance particulière des faits : « Dans ces circonstances, il suffit de *très peu d'éléments de preuve affirmative* de la part du demandeur pour justifier une déduction de causalité en l'absence de preuve contraire »[55]. Le juge Sopinka accepte donc d'inférer la causalité dans cette affaire car le médecin défendeur était présent pendant la chirurgie et était mieux placé pour observer ce qui s'est produit et pour

---

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

54 *Ibid* à la p 330.

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

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

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

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

Ils mettent l'accent sur le fait que l'incertitude fautivement créée ne devrait cependant pas mener à un renversement du fardeau de preuve, sensible à l'injustice pouvant alors être créée pour le défendeur[59] :

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

---

56 *Ibid* à la p 336.

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

58 *Ibid* au para 169.

59 *Ibid* aux para 167-68.

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

Le jugement majoritaire reconnait donc que l'attitude judiciaire par rapport à la preuve, en situation d'incertitude, peut être influencée par des considérations générales ayant trait aux besoins de justice et d'équité entre les parties. Récemment, les juges Rothstein et Moldaver mentionnaient eux aussi ce besoin d'équité probatoire dans la dernière décision majeure de la Cour suprême du Canada portant sur la causalité médicale, *Ediger c Johnston* : « Pour déterminer si la preuve déposée par le défendeur [pour contrer une inférence qui lui est défavorable] est suffisante, le juge des faits doit tenir compte de la preuve que chaque partie est en mesure de produire »[61]. Depuis *Snell c Farrell*, la prise en compte de la faute du défendeur dans la création de l'incertitude causale fut reprise en jurisprudence canadienne[62] et dans de rares jugements québécois[63], parfois minoritaires[64].

---

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

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

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

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

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

3. Le fondement factuel

La création fautive de l'incertitude causale n'est cependant pas pour la majorité le seul fondement de l'inférence. Il s'agit en fait de la justification pour l'adoption d'une approche plus flexible à l'égard de la preuve et de la possibilité d'inférer la causalité. Le jugement majoritaire requiert en outre l'existence du « très peu d'éléments de preuve affirmative » auquel réfère le juge Sopinka dans *Snell*. Il trouve ces éléments dans deux statistiques présentées par les appelantes, soit qu'il y avait 78 % de chances que le cancer de monsieur Émond fut au stade I en raison du fait qu'il a été découvert de manière fortuite, et que le taux de guérison par chirurgie dans un tel cas aurait été de 70 % si le cancer était au stade I et de 55 % s'il était au stade II[65]. La décision rappelle que la juge de première instance a accepté en preuve ces deux faits statistiques et le caractère fortuit de la découverte du cancer du défunt[66]. L'inférence s'appuie donc sur une preuve factuelle de nature statistique distincte des chances de survie personnelles de monsieur Émond, celles-là inconnues.

Dans *Snell*, l'inférence était aussi fondée sur le fait que le défendeur-médecin était le mieux placé pour savoir ce qui s'était passé[67]. La Cour suprême appuie la prise en compte de cet élément sur une citation de *Wigmore on Evidence* affirmant que le fardeau ultime de la preuve est déterminé par le droit positif « en fonction de motifs généraux d'expérience et d'équité » et qui affirme qu'en matière civile « les deux principes généraux sont les suivants : … 2. lorsqu'une partie possède une connaissance particulière de l'objet de l'allégation, celle-ci peut être tenue d'en faire la preuve »[68]. La Cour suprême invoque aussi un énoncé de Lord Mansfield dans une décision du 18e siècle : « Il s'agit certainement d'une maxime selon laquelle tout élément de preuve doit être apprécié en fonction de la preuve qu'une partie avait le pouvoir de produire et que la partie adverse avait le pouvoir de contredire »[69]. Une connaissance particulière des faits est-elle donc né-

---

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

66 *Ibid* au para 175.

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

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

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

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

4. Discussion sur la méthode

L'utilisation par les juges Kasirer et Bélanger des expressions « *unfavorable inference* »[70], « *adverse inference* »[71] et « *negative inference* »[72] pour référer à la technique de preuve utilisée fait réfléchir dans un contexte de droit civil québécois. Parce que le jugement de la majorité est rédigé en anglais et inspiré de l'affaire *Snell*, on peut facilement comprendre l'emploi du terme « inférence ». Mais, évidemment, ce vocable soulève inévitablement la question de la nature de la technique probatoire utilisée. Il ne s'agit sans doute pas d'une présomption de fait telle qu'on la conçoit classiquement, puisque l'inférence opérée par la majorité est fondée sur une preuve factuelle réduite (le « très peu d'éléments de preuve affirmative ») et sur des raisons de politiques générales (la création fautive de l'incertitude causale). De plus, les juges Kasirer et Bélanger se gardent de prétendre créer une présomption légale de causalité au sens de l'article 2847 CcQ. Ils refusent d'ailleurs explicitement de qualifier leur exercice de « présomption de causalité », qu'ils paraissent assimiler à un renversement du fardeau de la preuve[73], ou de « présomption légale de causalité »[74]. Cela est à bon escient, car des opinions doctrinales au Québec s'opposent à la création par le juge civiliste de présomptions de causalité établies à l'avance, véritables règles de droit substantiel qui s'imposent au juge de première instance et à partir desquelles le juge se doit de déduire la causalité[75]. Une telle technique

---

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

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

72 *Ibid* au para 147.

73 *Ibid* au para 168.

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

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

usurperait le rôle du législateur qui seul peut créer une présomption légale[76]. Cette opinion semble d'ailleurs avoir influencé le juge Gonthier dans *St-Jean c Mercier* lorsqu'il exclut la possibilité de trouver la causalité prouvée sur la seule base de la création fautive d'un risque par le défendeur :

> La Cour d'appel déclare à bon droit qu'il ne suffit pas de montrer que le défendeur a créé un risque de préjudice et que le préjudice s'est ensuite réalisé dans l'aire de risque ainsi créée. Dans la mesure où cette notion est un moyen de preuve distinct comportant une norme moins exigeante à satisfaire, l'arrêt *Snell* et sans aucun doute l'arrêt *Laferrière*, précités, auraient dû mettre fin à ces tentatives de contourner les règles de preuve traditionnelles selon la prépondérance des probabilités. Il se peut que l'on ait mal interprété ce que je dis dans *Laferrière*, p. 609 : « Dans certains cas, lorsqu'une faute comporte un danger manifeste et que ce danger se réalise, il *peut* être raisonnable de présumer l'existence du lien de causalité, sous réserve d'une démonstration ou d'une indication contraire » (je souligne). Cet énoncé ne fait que répéter la règle traditionnelle applicable aux présomptions, et ne crée pas d'autres moyens de preuve en droit civil québécois relativement à l'établissement d'un lien de causalité. La Cour d'appel a eu raison de considérer que cet extrait avait trait aux présomptions dans le cadre des règles traditionnelles de causalité[77].

Pourtant, en France – où le Code civil contient des dispositions similaires aux articles du Code civil du Québec portant sur la preuve par présomption[78] – on ne se formalise pas outre mesure de la création de tels raisonnements déductifs par la Cour de cassation, qu'on a parfois nommés « présomptions quasi-légales » ou « présomptions jurisprudentielles », afin de venir en aide aux victimes confrontées par l'incertitude causale dans le contexte de crises telles celle du sang contaminé[79]. Certains auteurs, dont Pothier et Gény, sont

---

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

[76] *Ibid*.

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

[78] Art 1350, 1353 C civ.

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

en effet d'avis qu'une présomption légale peut exister sans texte législatif en présence d'une jurisprudence constante[80]. Il s'agirait selon Dupichot et Guével de « présomptions intermédiaires » se situant entre la présomption de fait et la présomption légale[81]. On remarque que ces présomptions sont habituellement créées pour des raisons sérieuses, sous l'influence de considérations morales, économiques et sociales et pour protéger certains groupes pour des motifs d'intérêt public[82].

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

---

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

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

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

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

Aristorenas v Comcare Health Services :

> *It is important to note that Sopinka J. does not reduce the ultimate burden of proof from a balance of probabilities. Rather, the "robust and pragmatic" approach is adopted in evaluating the facts of the case and deciding whether they meet the civil standard. Put another way, the burden of proof is the same, but a series of facts and circumstances established by the evidence led at trial may enable the trial judge to draw an inference even though medical and scientific expertise cannot arrive at a definitive conclusion*[84].

Les juges majoritaires font aussi référence à la décision du juge Gonthier dans *St-Jean c Mercier* où il apparaît mentionner l'« inférence défavorable »[85] comme référant au transfert au défendeur du fardeau de preuve *tactique* qu'opère une preuve par présomption de fait[86]. Enfin, ils citent un jugement du juge Baudouin dans lequel il affirme, citant *Snell* – qu'il considère applicable en droit civil québécois sur ce point – que « l'on ne doit pas mettre sur les épaules des demandeurs un fardeau exagéré, lorsqu'il s'agit de prouver le lien de causalité en matières médicales »[87].

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

---

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

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

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

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

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

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

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

B. Jugement habile : le traitement de la preuve

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

---

89 *Snell*, *supra* note 24.

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

La majorité note en effet que la juge de première instance était aux prises avec une « apparence » de conflit d'opinions d'experts[91]. L'utilisation du mot apparence n'est pas anodine. La majorité de la Cour d'appel conclut que la preuve d'expert de l'intimé – préférée par la juge de première instance – n'était pas probante en ce qu'elle était restée au stade des hypothèses et des conjectures : « *It is therefore wrong to say that the judge was simply called upon to choose between conflicting expert opinions. The choice was between the concrete statistical evidence, on the one hand, and the speculative explanation for the losses offered by the defence* »[92]. La majorité analyse cette question en réponse à deux arguments de la défense. Le premier raisonnait que le défunt ne faisait pas partie des 78 % de personnes dont le cancer, découvert de façon fortuite, est de stade I parce qu'il était toujours asymptomatique lorsqu'on lui diagnostiqua un cancer de stade IV en janvier 2007[93]. Le deuxième argument de la défense, subsidiaire, était que même si une inférence devait être retenue sur la base de cette preuve statistique, elle était contredite par l'opinion de l'expert des intimés et par la preuve statistique démontrant que la majorité des patients qui reçoivent un diagnostic de cancer pulmonaire sont à un stade avancé de la maladie[94]. Le jugement majoritaire met rapidement de côté le premier argument[95]. De plus, il se dit d'avis qu'il n'y avait aucune preuve directe au dossier contredisant la statistique voulant qu'il y eût une chance de 78 % que le cancer de monsieur Émond soit au stade I au moment de la survenance des fautes. De plus, il n'y avait pas non plus de preuve indirecte, l'analyse rétrospective de l'expert des intimés (de l'aveu même de ce dernier)[96] étant spéculative[97]. Pour la majorité, l'opinion du docteur Ferraro était fondée sur des hypothèses, elles-mêmes fondées sur des faits non prouvés, c'est-à-dire sur une

---

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

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

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

94 *Ibid* aux para 184-85.

95 Voir *ibid* au para 191.

96 *Ibid* aux para 201-03.

97 *Ibid* aux para 204-05, 208.

interprétation rétrospective d'une radiographie qui n'établissait nullement le stade de cancer du défunt en novembre 2005 (on comprend ici que les juges majoritaires ne croient pas en la présence d'un ombrage sur la radiographie en question)[98]. Elle remarque également que l'expert des intimés note lui-même la nature hypothétique d'un autre fait à la base de son opinion, soit que le cancer de monsieur Émond ne pouvait avoir progressé d'un stade I à un stade IV en 12 ou 13 mois[99]. La majorité accepte sur ce point l'opinion d'un des experts de la demande selon laquelle il n'existe pas de données fiables mesurant le rythme de progression d'un cancer du stade I au stade IV sans traitement puisque, lorsqu'on diagnostique un patient au stade I, il est immédiatement traité[100]. Derrière cette conclusion se trouve une inquiétude avouée des juges Kasirer et Bélanger quant à la possibilité pour les défendeurs dans les affaires de responsabilité médicale de soulever des hypothèses variées pour expliquer les évènements, sans preuve factuelle concrète, une inquiétude partagée par les auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore, qu'ils citent :

> On constate principalement ce phénomène lorsque la défense, par une preuve d'expert, présente au tribunal plusieurs hypothèses ou plusieurs scénarios compatibles avec la création du préjudice. Devant une seule théorie proposée par le demandeur, et plusieurs soulevées par la défense, la jurisprudence estime bien souvent que le premier ne s'est pas adéquatement déchargé du fardeau probatoire qui est le sien. Une évolution jurisprudentielle ou même une réforme législative sur ce point reste souhaitable[101].

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

---

98 *Ibid* aux para 206, 214.

99 *Ibid* aux para 210-11.

100 *Ibid* au para 210.

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

et montre une volonté de corriger certaines confusions dans ce domaine. Les trois juges rappellent qu'ils doivent prendre position sur l'existence du lien de causalité en fonction de la prépondérance de preuve. La majorité de la Cour d'appel affirme également que la preuve par inférence, même en présence d'incertitude fautivement créée par le défendeur[102], n'équivaut pas à un renversement du fardeau de la preuve, qui demeure invariablement sur les épaules du demandeur[103]. La Cour suprême du Canada, par la voix du juge Sopinka, insiste d'ailleurs sur cette absence de renversement dans *Snell* :

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

Enfin, le jugement majoritaire fait montre de perspicacité dans sa compréhension de la preuve scientifique/statistique. On le constate particulièrement dans le traitement qu'il fait d'un des trois éléments sur lesquels se base l'expert des intimés pour évaluer le stade du cancer du défunt lors de la commission de la faute. L'expert avait insisté sur le fait que, statistiquement, la grande majorité des patients souffrant de cancer pulmonaire se voient diagnostiquer à un stade avancé. Pour la majorité de la Cour, ce fait statistique ne procure aucune réponse à un autre fait statistique qu'elle retient comme preuve *prima facie* de la causalité[105], soit que 78 % des cancers découverts

---

102 *Benhaim*, *ibid* au para 167.

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

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

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

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

> *To say "the great majority of patients are diagnosed at an advanced stage" is to make a different point that says nothing directly about patients whose cancer is discovered fortuitously. When one tallies up all diagnoses, including the fortuitous ones, the majority of patients may well be at a late stage. This does not explain how to differentiate between, on the one hand, the fortuitously discovered cancers at stage I and, on the other hand, the fortuitous cancers discovered at a later stage in a manner that would help establish whether Mr. Émond was in the first or second category*[106].

Conclusion

Malgré ses paramètres circonscrits, *St-Germain c Benhaim* aura certainement des répercussions dans d'autres domaines du droit de la responsabilité civile dans lesquels la preuve de la causalité rencontre fréquemment l'obstacle de l'incertitude, notamment en responsabilité environnementale et pharmaceutique. En admettant qu'en présence d'incertitude fautivement causée, la causalité puisse être inférée sur la base d'une preuve statistique, donc généralisée, la décision de la Cour d'appel pourrait, par exemple, faciliter la démonstration de l'existence de questions causales « identiques, similaires ou connexes »[107] dans les recours collectifs entrepris fréquemment dans ces domaines. De plus, on pourrait croire que la technique proposée facilitera l'imposition de responsabilité pour l'utilisation industrielle ou la mise en marché de produits dont la toxicité est mal connue par une industrie qui néglige ses obligations en termes de recherche[108]. Sur ce point, notons toutefois que la majorité de la Cour d'appel dans *Benhaim* n'introduit pas une « faute de création d'incertitude causale ». L'incertitude causale est bel

---

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

107 Art 1003 Cpc.

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

et bien l'*effet* et non la source du comportement fautif dans cette affaire. Enfin, la présence d'une faute est centrale à la preuve allégée de causalité en l'espèce, ce qui pourrait exclure le recours à cette dernière dans le cadre de régimes québécois de responsabilité du fait des produits[109] ou fondés sur les inconvénients du voisinage[110] qui n'exigent pas la preuve d'une faute.

Quant au domaine médical, on s'inquiétera – c'est normal – des effets de la décision, pensant qu'elle forcera la multiplication de tests diagnostiques non opportuns. Rappelons toutefois que l'approche proposée par le jugement majoritaire de la Cour d'appel trouve uniquement application dans le contexte d'une omission *fautive* de diagnostiquer en temps utile une condition traitable. Omettre d'entreprendre un test diagnostique supplémentaire n'est pas forcément fautif en l'absence d'indication médicale. En effet, dans l'affaire *Benhaim*, ce n'est pas le seul fait qu'on ait négligé d'entreprendre des investigations plus poussées qui était en cause, mais bien l'absence fautive d'investigations à la lumière d'indications médicales selon lesquelles elles auraient été opportunes vu la présence d'un nodule dans des circonstances où le radiologue défendeur lui-même soupçonnait un processus néoplasique. De plus, la technique employée est également restreinte à la situation où cette omission fautive a créé un vide factuel et médical menant à une incertitude quant au lien causal, une conséquence qui n'est pas systématiquement présente dans les affaires de retard de diagnostic et de traitement. D'ailleurs, dans la plus célèbre affaire canadienne portant sur un retard dans le traitement d'un cancer, *Laferrière c Lawson*, une telle incertitude était absente[111].

Ensuite, il ne faut pas oublier un élément central à la décision de la Cour d'appel, soit que le dossier de la preuve contenait à son avis une opinion d'expert voulant que 78 % des cancers découverts de manière fortuite soient de stade I et donc opérables avec 70 % de chances de survie[112]. Même si la majorité de la Cour d'appel compare cette donnée au « très peu d'éléments de preuve affirmative » requis par le juge Sopinka dans *Snell* pour fonder son inférence, il s'agit d'une donnée statistique non négligeable qui offre une assise solide à l'inférence. La conclusion portant sur la causalité n'est

---

109 Art 1468-69 CcQ.

110 Art 976 CcQ.

111 *Laferrière*, *supra* note 34.

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

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