

Dr. Ray Lawson Appellant

v.

**Me Nicole Laferrière in her capacity as
testamentary executor of the late Mireille
Fortier-Dupuis** Respondent

INDEXED AS: LAFERRIÈRE v. LAWSON

File No.: 21334.

1990: March 22; 1991: March 21.

Present: Lamer C.J.* and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil responsibility — Medical malpractice — Causation — Theory of loss of chance — Doctor performing biopsy but failing to inform patient of cancerous condition found or follow up on patient's health in appropriate manner — Patient later dying of generalized cancer — Whether action against doctor can succeed even where it is not proven that patient's fate would have been different absent the doctor's fault — Whether theory of loss of chance should be introduced into Quebec civil law in matters of medical responsibility.

Physicians and surgeons — Medical malpractice — Causation — Theory of loss of chance — Doctor performing biopsy but failing to inform patient of cancerous condition found or follow up on patient's health in appropriate manner — Patient later dying of generalized cancer — Whether action against doctor can succeed even where it is not proven that patient's fate would have been different absent the doctor's fault — Whether theory of loss of chance should be introduced into Quebec civil law in matters of medical responsibility.

Respondent is testamentary executor of the late D, who consulted appellant about the presence of an abnormal lump in her breast. Appellant performed a biopsy and removed the lump, which was found to be cancerous, but did not inform D of the cancerous condition or arrange any follow-up treatment. D's health later deteriorated; she was diagnosed as having generalized cancer and underwent surgery and various treatments. She

Dr Ray Lawson Appellant

c.

^a **M^e Nicole Laferrière en sa qualité
d'exécutrice testamentaire de feu Mireille
Fortier-Dupuis** Intimée

^b RÉPERTORIÉ: LAFERRIÈRE c. LAWSON

N^o du greffe: 21334.

1990: 22 mars; 1991: 21 mars.

^c Présents: Le juge en chef Lamer* et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^d

Responsabilité civile — Faute médicale — Causalité — Théorie de la perte de chance — Biopsie pratiquée par un médecin qui ne renseigne pas sa patiente sur son état cancéreux et qui omet d'assurer le suivi requis de son état de santé — Décès ultérieur de la patiente d'un cancer généralisé — Faut-il accueillir l'action intentée au médecin même s'il n'est pas prouvé que le sort de la patiente aurait été différent sans sa faute? — Faut-il incorporer la théorie de la perte de chance dans le droit civil québécois de la responsabilité médicale?

Médecins et chirurgiens — Faute médicale — Causalité — Théorie de la perte de chance — Biopsie pratiquée par un médecin qui ne renseigne pas sa patiente sur son état cancéreux et qui omet d'assurer le suivi requis de son état de santé — Décès ultérieur de la patiente d'un cancer généralisé — Faut-il accueillir l'action intentée au médecin même s'il n'est pas prouvé que le sort de la patiente aurait été différent sans sa faute? — Faut-il incorporer la théorie de la perte de chance dans le droit civil québécois de la responsabilité médicale?

L'intimée est l'exécutrice testamentaire de feu M^{me} D, qui a consulté l'appellant au sujet d'une masse anormale dans son sein. L'appellant a pratiqué une biopsie et l'ablation de la masse qui était cancéreuse, mais il n'a pas informé D de son état cancéreux, ni établi de suivi à long terme. Plus tard la santé de D s'est détériorée; elle a été déclarée atteinte d'un cancer généralisé et a subi des opérations chirurgicales et différents traite-

* Chief Justice at the time of judgment.

* Juge en chef à la date du jugement.

brought an action against appellant for damages, but died before the proceedings had been completed. Respondent continued the suit, which the trial judge dismissed on the merits. The Court of Appeal reversed the decision. The majority of the court found that appellant's fault resulted in the loss of a real and serious chance to benefit from proper medical care, which should give rise to damages.

Held (La Forest J. dissenting): The appeal should be allowed in part.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Respondent's claim for damages for anguish and frustration must be accepted, since appellant's fault was directly related to the great, unnecessary psychological stress D faced upon learning that she had gone four years without knowing of her cancerous condition and without undergoing the follow-up, monitoring and treatment that was appropriate in her case. The loss of chance analysis used to support the claim for damages for physical pain and suffering and premature death is inappropriate, however, at least in cases where death or sickness has already occurred. In such cases classical principles of causation suffice and are essential in order for individual responsibility to attach.

The independent recognition of a lost chance is questionable in all but the exceptional classic cases, and there is certainly no reason to extend such an artificial form of analysis to the medical context, where faults of omission or commission must be considered alongside other identifiable causal factors in determining what has produced the particular result in the form of sickness or death. In France and Belgium, while there is little doctrinal resistance to the application of loss of chance in the classic cases, the theory has been severely criticized when applied in the medical context as being an attempt to avoid the requirement of certain causation. In Quebec, in cases which have dealt with loss of chance in the medical context, the courts have generally focussed on the actual damage which has occurred rather than the lost chance itself, perhaps because of less rigid rules regarding causation. Such an approach, which ensures that the causal link between the fault and the actual situation now experienced by the plaintiff is established at least on the balance of probabilities, is preferable. The plaintiff is aided in establishing his case by presumptions and factual and statistical evidence. In some cases, where a fault presents clear danger for the health and security of the patient and where such a danger materializes, it may be reasonable for a judge to presume the

ments. Elle a intenté une action en dommages-intérêts contre l'appelant, mais elle est décédée en cours d'instance. L'intimée a continué l'action qui a été rejetée sur le fond en première instance. La Cour d'appel a infirmé cette décision. La Cour a conclu, à la majorité, que la faute de l'appelant avait entraîné la perte d'une chance réelle et sérieuse de profiter de soins médicaux appropriés et qu'il y avait lieu à indemnisation.

Arrêt (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est accueilli en partie.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin: Il faut faire droit à la réclamation de l'intimée pour angoisse et frustration puisque la faute de l'appelant est directement reliée au stress psychologique considérable et inutile que D a ressenti en apprenant qu'elle avait vécu pendant quatre ans sans savoir qu'elle souffrait d'un cancer et sans bénéficier du suivi, du contrôle et du traitement qui auraient été indiqués dans son cas. L'analyse fondée sur la perte de chance proposée comme fondement de la réclamation de dommages-intérêts pour souffrances physiques et mort prématurée ne convient pas, du moins quand la mort ou la maladie est déjà survenue. Dans ces cas, les principes classiques en matière de causalité suffisent et constituent les fondements essentiels de la responsabilité individuelle.

La reconnaissance distincte d'une perte de chance est douteuse, sauf dans les cas classiques exceptionnels, et il n'y a certainement aucune raison d'étendre une forme aussi artificielle d'analyse au contexte médical lorsqu'il faut tenir compte de fautes d'omission ou de fautes résultant d'une action concurremment avec d'autres facteurs de causalité identifiables pour déterminer ce qui a engendré le résultat particulier, qu'il s'agisse de maladie ou de décès. Bien qu'en France et en Belgique, il y ait peu d'auteurs qui s'opposent à l'application de la perte de chance dans les cas classiques, cette théorie a été sévèrement critiquée dans le contexte médical parce qu'on y a vu une tentative de contourner l'exigence d'un lien de causalité certain. Au Québec, dans les décisions qui ont porté sur la perte de chance dans le contexte médical, les cours ont porté leur attention sur le préjudice réel qui est survenu plutôt que sur la chance elle-même, peut-être à cause des règles moins strictes en matière de causalité. Cette méthode, qui permet d'assurer que le lien de causalité entre la faute et la situation réelle dans laquelle le demandeur se trouve est prouvé au moins selon la prépondérance des probabilités, est préférable. Pour établir sa preuve, le demandeur peut invoquer des faits, des présomptions et des statistiques. Dans certains cas où la faute comporte un danger mani-

causal link between the fault and such damage, unless there is a strong indication to the contrary.

The rules of civil responsibility require proof of fault, causation and damage. Both acts and omissions may amount to fault and both may be analyzed similarly with respect to causation. Causation in law is not identical to scientific causation, and must be established on the balance of probabilities, taking into account all the evidence: factual, statistical and that which the judge is entitled to presume. Statistical evidence may be helpful as indicative but is not determinative. Even where statistical and factual evidence do not support a finding of causation on the balance of probabilities with respect to death or sickness, such evidence may justify a finding of causation with respect to lesser damage, such as shorter life or greater pain. If, after consideration of all the factors, a judge is not satisfied that the fault has, on his or her assessment of the balance of probabilities, caused any real damage, then recovery should be denied.

While the evidence here amply supports the trial judge's finding that appellant's fault could not be said to have caused D's death seven years after the first diagnosis of breast cancer, she experienced a type of psychological suffering directly related to appellant's failure to inform his patient of her condition. Further, appellant's failure to follow up on his patient probably denied D the benefit of earlier treatment which would have translated into some real improvement in her condition, and this deprivation should be recognized and compensated.

Per La Forest J. (dissenting): The appeal should be dismissed for the reasons given by Jacques J.A. Civil law recognizes that the damage resulting from loss of chance is compensable in this case. Despite an inclination to award more modest damages, the opinion of the majority of the Court of Appeal should stand on this question.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *Brabander v. Goulet*, [1985] C.A. 36; *Wilson v. Rowsell*, [1970] S.C.R. 865; Cass. civ. 1st,

festé pour la santé et pour la sécurité du patient et où ce danger s'est réalisé, il peut être logique pour le juge de présumer l'existence du lien de causalité entre la faute et ce préjudice, sous réserve d'une forte indication du contraire.

Les règles de la responsabilité civile exigent la preuve de la faute, de la causalité et du préjudice. Les actes et les omissions peuvent constituer une faute et les deux sont soumis à la même analyse pour ce qui a trait à la causalité. La causalité en droit n'est pas identique à la causalité scientifique; elle doit être établie selon la prépondérance des probabilités, compte tenu de toute la preuve: la preuve factuelle, la preuve statistique et les présomptions. Une preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante. Même si la preuve statistique et la preuve factuelle ne justifient pas de conclure à l'existence de causalité, selon la prépondérance des probabilités, à l'égard du décès ou de la maladie, ces mêmes preuves peuvent justifier de conclure à l'existence de causalité à l'égard d'un préjudice moindre, comme l'abrégement de la vie ou l'augmentation de la souffrance. Si après considération de tous les facteurs, le juge n'est pas convaincu, d'après son évaluation de la prépondérance des probabilités, que la faute a causé un préjudice réel quelconque il doit rejeter la demande d'indemnisation.

Même si la preuve en l'espèce étaye amplement la conclusion du juge de première instance qu'il est impossible d'affirmer que la faute de l'appellant a causé le décès de D, sept ans après le premier diagnostic de cancer du sein, celle-ci a enduré une sorte de souffrance psychologique directement reliée à l'omission de l'appellant de la renseigner sur son état. De plus, l'omission de l'appellant d'assurer le suivi de sa patiente a probablement privé D de l'avantage d'un traitement précoce qui aurait signifié pour elle une amélioration réelle de son état; il faut reconnaître et indemniser cette privation.

Le juge La Forest (dissident): Le pourvoi doit être rejeté pour les motifs prononcés par le juge Jacques de la Cour d'appel. Le droit civil reconnaît que le préjudice résultant de la perte d'une chance est indemnisable en l'espèce. Malgré une disposition à accorder des dommages-intérêts plus modestes, il n'y a pas lieu de modifier l'opinion de la majorité de la Cour d'appel sur cette question.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *Brabander c. Goulet*, [1985] C.A. 36; *Wilson c. Rowsell*, [1970] R.C.S. 865; Cass.

May 31, 1988, *Bull. civ.* 1988, I, No. 165, p. 114; Cass. civ. 1^{re}, October 11, 1988, *Bull. civ.* 1988, I, No. 281, p. 192; Cass. civ. 1^{re}, March 29, 1989, *Bull. civ.* 1989, I, No. 147, p. 97; Cass. civ. 1^{re}, June 7, 1989, *Bull. civ.* 1989, I, No. 230, p. 154; Cass. civ. 1^{re}, January 10, 1990, *Bull. civ.* 1990, I, No. 10, p. 8; Cass. civ. 1^{re}, February 7, 1990, *Bull. civ.* 1990, I, No. 39, p. 30; Brussels, February 12, 1957, *Pas.* 1958, II, 1; Liège, 7th Ch., November 24, 1971, unreported, R.G. No. 1201/70; Brussels, January 19, 1965, *Pas.* 1966, II, 13; Brussels, 2nd Ch. civ., October 22, 1982, unreported, appeal dismissed Cass. 1st Ch., January 19, 1984, *Pas.* 1984, I, 548; *Tardif v. Laverrière*, Sup. Ct. Mégantic, No. 6210, November 10, 1976 (summarized at [1976] C.S. 1803); *Grenier v. Gervais*, [1950] Que. K.B. 60; *Lacourcière v. Laplante*, [1976] C.A. 433; *Beaupré v. Joly*, [1971] C.S. 199; *Sol-Air B.G. Inc. v. Marsh & McLennan*, [1988] R.R.A. 206; *Lachambre v. Perreault* (1983), [1990] R.R.A. 397; *Zuk v. Mihaly*, [1989] R.R.A. 737; *Gburek v. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Shawinigan Engineering Company v. Naud*, [1929] S.C.R. 341; *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *J.E. Construction Inc. v. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275; *Dodds v. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623; *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] A.C. 750.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Civil Code of Lower Canada, art. 1205.

Authors Cited

Aubry et Rau. *Droit civil français*, 8^e éd., t. VI-2, *Responsabilité délictuelle*. Par Noël Dejean de la Bâtie. Paris: Librairies Techniques, 1989.
Anrys, Henri. *La responsabilité civile médicale*. Bruxelles: Ferdinand Larquier, 1974.
Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1985.
Boré, Jacques. "L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable", *J.C.P.* 1974.I.2620.
Chabas, François. Annotation of Cass. crim., January 9, 1979, *J.C.P.* 1980.II.19272.
Chabas, François. "Vers un changement de nature de l'obligation médicale", *J.C.P.* 1973.I.2541.
Chartier, Yves. *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1983.

civ. 1^{re}, 31 mai 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 165, p. 114; Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n° 281, p. 192; Cass. civ. 1^{re}, 29 mars 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 147, p. 97; Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 230, p. 154; Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n° 10, p. 8; Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n° 39, p. 30; Bruxelles, 12 février 1957, *Pas.* 1958, II, 1; Liège, 7^e Ch., 24 novembre 1971, inédit, R.G. n° 1201/70; Bruxelles, 19 janvier 1965, *Pas.* 1966, II, 13; Bruxelles, 2^e ch. civ., 22 octobre 1982, inédit, appel rejeté Cass. 1^{re} ch., 19 janvier 1984, *Pas.* 1984, I, 548; *Tardif c. Laverrière*, C.S. Mégantic, n° 6210, 10 novembre 1976 (résumé à [1976] C.S. 1803); *Grenier c. Gervais*, [1950] B.R. Qué. 60; *Lacourcière c. Laplante*, [1976] C.A. 433; *Beaupré c. Joly*, [1971] C.S. 199; *Sol-Air B.G. Inc. c. Marsh & McLennan*, [1988] R.R.A. 206; *Lachambre c. Perreault* (1983), [1990] R.R.A. 397; *Zuk c. Mihaly*, [1989] R.R.A. 737; *Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Shawinigan Engineering Company v. Naud*, [1929] R.C.S. 341; *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *J.E. Construction Inc. c. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275; *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623; *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] A.C. 750.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code civil du Bas-Canada, art. 1205.

Doctrine citée

Aubry et Rau. *Droit civil français*, 8^e éd., t. VI-2, *Responsabilité délictuelle*. Par Noël Dejean de la Bâtie. Paris: Librairies Techniques, 1989.
Anrys, Henri. *La responsabilité civile médicale*. Bruxelles: Ferdinand Larquier, 1974.
Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1985.
Boré, Jacques. «L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable», *J.C.P.* 1974.I.2620.
Chabas, François. Note sous Cass. crim., 9 janvier 1979, *J.C.P.* 1980.II.19272.
Chabas, François. «Vers un changement de nature de l'obligation médicale», *J.C.P.* 1973.I.2541.
Chartier, Yves. *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1983.

- Dorsner-Dolivet, Annick. *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*. Paris: L.G.D.J., 1986.
- Durry, Georges. "Responsabilité civile" (1967), 65 *Rev. trim. dr. civ.* 153.
- Hennau-Hublet, Christiane. *L'activité médicale et le droit pénal: Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1987.
- Honoré, A. M. *Causation and Remoteness of Damage*, ch. 7, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*. Edited by André Tunc. Tübingen, West Germany: J.C.B. Mohr, 1971.
- le Tourneau, Philippe. *La responsabilité civile*, 3^e éd. Paris: Dalloz, 1982.
- Mémeteau, Gérard. "Perte de chance en droit médical français" (1986), 32 *McGill L.J.* 126.
- Molinari, Patrick. "La responsabilité civile de l'avocat" (1977), 37 *R. du B.* 275.
- Penneau, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977.
- Pineau, Jean et Monique Ouellette. *Théorie de la responsabilité civile*, 2^e éd. Montréal: Thémis Inc., 1980.
- Savatier, René. "Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale" (1973), 44 *Rev. gén. ass. terr.* 457.
- Savatier, René. "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?", D.1970.Chron.123.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations: contrat et responsabilité*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.
- Vacarie, Isabelle. "La perte d'une chance", [1987] 3 *R.R.J.* 903.
- Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982.
- Dorsner-Dolivet, Annick. *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*. Paris: L.G.D.J., 1986.
- Durry, Georges. «Responsabilité civile» (1967), 65 *Rev. trim. dr. civ.* 153.
- Hennau-Hublet, Christiane. *L'activité médicale et le droit pénal: Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1987.
- Honoré, A. M. *Causation and Remoteness of Damage*, ch. 7, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*. Edited by André Tunc. Tübingen, West Germany: J.C.B. Mohr, 1971.
- le Tourneau, Philippe. *La responsabilité civile*, 3^e éd. Paris: Dalloz, 1982.
- Mémeteau, Gérard. «Perte de chance en droit médical français» (1986), 32 *R.D. McGill* 126.
- Molinari, Patrick. «La responsabilité civile de l'avocat» (1977), 37 *R. du B.* 275.
- Penneau, Jean. *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey, 1977.
- Pineau, Jean et Monique Ouellette. *Théorie de la responsabilité civile*, 2^e éd. Montréal: Thémis Inc., 1980.
- Savatier, René. «Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale» (1973), 44 *Rev. gén. ass. terr.* 457.
- Savatier, René. «Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?», D.1970.Chron.123.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations: contrat et responsabilité*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.
- Vacarie, Isabelle. «La perte d'une chance», [1987] 3 *R.R.J.* 903.
- Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 27, 20 Q.A.C. 52, 49 C.C.L.T. 309, reversing a decision of Deslongchamps J. dismissing respondent's action for damages against appellant. Appeal allowed in part, La Forest J. dissenting.

Allan R. Hilton, Julie Chenette and Serge Gaudet, for the appellant.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.J.Q. 27, 20 C.A.Q. 52, 49 C.C.L.T. 309, qui a infirmé une décision du juge Deslongchamps qui avait rejeté l'action en dommages-intérêts de l'appelante. Pourvoi accueilli en partie, le juge La Forest étant dissident.

Allan R. Hilton, Julie Chenette et Serge Gaudet, pour l'appelant.

Lynne Kassie and Jean-Pierre Sheppard, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

GONTHIER J.—This case deals with the legal consequences of a doctor's failure to inform his patient of a cancerous condition and, subsequently, to follow up on the patient's health in the appropriate manner. The Court is asked to consider whether an action can succeed even where it is not proven that the patient's fate would have been different absent the doctor's fault. In particular, the Court must examine the theory of "*perte de chance*", or loss of chance, and determine whether it should be introduced into the civil law of Quebec in matters of medical responsibility.

I—Facts and Proceedings

The respondent, Me Nicole Laferrière, acts in her capacity as testamentary executor of the late Mrs. Mireille Fortier-Dupuis. Mrs. Dupuis began proceedings against the appellant, Dr. Ray Lawson, in November 1975, claiming the sum of \$150,000 as damages arising out of the alleged non-fulfillment by Dr. Lawson of his obligations as a medical professional. Mrs. Dupuis died in 1978, before these proceedings had been completed. She was, however, able to testify before her death and did so, at the request of the appellant, on June 21, 1976. Following a judgment of Guérin J. on September 23, 1981, Me Laferrière was authorized to continue the suit on behalf of Mrs. Dupuis. A re-amended declaration, dated November 23, 1983, claimed a total of \$250,000.

In 1970, Mrs. Dupuis, at that time 48 years of age, became increasingly concerned about the presence of an abnormal nodule or lump in her right breast. She consulted her gynecologist who recommended a mammogram, the results of which proved negative. Apparently, these results did not allay Mrs. Dupuis' anxiety. In March 1971, she read an article about Dr. Ray Lawson in the weekend magazine of a Montréal newspaper. She noted that he was an international authority on the treatment of breast cancer, that he

Lynne Kassie et Jean-Pierre Sheppard, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE GONTHIER—Le présent pourvoi porte sur les conséquences juridiques de l'omission d'un médecin de renseigner sa patiente sur son état cancéreux et d'assurer par la suite le suivi requis. On demande à notre Cour de déterminer si l'action peut être accueillie même s'il n'est pas établi qu'en l'absence de faute de la part du médecin le sort de la patiente aurait été différent. À cet égard, notre Cour est appelée à examiner la théorie de la «perte de chance» et décider s'il faut incorporer cette théorie dans le droit civil québécois en matière de responsabilité médicale.

I—Les faits et les procédures

L'intimée, M^e Nicole Laferrière, agit en qualité d'exécutrice testamentaire de feu M^{me} Mireille Fortier-Dupuis. En novembre 1975, M^{me} Dupuis a engagé contre l'appellant, le D^r Ray Lawson, des procédures dans lesquelles elle réclamait la somme de 150 000 \$ à titre de dommages-intérêts pour inexécution par le D^r Lawson de ses obligations à titre de médecin. Madame Dupuis est décédée en 1978, en cours d'instance. Elle fut cependant en mesure de témoigner avant son décès et elle l'a fait, à la demande de l'appellant, le 21 juin 1976. Par jugement du juge Guérin, le 23 septembre 1981, M^e Laferrière est autorisée à reprendre l'instance de la part de M^{me} Dupuis. Dans une déclaration réamendée, en date du 23 novembre 1983, elle réclame une somme totale de 250 000 \$.

En 1970, M^{me} Dupuis, qui avait alors 48 ans, s'inquiète de plus en plus de la présence d'un nodule ou d'une masse anormale au sein droit. Elle consulte son gynécologue qui lui recommande de subir une mammographie dont les résultats sont négatifs. Ce résultat, semble-t-il ne dissipe pas l'angoisse de M^{me} Dupuis. En mars 1971, elle lit un article au sujet du D^r Ray Lawson dans le supplément hebdomadaire d'un journal montréalais. Elle note sa réputation internationale dans le traitement du cancer du sein,

used the most up-to-date equipment for the detection of breast cancer and that his progressive approach to treatment of such cancer avoided any unnecessary removal of breast tissue. Mrs. Dupuis contacted Dr. Lawson at his Westmount Breast Centre and made an appointment for March 10, 1971.

At the Centre, Mrs. Dupuis underwent a number of diagnostic procedures, including mammogram and thermogram. As a result of these tests, Dr. Lawson recommended an excisional biopsy, or surgical removal of the abnormal mass for more accurate diagnosis. Mrs. Dupuis accepted this proposal.

On April 12, 1971, Mrs. Dupuis was admitted to the Royal Victoria Hospital. Two days later, Dr. Lawson performed the surgery, described in the hospital records as "breast biopsy and excision of lump of right breast". The pathology report, dated April 20, 1971, indicated "intraductal carcinoma with infiltrative growth", that is, cancer of the breast.

Mrs. Dupuis was discharged from the hospital on April 15, 1971. She later saw Dr. Lawson at an outpatient clinic and discussed routine matters such as the healing of the scar left after surgery. According to the trial judge's findings, she was not informed that the lump in her breast was cancerous, and she was not advised as to the appropriate post-operative treatments. No long-term follow-up was arranged for her by Dr. Lawson.

From 1971 to 1974, Mrs. Dupuis underwent regular gynecological check-ups and had no cause during that time to worry about her health. In the fall of 1974, her health began to deteriorate and by March 1975, an eyelid disorder (known as the Claude Bernard-Horner syndrome) developed which caused her doctors to suspect that a cancerous condition had taken hold. One of her doctors looked more closely into his patient's history and by obtaining records from the Royal Victoria Hospital discovered the 1971 diagnosis of cancer of the breast. This information was made known to Mrs. Dupuis in April, 1975.

qu'il utilise le matériel le plus récent pour le dépistage du cancer du sein et que sa méthode progressive de traitement de ce type de cancer évite toute ablation inutile des tissus du sein. Madame Dupuis communique avec le Dr Lawson au Westmount Breast Centre et prend rendez-vous le 10 mars 1971.

Au Centre, M^{me} Dupuis subit un certain nombre de tests diagnostiques, dont une mammographie et une thermographie. À la suite de ces tests, le Dr Lawson recommande une biopsie-exérèse ou ablation chirurgicale de la masse anormale pour établir un diagnostic plus précis. Madame Dupuis accepte cette suggestion.

Le 12 avril 1971, M^{me} Dupuis est admise à l'hôpital Royal Victoria. Deux jours plus tard, le Dr Lawson procède à l'opération chirurgicale décrite dans le dossier de l'hôpital comme [TRADUCTION] «une biopsie du sein et excision d'une masse au sein droit». Le rapport pathologique, du 20 avril 1971, indique un [TRADUCTION] «carcinome intra-canaliculaire avec infiltration tumorale» c'est-à-dire un cancer du sein.

Madame Dupuis reçoit son congé de l'hôpital le 15 avril 1971. Plus tard, elle voit le Dr Lawson en clinique externe et elle traite avec lui de questions de routine comme la guérison de la cicatrice opératoire. Selon les conclusions du juge de première instance, le médecin ne lui révèle pas que la masse dans son sein est cancéreuse et ne la conseille pas à l'égard de traitements postopératoires à suivre. Le Dr Lawson n'établit pas pour elle de suivi à long terme.

De 1971 à 1974, M^{me} Dupuis subit des examens gynécologiques réguliers et elle n'a pas de raison à cette époque de s'inquiéter de son état de santé. À l'automne de 1974, sa santé commence à se détériorer et en mars 1975, elle est atteinte d'une affection de la paupière (connue sous le nom de syndrome de Claude Bernard-Horner) qui fait soupçonner à ses médecins l'existence d'un état cancéreux. Un des médecins examine de plus près les antécédents de la patiente et, grâce au dossier de l'hôpital Royal Victoria, il découvre le diagnostic de cancer du sein posé en 1971. Ces renseignements sont communiqués à M^{me} Dupuis en avril 1975.

Subsequently, Mrs. Dupuis underwent surgery to remove nodules which had newly appeared on the right breast. This intervention revealed systemic metastases or generalized cancer requiring removal of the ovaries. Following surgery, Mrs. Dupuis received various treatments, including chemotherapy. She died on January 27, 1978.

II—Judgments of the Courts Below

The Superior Court

Deslongchamps J. first reviews the facts and concludes that the appellant breached two of the duties traditionally expected of a medical professional: the duty to inform the patient and the duty to follow up on the patient's condition.

As to the first duty, the learned trial judge states that the appellant neither informed the patient that she had cancer of the breast nor advised her as to the various ways in which it could be treated:

[TRANSLATION] I accordingly conclude that the defendant did not inform Mrs. Dupuis that she had cancer. In the case at bar this duty to inform was all the more crucial as there were various ways of treating breast cancer in 1971. By depriving Mrs. Dupuis of this information on her state of health, the defendant also deprived her of her right to choose the treatments which might have been available to her at that time.

Moreover, even if I had concluded that the defendant informed Mrs. Dupuis, there is nothing in the evidence on which I can conclude that the defendant discussed with Mrs. Dupuis, or informed her of, the various treatments available.

The defendant accordingly breached his duty to inform.

He observes with regard to the second duty that the appellant never initiated nor suggested any follow-up, despite the fact that such would have been the normal procedure regardless of the method of treatment selected by doctor and patient.

Turning to proof as to the causal link, Deslongchamps J. approaches the problem in the following way:

Par la suite, M^{me} Dupuis subit une opération chirurgicale pour faire enlever des nodosités apparues récemment à son sein droit. Cette intervention révèle l'existence de métastases systémiques ou d'un cancer généralisé exigeant l'ablation des ovaires. Après l'intervention chirurgicale, M^{me} Dupuis suit divers traitements, y compris de la chimiothérapie. Elle décède le 27 janvier 1978.

b II—Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

La Cour supérieure

Le juge Deslongchamps examine en premier lieu les faits et conclut que l'appelant a manqué à deux devoirs auxquels un médecin est traditionnellement tenu: le devoir de renseigner le patient et celui d'assurer le suivi de l'état du patient.

Quant au premier devoir, le juge de première instance affirme que l'appelant n'a pas informé la patiente qu'elle souffrait d'un cancer du sein, ni ne l'a conseillée sur les divers traitements possibles:

J'en viens donc à la conclusion que le défendeur n'a pas informé madame Dupuis qu'il y avait cancer. Dans le cas qui nous occupe, cette obligation d'informer était d'autant plus primordiale qu'en 1971, il existait diverses façons de traiter le cancer du sein. En privant madame Dupuis de cette information sur son état de santé, le défendeur privait également de son droit de choisir les traitements qui pouvaient lui être disponibles à cette époque.

D'ailleurs même si j'en étais venu à la conclusion que le défendeur avait informé madame Dupuis, rien dans la preuve ne me permet de conclure que le défendeur a discuté ou informé madame Dupuis des divers traitements disponibles.

Le défendeur a donc manqué à son obligation d'informer.

Il mentionne au sujet du deuxième devoir que l'appelant n'a jamais entrepris ni proposé quelque suivi que ce soit malgré qu'il eût été normal de le faire quel que soit le type de traitement choisi par le médecin et la patiente.

Passant à la preuve du lien de causalité, le juge Deslongchamps aborde la question comme ceci:

[TRANSLATION] As the defendant's fault has been established, it remains to be determined whether that fault was the cause of the damage alleged, namely the premature death of Mrs. Dupuis and the pain, anxiety, hardship and loss of enjoyment of life she may have undergone.

He then reviews the expert evidence and notes that in 1971 there were at least two schools of thought on how to treat breast cancer. The standard procedure at that time was to perform a radical mastectomy, removing the tumor along with surrounding breast tissue and nodes, and to follow up with irradiation. A non-conformist but medically recognized procedure favoured by the appellant involved removing the tumor alone and employing no irradiation. Expert opinion at the time was, in the opinion of the trial judge, divided as to the relative merits of these two procedures and showed no statistically relevant difference in survival rate.

Deslongchamps J. concludes as follows:

[TRANSLATION] All this expert evidence, including the statistical results obtained regarding the survival of patients suffering from breast cancer, cannot persuade me that it was probable in 1971 that Mrs. Dupuis' chances of survival would have been greater if she had undergone a treatment other than that given by the defendant.

Unfortunately, all the scientific evidence only confirms the insidious and unforeseeable nature of the development of a cancer, including the degree and duration of the suffering and hardship associated with such an illness.

The Court accordingly concludes that there is no causal link between the defendant's fault and the damage claimed by the plaintiff.

The learned trial judge accordingly rejects the respondent's action on the merits. He acknowledges, however, the injustice of requiring the respondent to pay the substantial costs of the action given the clear fault of the appellant, and, accordingly, he accedes to the respondent's claim for costs.

La faute du défendeur ayant été établie, reste à déterminer si cette faute est la cause du dommage allégué, à savoir le décès prématuré de madame Dupuis et les douleurs, ennuis, inconvénients, diminution de la jouissance de la vie qu'elle a pu subir.

Il examine ensuite les témoignages d'experts et note qu'en 1971 il y avait au moins deux écoles de pensée sur la façon de traiter le cancer du sein. La procédure généralement admise à l'époque était de procéder à une mastectomie radicale, soit l'ablation de la tumeur et des tissus environnants ainsi que des nodosités, et de faire suivre cette opération d'une irradiation. Une procédure moins courante, mais néanmoins reconnue, que préférait l'appelant, comportait l'ablation de la seule tumeur sans recours à l'irradiation. Les avis étaient, selon le juge de première instance, partagés à l'époque quant à la valeur relative de chacune de ces deux procédures qui ne permettaient pas de constater de différence statistique pertinente dans les taux de survie.

Le juge Deslongchamps conclut ainsi:

Toute cette preuve d'expertise, y compris les résultats statistiques obtenus, eu égard à la survie des malades atteints de cancer du sein, ne peut me convaincre qu'en 1971, il était probable que les chances de survie de madame Dupuis auraient été plus grandes, si elle avait subi un traitement autre que celui pratiqué par le défendeur.

Toute la preuve scientifique n'a pu malheureusement que confirmer le caractère sournois et imprévisible de l'évolution d'un cancer, y compris le degré et la durée des souffrances et inconvénients rattachés à une telle maladie.

La Cour en vient donc à la conclusion qu'il n'y a pas de lien de causalité entre la faute du défendeur et le dommage réclamé par la partie demanderesse.

Le juge de première instance rejette donc l'action de l'intimée sur le fond. Il reconnaît cependant qu'il serait injuste d'exiger de l'intimée qu'elle acquitte les dépens importants de l'action vu la faute manifeste de l'appelant et, en conséquence, il fait droit à la demande de l'intimée quant aux dépens.

The Court of Appeal

The appeal was heard by a bench composed of Vallerand and Jacques J.A. and Moisan J. (*ad hoc*) (*Laferrière v. Lawson*, [1989] R.J.Q. 27). All three judges gave reasons, and together they provide an excellent discussion of the complicated issues which we encounter in this case. I will first summarize the concurring opinions of Jacques J.A. and Moisan J. and will then treat the dissenting opinion of Vallerand J.A.

Jacques J.A. reviews the facts of the case without significant variation from the account provided by the trial judge. He notes that the trial judge based his decision on the absence of a causal link between the fault of the appellant and the damage suffered by Mrs. Dupuis. This prompts Jacques J.A. to reconsider the case by focussing on the head of damages referred to as "*la perte d'une chance*" or the loss of a chance, a characterization which was not directly considered by the trial judge.

Quoting French and Quebec sources, Jacques J.A. points out that loss of chance was initially viewed with circumspection but is now a recognized head of damages. He states that the classic case of loss of chance arises where a lawyer or notary allows a client's rights to lapse (he cites, by way of example, *Brabander v. Goulet*, [1985] C.A. 36), a situation which is also recognized in the common law (and here he cites *Wilson v. Rowsell*, [1970] S.C.R. 865).

Turning to the facts of this case, Jacques J.A. states that it is clear that Mrs. Dupuis lost a chance to obtain the treatment that her condition required and that this loss was definitive. More specifically, the failure of her doctor to inform her properly and to follow up on her condition meant that she could not opt for the potential benefits of irradiation and chemotherapy treatments and could not benefit from the earliest discovery and treatment of any recurrence of the cancer. The fault of Dr. Lawson therefore resulted in the loss of a real and serious chance to benefit from proper medical care.

La Cour d'appel

L'appel a été entendu par un banc composé des juges Vallerand, Jacques et Moisan (*ad hoc*) (*Laferrière c. Lawson*, [1989] R.J.Q. 27). Les trois juges ont rédigé des motifs et, ensemble, ils fournissent une excellente analyse des questions complexes soulevées dans cette affaire. Je résumerai d'abord les motifs majoritaires des juges Jacques et Moisan et ensuite la dissidence du juge Vallerand.

Le juge Jacques examine les faits de l'espèce en reprenant pour l'essentiel l'exposé du juge de première instance. Il souligne que ce dernier a fondé sa décision sur l'absence de lien de causalité entre la faute de l'appellant et le préjudice subi par M^{me} Dupuis. Cette solution amène le juge Jacques à réexaminer l'affaire dans l'optique du chef de dommage désigné comme «perte de chance», aspect dont le juge de première instance n'avait pas directement tenu compte.

Citant des sources françaises et québécoises, le juge Jacques souligne qu'à l'origine on a envisagé avec réserve la perte de chance, mais qu'il s'agit maintenant d'un chef de dommage reconnu. Il mentionne que l'exemple classique de perte de chance est le cas de l'avocat ou du notaire qui laisse les droits d'un client s'éteindre (il cite, à titre d'exemple, l'arrêt *Brabander c. Goulet*, [1985] C.A. 36), une situation qui est aussi reconnue en common law (et ici il cite l'arrêt *Wilson c. Rowsell*, [1970] R.C.S. 865).

Passant aux faits de l'affaire, le juge Jacques dit qu'il est manifeste que M^{me} Dupuis a perdu la chance de subir le traitement que son état exigeait et que cette perte a été définitive. Plus précisément, l'omission du médecin de la renseigner adéquatement et d'assurer le suivi en fonction de son état a fait en sorte qu'elle n'a pu opter pour les effets bénéfiques des traitements d'irradiation et de chimiothérapie et qu'elle n'a pu profiter du dépistage et du traitement précoces de toute récurrence du cancer. La faute du Dr Lawson a donc entraîné la perte d'une chance réelle et sérieuse de profiter de soins médicaux appropriés.

In the opinion of Jacques J.A., the extent of the damage is to be determined according to the likelihood of success of such proper medical care. Had cure been a certainty, the damages would have been pitched at the maximum level. In the present case, medical science held out some hope, however small. After acknowledging the difficulties inherent in quantifying damage, he estimates the value of the lost chance at \$50,000.

In coming to this conclusion, he stresses that his observations are not inconsistent with the findings of the trial judge. First, he notes, at p. 36, that the fault which deserves attention is not the choice of a surgical technique in 1971 but rather the failure to inform the patient and follow up on her condition:

[TRANSLATION] The fault alleged against Dr. Lawson is not that he chose one type of procedure rather than another. The fault is that he failed to inform the patient of her condition, with the result that she was unable to take advantage of the available care.

Furthermore, Jacques J.A. stresses that the trial judge dealt only with one aspect of the damage, that which was said to be linked to the choice of the proper surgical procedure in 1971. The conclusion regarding the absence of a causal link is not disputed at this point in the analysis. Jacques J.A. differentiates his approach from that of the trial judge, at pp. 36-37:

[TRANSLATION] [The trial judge's] conclusion is not challenged on appeal, as the appeal deals only with a particular aspect of the damage. The probability that available care would have been more or less successful is only one of the factors and relates only to assessing one aspect of the damage. Apart from that aspect, there is what was described by Dr. Crile as follows:

And I would like to say in conclusion that it is worthwhile to have patients seen and treated early—it is the only thing we know that if [*sic*] of any good—and I think that with the simplification of the treatment of breast cancer, women are beginning to loose [*sic*] their fear of the treatment of breast cancer and, perhaps, they will come earlier. And that will be a significant way of improving the survival.

De l'avis du juge Jacques, l'étendue du préjudice doit être déterminée en fonction de la probabilité de réussite des soins médicaux appropriés. Si la guérison avait été certaine, les dommages-intérêts atteindraient le niveau maximal. En l'espèce, la science médicale permettait un certain espoir, même s'il était mince. Après avoir reconnu les difficultés inhérentes à l'évaluation du préjudice, il a estimé la valeur de la chance perdue à 50 000 \$.

Pour arriver à cette conclusion, il souligne que ses observations ne sont pas incompatibles avec les constatations du juge de première instance. D'abord, il note, à la p. 36, que la faute qu'il faut relever ne porte pas sur le choix d'une technique chirurgicale utilisée en 1971, mais plutôt l'omission de renseigner la patiente et d'assurer le suivi de son état:

La faute reprochée au Dr Lawson n'est pas d'avoir choisi un type d'intervention plutôt qu'un autre. La faute est d'avoir fait défaut d'informer la patiente de son état, avec la conséquence qu'elle n'a pu profiter des soins disponibles.

De plus, le juge Jacques souligne que le juge de première instance n'a traité que d'un aspect du préjudice, celui qui, a-t-on dit, était associé au choix de la bonne procédure chirurgicale en 1971. La conclusion relative à l'absence de lien de causalité n'est pas contestée à cette étape de l'analyse. Le juge Jacques distingue ainsi son approche de celle du juge de première instance, aux pp. 36 et 37:

[La] conclusion [du premier juge] n'est pas remise en question par l'appel, car il ne porte que sur un aspect particulier du préjudice. La probabilité du succès plus ou moins important des soins disponibles n'est que l'un des facteurs et il ne porte que sur l'évaluation d'un aspect du préjudice. Outre cet aspect, il y a celui qui est ainsi décrit par le Dr Crile:

[TRADUCTION] Et j'aimerais ajouter en terminant qu'il vaut la peine pour un patient d'être vu et suivi tôt—c'est la seule chose que nous savons et qui soit utile—et je crois qu'avec la simplification du traitement du cancer du sein, les femmes commencent à se débarrasser de leur crainte du traitement du cancer du sein et, peut-être, se présenteront-elles plus vite. Et que ce sera un moyen important d'améliorer le taux de survie.

This damage is all that is at issue on appeal. As this specific aspect was not dealt with by the trial judge, I am of the view that there is a basis for intervening.

Mrs. Dupuis lost this opportunity to have follow-up care and take advantage of available treatment.

As noted earlier, Jacques J.A. then proceeds to establish the extent and value of the chance which Mrs. Dupuis lost, focussing not on the consequences of the surgical procedure chosen by Dr. Lawson in 1971 but on the benefits which would have accrued to her had the proper information and follow-up been provided.

I turn now to the concurring reasons of Moisan J.

He introduces his reasons by noting that the evidence indicated that Mrs. Dupuis was the type of person who, properly informed of the nature of her illness, would have done everything possible to protect her health. In his view, she would have ensured that she had adequate follow-up for herself and would have accepted such appropriate treatments as were available. The difficulty in this case, in his view, lies not in the facts but in the law, particularly as concerns the notion of loss of chance.

Moisan J. takes care first to define what he understands by the word "chance". He puts aside a definition of chance as "blind luck" and chooses instead a definition which can be described as an opportunity whose realization is linked to factors such as hard work, determination, information and decision-making. Such a chance is larger or smaller depending on whether the appropriate action is taken at the opportune moment. And it can only be taken where one is aware of the existing situation and the risks which surround it.

He observes that Mrs. Dupuis was unaware of the true state of her health, of the serious risks associated which applied to her case, and of the means at her disposal in order to ward them off. Accordingly, she could not take advantage of the chance which presented itself for early detection and treatment of any new cancer. This amounted to damage linked to the fault of the doctor.

C'est uniquement ce préjudice qui est invoqué en appel. Comme cet aspect précis n'est pas traité par le premier juge, je suis d'avis qu'il y a lieu d'intervenir.

Dame Dupuis a perdu cette opportunité d'être suivie et de se prévaloir des traitements disponibles.

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge Jacques entreprend ensuite de déterminer l'étendue et la valeur de la chance perdue par M^{me} Dupuis, dans l'optique non pas des conséquences de la procédure chirurgicale choisie par le Dr Lawson en 1971, mais des avantages qu'elle aurait tirés si elle avait disposé des renseignements et du suivi appropriés.

J'analyse maintenant les motifs du concours du juge Moisan.

Il signale d'emblée que la preuve indique que M^{me} Dupuis était le genre de personne qui, si elle avait été bien informée de la nature de sa maladie, n'aurait rien négligé pour protéger sa santé. À son avis, elle se serait fait suivre adéquatement et aurait accepté de subir les traitements appropriés et disponibles. En l'espèce, selon lui, la difficulté ne tient pas aux faits, mais au droit, plus précisément à la notion de perte de chance.

Le juge Moisan prend d'abord la peine de définir ce qu'il entend par le mot «chance». Il écarte d'abord la définition du mot «chance» comme signifiant «hasard aveugle» et choisit plutôt le sens qui correspond à une possibilité de réussite dont la réalisation dépend de certains facteurs comme le travail assidu, la détermination, l'information et la prise de décisions. La chance, dans ce sens, est plus ou moins grande selon que l'on accomplit les actes appropriés au moment opportun. Cette chance ne peut être prise que si l'on est au courant de la situation existante et des risques qu'elle présente.

Il fait observer que M^{me} Dupuis ne connaissait pas l'état véritable de sa santé, ni la gravité des risques qu'elle courait, ni les moyens qu'elle pouvait prendre pour les conjurer. En conséquence, elle n'a pas pu bénéficier de la chance qui s'offrait en ce qui concerne le dépistage et le traitement précoces de tout nouveau cancer. Il en est résulté un préjudice lié à la faute du médecin.

He then addresses the objections to this approach. It was argued that there was neither certainty nor probability that, even with all the information and means at her disposal, Mrs. Dupuis would have succeeded in prolonging her life. He agrees that there was no certainty, but he questions the view that positive results were simply possible and not probable. He notes that even in 1971 medical science had many tests and treatments at its disposal and that these represented a chance, or an opportunity in his terms, to be cured, or at least to prolong one's life. To deny this would be to assume that the methods had no value or, at best, that they represented no more than pure chance or blind luck, and Moisan J. is not prepared to assume either. At page 38, he states:

[TRANSLATION] A prognosis is difficult to make in situations where a person's health and life are at stake. Maintaining health, a return to health, the prolonging of life are influenced by a host of factors such as heredity, early treatment, positive or negative reaction to treatment and undoubtedly a great many other factors. Even assuming that all the factors involved may have complicated, even conflicting or negative, influences on the outcome, no one can absolutely exclude the probability of greater longevity or even the possibility of a cure ...

The difficulty of determining the more or less great possibility or, if you like, the more or less slim probability—these concepts are in my view so close to each other that they sometimes overlap—results from the fact that one has to speculate on the consequences of the events which might have occurred but did not occur and necessarily will not occur.

I hope that I do not misrepresent the learned judge in interpreting these statements as meaning that whatever the likelihood of possible cure or probable improvement one cannot deny that an opportunity presented itself, and that it was lost as a result of the doctor's fault. Further, Moisan J. acknowledges the difficulty inherent in speculating on what might have been, a particularly demanding task when dealing with events which are future and uncertain, but he stresses that courts regularly perform this task. In such cases, judges refer to well-known notions such as [TRANSLATION] "the behaviour of a reasonable and prudent man, the natural order of things, the usual

Il aborde ensuite les objections soulevées par cette analyse. On a soutenu qu'il n'y avait ni certitude, ni probabilité que, même avec tous les renseignements et les moyens dont elle disposait, M^{me} Dupuis aurait réussi à prolonger sa vie. Il reconnaît qu'il n'y a pas de certitude, mais il met en doute le point de vue selon lequel des résultats positifs étaient simplement possibles et non probables. Il souligne que, même en 1971, la science médicale disposait de nombreux tests et traitements et que ceux-ci représentaient une chance, ou une possibilité, selon son expression, de guérir ou, du moins, de prolonger la vie. Le nier revient à présumer que ces traitements n'avaient aucune valeur ou que, tout au mieux, ils ne représentaient rien de plus qu'une pure chance ou un hasard aveugle, ce que le juge Moisan n'est pas prêt à présumer non plus. À la page 38, il dit:

Les pronostics sont difficiles à établir dans les situations où la santé et la vie d'une personne sont en cause. Le maintien de la santé, le retour à la santé, la prolongation des jours sont influencés par une foule de facteurs comme l'hérédité, l'entreprise hâtive d'un traitement, la réaction positive ou négative ou (*sic*) traitement et sans doute bien d'autres facteurs. Même en admettant que tous les facteurs en cause peuvent jouer des rôles compliqués, voire conflictuels et négatifs, on ne peut nier cent pour cent la probabilité d'une longévité plus grande, ni même la possibilité d'une guérison ...

La difficulté de cerner les possibilités plus ou moins grandes ou, si l'on préfère, les probabilités plus ou moins minces—ce sont pour moi, des concepts qui se côtoient au point de parfois se confondre—provient du fait qu'on doit spéculer sur les conséquences d'événements qui auraient pu se produire, mais qui ne sont pas arrivés et qui forcément n'arriveront pas.

J'espère que je ne dénature pas la pensée du juge en interprétant ces affirmations comme voulant dire que, quelle qu'ait été la probabilité de guérison ou d'amélioration, on ne saurait nier l'existence d'une possibilité qui a été perdue à cause de la faute du médecin. De plus, le juge Moisan reconnaît la difficulté inhérente qu'il y a de conjecturer sur ce qui aurait pu survenir, la difficulté étant d'autant plus grande qu'il s'agit d'événements futurs et incertains, mais il souligne qu'il s'agit là d'une tâche familière aux tribunaux. En tels cas, les juges font appel à des notions bien connues comme celles de «la conduite de l'homme raisonnable et prudent, à l'ordre naturel

sequence of cause and effect and, in short, the normal and ordinary course of events" (p. 39), and they use such notions to establish, at p. 39:

[TRANSLATION] ... what the situation would have been if the event involving fault had not given it a different direction. Rejecting extreme positive or negative scenarios, seeking an objective, broad and general assessment and not a subjective estimate closely connected to the victim, they tend to arrive at the situation that would reasonably and probably have prevailed.

He also acknowledges that the task is particularly difficult in medical cases where so many unknown factors are at work. However, this does not, in his view, license the courts to abandon the task, adopt the most pessimistic scenario and deny that the patient had any chance or opportunity to improve her condition.

Moisan J. criticizes the trial judge for giving insufficient consideration to the opportunity which Mrs. Dupuis missed as a result of Dr. Lawson's inaction. There was too much attention paid to the choice of a particular surgical method in 1971 and to the insidious and often fatal character of the disease. Moisan J. states emphatically that in his view Mrs. Dupuis had a reasonable and probable chance to improve her lot had she been informed of her condition and correctly advised as to the proper preventive and curative measures to take.

By way of final comments, he deals with the question of whether the loss of a chance or opportunity can by itself give rise to damages, that is, independently of any prediction as to what the situation might have been in the absence of the alleged fault. In his view, this question should be answered in the affirmative. The loss of a chance—understood in his terms as an opportunity—is a result or a consequence. It is not a cause, as some have argued.

In his view, the cause in this case was Dr. Lawson's failure to inform and follow up, and the consequence of this fault was the loss of Mrs. Dupuis' right to make an informed decision regarding the action she should take to promote her health. Moisan J. concludes that this was [TRANSLATION] "an unlawful deprivation of a right and of a freedom of choice, caused

des choses, à l'enchaînement habituel des causes et des effets et, somme toute, au déroulement normal et courant des événements» (p. 39) et ils ont recours à ces notions pour établir, à la p. 39:

... ce qu'aurait été la situation, n'eût été l'événement fautif qui l'a orientée différemment. Écartant les scénarios positifs ou négatifs extrêmes, recherchant une appréciation objective, large et générale et non une estimation subjective liée étroitement à la victime, ils tendent à dégager la situation qui aurait raisonnablement et probablement prévalu.

Il reconnaît aussi que la tâche est particulièrement difficile dans les affaires médicales où se conjuguent de multiples facteurs inconnus. Cependant, cela n'autorise pas le tribunal, à son avis, à se dérober, à adopter le scénario le plus pessimiste et à nier que le patient avait une chance ou possibilité quelconque d'améliorer son état.

Le juge Moisan reproche au juge de première instance de ne pas avoir suffisamment tenu compte de la possibilité que M^{me} Dupuis a ratée à cause de l'inaction du Dr Lawson. On a trop prêté attention au choix du type d'intervention chirurgicale retenu en 1971 et au caractère sournois et souvent fatal de la maladie en cause. Le juge Moisan insiste sur le fait que, selon lui, M^{me} Dupuis aurait eu des chances raisonnables et probables d'améliorer son sort, si elle avait été informée de son état et correctement guidée sur les mesures préventives et curatives à adopter.

Dans un commentaire final, il examine si la perte d'une chance ou d'une possibilité peut en soi donner lieu à des dommages-intérêts, c'est-à-dire, indépendamment de toute prédiction sur ce qui aurait pu se produire sans la faute alléguée. À son avis, il faut répondre par l'affirmative. La perte d'une chance—au sens d'une possibilité—est un résultat ou une conséquence. Il ne s'agit pas d'une cause, comme certains l'ont soutenu.

Selon lui, la cause en l'espèce a été l'omission du Dr Lawson d'informer la patiente et d'assurer son suivi, et la conséquence de cette faute a été la perte du droit de M^{me} Dupuis de prendre une décision éclairée quand à ce qu'elle devait faire pour préserver sa santé. Le juge Moisan conclut que c'est là la «privation illégale d'un droit et d'une liberté de choix,

by fault" (p. 40), and he relates this deprivation to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

He summarizes his reasons at p. 40:

[TRANSLATION] In my view loss of chance is first and foremost loss of the exercise of a right, in this case the right to dispose of one's person, the right to take decisions affecting one's life and health oneself. The Court must provide a penalty for such a loss: it must order at least nominal compensation.

It must then go further and consider the possible positive results that might follow from the situation which would have existed if the fault had not been committed.

In coming to a decision on the damages appropriate in such a case, Moisan J. points to the great frustration and anguish which Mrs. Dupuis must have felt upon learning that her cancer was in an advanced stage and that it might have been effectively treated and perhaps cured had it been dealt with properly at an earlier time. Taking this psychological damage together with the loss of chance, he expresses his agreement with the global award of \$50,000 suggested by Jacques J.A.

The dissenting reasons of Vallerand J.A. address the arguments put forward in both majority opinions. The learned judge begins by setting out the factual findings at trial, by which he feels bound, and he relates these to the standard civil law approach to civil liability, at p. 29:

[TRANSLATION] However appropriate the follow-up and treatment that might have been undertaken at the outset may have been, it is not *probable* and, needless to say, not *certain* that a remission, much less a cure would have been the outcome.

Those are the facts which the trial judge accepted at the conclusion of a careful study of the evidence, and disregarding the strenuous objections of the respondent physician, I can find no reason to intervene.

Having thus found that the surgeon committed two clear faults, the judgment *a quo* nevertheless dismisses the action essentially on the ground that in civil law that which is neither *certain* nor *probable* but merely *possible*—here, a remission or cure—is not proven, and as

causée par une faute» (p. 40) et il fait le lien entre cette privation et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Il résume ainsi ses motifs, à la p. 40:

À mon avis, la perte de chance, c'est d'abord et avant tout la privation d'exercice d'un droit, en l'occurrence du droit de disposer de sa personne, du droit de prendre soi-même les décisions qui touchent sa vie et sa santé. Le Tribunal doit sanctionner cette perte; il doit ordonner une réparation à tout le moins nominale.

Il doit ensuite aller plus loin et s'interroger sur l'éventualité de résultats heureux pouvant découler de la situation qui aurait existé, n'eût été la faute commise.

Pour en arriver à une décision sur les dommages-intérêts qu'il convient d'accorder en pareil cas, le juge Moisan fait état de la grande frustration et de l'angoisse que M^{me} Dupuis doit avoir ressenties en apprenant que le cancer dont elle souffrait était rendu à un stade avancé et qu'il aurait pu être efficacement traité et peut-être même guéri s'il avait été soigné correctement et plus tôt. Considérant ce préjudice psychologique et la perte de chance, il se dit d'accord avec la proposition du juge Jacques d'accorder une indemnité globale de 50 000 \$.

Dans ses motifs de dissidence, le juge Vallerand analyse les arguments avancés dans les deux opinions majoritaires. Le juge commence par énoncer les constatations de fait du juge de première instance, auxquelles il se sent lié, et il les rapproche de la norme de droit civil en matière de responsabilité civile, à la p. 29:

Tout indiqués qu'eussent été le suivi et les traitements qu'on aurait mis en œuvre au départ, il n'est pas *probable* et, il va de soi, pas *certain* qu'ils auraient débouché sur une rémission, voire une guérison.

Ce sont là les faits que, aux termes d'une étude soignée des preuves, le premier juge a retenus et, au-delà des protestations du médecin intimé, je ne puis trouver aucun motif d'intervenir.

Ayant ainsi retenu deux fautes caractérisées du chirurgien, le jugement entrepris rejette néanmoins l'action au motif essentiel qu'en droit civil ce qui n'est ni *certain* ni *probable* mais simplement *possible*—ici la rémission ou la guérison—n'est pas prouvé et, à ce titre, ne saurait

such cannot be the basis for a causal connection between the fault and the damage. [Emphasis in original.]

It is not surprising, then, that he is unable to subscribe to the view of Moisan J. who was inclined to believe that, appropriately informed and correctly followed, Mrs. Dupuis would have had a reasonable and probable opportunity to improve her condition. He notes that Jacques J.A., unlike his colleague Moisan J., saw no probable improvement or cure absent the doctor's fault. On this point, Vallerand J.A. agrees. His argument diverges on the question of whether to accept the theory of loss of chance.

He notes that the loss of chance theory has been applied by the *Cour de cassation* in France in sometimes ambiguous fashion and that it has attracted mixed response from French doctrinal writers. He summarizes the theory in the following way, at p. 29:

[TRANSLATION] In short, if I have understood this theory correctly, it concedes that a party cannot obtain compensation for damage which is not probably or certainly the consequence of the fault, but may on the other hand obtain compensation for the quite different damage represented by the simple loss of a chance for a better outcome. Once a mere possibility is accepted, that possibility is transformed into a *loss of chance* which is itself connected with the original fault according to the traditional rules of causation. [Emphasis in original.]

While admitting that the theory is not without seductive qualities, he asserts that the courts of Quebec are not bound by developments in the civil law of France, however interesting they might be. The civil law of Quebec, in his view, accepts nothing less than proof of the causal link on the balance of probabilities. He points out that in the *Brabander* and *Wilson* cases, *supra*, referred to by Jacques J.A., the successful realization of the chance was probable, and classical rules regarding causation therefore applied. If loss of chance is to be accepted at all, it can only be as a head of damage, not as a means of shoring up inadequacies in the proof regarding the causal link.

fonder le rapport causal entre la faute et le préjudice. [En italique dans l'original.]

^a Il n'est donc pas surprenant qu'il ne puisse se ranger à l'avis du juge Moisan qui est porté à croire que si elle avait été informée adéquatement et suivie convenablement, M^{me} Dupuis aurait eu une possibilité raisonnable et probable d'améliorer son état. Il note que le juge Jacques, à la différence du juge Moisan, ne voyait pas de probabilité d'amélioration ou de guérison, même sans faute de la part du médecin. Sur ce point, le juge Vallerand est du même avis. Son opinion est différente sur la question de savoir s'il faut accepter la théorie de la perte de chance.

^d Il signale que la théorie de la perte de chance a été appliquée par la Cour de cassation, en France, parfois d'une manière ambiguë et qu'elle a suscité des réactions mixtes chez les auteurs de doctrine français. Il résume la théorie de la manière suivante, à la p. 29:

^e Bref, si je l'ai bien cernée cette théorie, elle concède qu'on ne pourra pas obtenir la réparation du préjudice qui n'est pas probablement ou sûrement le résultat de la faute, mais on obtiendra en revanche la réparation de ce préjudice tout à fait différent qu'est la simple perte d'une chance que les choses aient mieux tourné. Et, dès qu'on retient une simple possibilité, cette possibilité se traduit en *perte de chance* qui est, elle, reliée, selon les règles traditionnelles de la causalité, à la faute originale. [En italique dans l'original.]

^g

^h Tout en reconnaissant que la théorie ne va pas sans séduire, il affirme que les tribunaux québécois ne sont pas liés par l'évolution du droit civil en France, aussi intéressante qu'elle puisse être. Le droit civil québécois, à son avis, n'exige rien de moins que la preuve de l'existence du lien de causalité selon la prépondérance des probabilités. Il souligne que, dans les arrêts *Brabander* et *Wilson*, précités et aussi mentionnés par le juge Jacques, la réalisation fructueuse de la chance était probable et que les règles classiques en matière de causalité s'appliquaient donc. Si tant est qu'il faut accepter la perte de chance, ce ne peut être que comme chef de dommage, et non comme moyen de suppléer aux carences de la preuve concernant le lien de causalité.

Vallerand J.A. cites at some length and adopts the arguments of René Savatier ("Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale" (1973), 44 *Rev. gén. ass. terr.* 457, and "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?", D.1970.Chron.123, at pp. 124-25) and Geneviève Viney (*Traité de droit civil*, vol. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions* (1982), at p. 437). Both of these respected French authors are critical of the unnecessarily artificial nature of the loss of chance theory.

Taking into consideration the unchanged status of the classical rules of causation in the civil law of Quebec and the uncertain reception of the new theory in France, he declines the opportunity to innovate by recognizing loss of chance, preferring to leave that radical step to the legislator.

He then looks briefly at loss of chance as a head of damages and notes that it is properly recognized here. He points out that Jean-Louis Baudouin (*La responsabilité civile délictuelle* (1985)) discusses loss of chance in the chapter on "*le dommage*" (damage) and makes no mention of it under his discussion of "*lien de causalité*" (causal link).

Turning finally to the question of damages in the case before him, Vallerand J.A. states that even if he had been inclined to award damages based on the loss of chance he would not have awarded as much as his colleagues. He would, however, be prepared to recognize the frustration and anguish which Mrs. Dupuis no doubt felt on learning that but for the omissions of her doctor things might have been different. This damage is not the loss of a chance but the actual psychological suffering. He values this damage at \$5,000.

III—Issues

In this action the respondent seeks the following damages, as described in the re-amended declaration, dated November 23, 1983:

Le juge Vallerand cite abondamment René Savatier («Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale» (1973), 44 *Rev. gén. ass. terr.* 457, et «Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?», D.1970.Chron.123, aux pp. 124 et 125) et Geneviève Viney (*Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions* (1982), à la p. 437), aux arguments desquels il se range. Ces deux auteurs français respectés critiquent la nature inutilement artificielle de la théorie de la perte de chance.

Tenant compte de l'absence de changement dans les règles classiques du lien de causalité en droit civil québécois et de l'accueil incertain de la nouvelle théorie en France, il refuse d'innover en reconnaissant la perte de chance, préférant laisser cette mesure radicale aux soins du législateur.

Il examine ensuite brièvement la perte de chance comme chef de dommage et signale qu'elle est légitimement admise ici. Il souligne que Jean-Louis Baudouin (*La responsabilité civile délictuelle* (1985)) parle de la perte de chance dans le chapitre portant sur «le dommage» et n'en fait pas mention quand il traite du «lien de causalité».

Abordant enfin la question des dommages-intérêts dans l'affaire dont il est saisi, le juge Vallerand déclare que même s'il avait été enclin à accorder des dommages-intérêts pour la perte de chance, il n'aurait pas accordé une somme aussi considérable que celle qu'ont accordée ses collègues. Il aurait cependant été prêt à reconnaître la frustration et l'angoisse que M^{me} Dupuis a sans doute éprouvées en apprenant que les choses auraient pu se dérouler autrement n'eût été l'omission de son médecin. Ce préjudice est non pas la perte d'une chance, mais la souffrance psychologique réelle. Il a évalué ce préjudice à 5 000 \$.

III—Les questions en litige

Dans la présente action, l'intimée réclame les dommages-intérêts suivants, selon la déclaration réamendée, en date du 23 novembre 1983:

[TRANSLATION] Mrs. Dupuis suffered incalculable damage, including permanent and constant anguish, suffering and discomfort;

For pain, anxiety, hardship and loss of enjoyment of life, [the respondent] is claiming [from the appellant] the sum of \$150,000;

For the premature death of Mrs. Dupuis, [the respondent] is claiming [from the appellant] the sum of \$100,000.

I am inclined to agree with Vallerand J.A. and, effectively, a unanimous Court of Appeal that the claim for anguish and frustration must be accepted. This aspect of the damages was not dealt with by the trial judge. There is no doubt in my mind that the appellant's fault was directly related to the great, unnecessary psychological stress which Mrs. Dupuis faced upon learning that she had gone four years without knowing of her cancerous condition and without undergoing the follow-up, monitoring and treatment that was appropriate in her case. I will discuss the quantum of this head of damages later in my reasons.

On appeal, the damages relating to physical pain and suffering and premature death were, given the trial judge's findings, argued primarily on the basis of loss of chance. As I have already noted, a majority of the Court of Appeal was willing to recognize damages on this basis, and it is necessary for this Court to reconsider such apparently innovative reasoning.

I propose to analyze the matter in the following way. I will first attempt to define loss of chance, and this will necessarily involve a consideration of the voluminous authority on the subject which has emerged, principally in France and Belgium. Recently the courts and commentators in Quebec have had occasion to comment on loss of chance, and I will be particularly interested in those opinions before coming to a decision on whether, or perhaps to what extent, loss of chance now forms a part of the law of Quebec. This will, of course, involve a critical analysis of loss of chance, all the while keeping in mind what has, until now, been considered the classical approach to civil responsibility.

Madame Dupuis a souffert de dommages incalculables incluant l'angoisse, la souffrance et l'inconfort permanent et constant;

Pour douleurs, ennuis, inconvénients, diminution de la jouissance de la vie, [l'intimée] réclame [de l'appellant] la somme de \$150,000.00;

Pour le décès prématuré de Madame Dupuis, [l'intimée] réclame [de l'appellant] la somme de \$100,000.00.

Je suis porté à souscrire à l'avis du juge Vallerand et, en fait, de la Cour d'appel à l'unanimité, qu'il faut faire droit à la réclamation pour angoisse et frustration. Cet aspect des dommages-intérêts n'a pas été considéré par le juge de première instance. Je ne doute pas que la faute de l'appellant soit directement liée au stress psychologique considérable et inutile que M^{me} Dupuis a ressenti en apprenant qu'elle avait vécu pendant quatre ans sans savoir qu'elle souffrait d'un cancer et sans bénéficier du suivi, du contrôle et du traitement qui auraient été indiqués dans son cas. Je traiterai plus loin du montant des dommages-intérêts relatifs à ce chef.

En appel, compte tenu des conclusions du juge de première instance, on a traité du préjudice résultant des souffrances physiques et de la mort prématurée surtout en fonction de la perte de chance. Comme je l'ai déjà signalé, la Cour d'appel, à la majorité, était prête à accorder des dommages-intérêts relatifs à ce chef et il est nécessaire que notre Cour examine un raisonnement aussi manifestement innovateur.

Je me propose de procéder à l'analyse du sujet de la manière suivante. Je tenterai d'abord de définir la perte de chance, ce qui m'amènera forcément à examiner l'abondante doctrine sur le sujet, surtout celle de France et de Belgique. Récemment, les tribunaux et les auteurs de doctrine du Québec ont eu l'occasion de s'exprimer sur la perte de chance et je m'intéresserai particulièrement à ces avis avant de déterminer si, ou peut-être dans quelle mesure, la perte de chance fait maintenant partie du droit québécois. Il me faudra évidemment procéder à une analyse critique de la perte de chance tout en gardant à l'esprit ce que l'on a retenu jusqu'à maintenant comme la façon classique d'aborder la responsabilité civile.

In the end, I conclude that the loss of chance analysis recommended by the respondent is inappropriate, at least in cases where death or sickness has already occurred. In such cases, classical principles of causation suffice, and, further, are essential in order for individual responsibility to attach. I deal then with the facts of this case and consider the question of appropriate damages.

IV—Analysis

1. *Loss of Chance*

France and Belgium

Loss of chance has been the subject of a great deal of analysis in France and Belgium where it has also been admitted in numerous cases of medical responsibility. Accordingly, I will explore loss of chance largely through the excellent literature on this subject which has been published in those countries. It discloses two principal schools of thought on the matter. Their differences turn essentially on whether loss of chance is to be envisaged as merely a type of damage or whether its true effect in medical liability cases is to undermine causality as an essential element of civil liability and it is therefore to be rejected as contrary to established principle.

Indeed, loss of chance is a type of damage. It is the damage which results from the loss of an opportunity either to realize a benefit or to avoid an injury. It certainly poses special difficulties regarding the analysis of the causal link, but it is first and foremost a type of damage, and I will deal with it initially in that context.

Even when examined as a type of damage, loss of chance is acknowledged to be theoretically troublesome. As a rule, the damage must be direct, present and certain (Philippe le Tourneau, *La responsabilité civile* (3rd ed. 1982), at p. 167). Courts are hesitant to award damages which are hypothetical, possible, future and uncertain. In cases where the damage is ongoing, that is where it has manifested itself at the time of judgment but is likely to develop further, the courts are generally willing to recognize the future aspect of the damage. Though a part of the damage

Finalement, je conclurai que l'analyse fondée sur la perte de chance proposée par l'intimée ne convient pas, du moins quand la mort ou la maladie est déjà survenue. Dans ces cas, les principes classiques en matière de causalité suffisent et, qui plus est, constituent les fondements essentiels de la responsabilité individuelle. J'examinerai ensuite les faits de l'es-
pèce ainsi que l'évaluation des dommages-intérêts.

b IV—L'analyse

1. *La perte de chance*

En France et en Belgique

c La théorie de la perte de chance a été abondamment analysée en France et en Belgique où elle a également été reconnue dans de nombreuses affaires de responsabilité médicale. En conséquence, je vais étudier la perte de chance surtout en m'inspirant de l'excellente doctrine publiée sur ce sujet dans ces deux pays. Cette doctrine comporte deux écoles de pensée sur ce sujet. La différence entre l'une et l'autre école tient essentiellement à savoir s'il faut considérer la perte de chance seulement comme un genre de préjudice ou si elle a, en matière de responsabilité médicale, comme conséquence réelle de miner la causalité comme élément essentiel de la responsabilité civile et s'il faut, pour ce motif, la rejeter comme contraire aux principes établis.

g En réalité, la perte de chance est un type de préjudice. C'est le préjudice qui découle de la perte d'une possibilité de réaliser un profit ou d'éviter une perte. Elle soulève certainement des difficultés particulières pour ce qui est de l'analyse du lien de causalité, mais c'est d'abord et avant tout une sorte de préjudice et je commencerai par l'analyser dans cette optique.

h Même considérée comme une sorte de préjudice, la perte de chance est reconnue comme présentant des difficultés sur le plan théorique. Règle générale, le préjudice doit être direct, actuel et certain (Philippe le Tourneau, *La responsabilité civile* (3^e éd. 1982), à la p. 167). Les tribunaux hésitent à accorder des dommages-intérêts pour un préjudice hypothétique, possible, futur et incertain. Dans les cas où le préjudice est continu, c'est-à-dire qu'il a commencé à se manifester au moment du jugement, mais qu'il est susceptible de se prolonger, les tribunaux sont généralement dis-

develops in the future, it is saved by the fact that it is capable of ascertainment in the present. This is the familiar case of a physical injury which has the potential to deteriorate or worsen.

In cases of loss of chance, the damage is future or hypothetical and clearly not certain. It is distinguished by the fact that it is contingent, or dependent on an element of chance which must be evaluated in terms of probabilities. This contingent or probabilistic aspect provides the potential for ascertainment of damages in the present. It is the special characteristic of loss of chance.

Our analysis of this concept will be made easier by means of a number of examples. The classic examples of loss of chance are described by Viney, *op. cit.*, at p. 341:

[TRANSLATION] 278.—It very frequently happens that an act which can make its perpetrator liable will deprive another of a chance to make a profit or avoid a loss.

Let us take the case of an accident causing bodily injury and resulting in disability. It may prevent the victim from entering a competition or examination on which his career depends or from marrying the person he wishes to wed, or it may deprive him of the expectation of professional promotion or the possibility of returning to work after retirement. For the victim's immediate dependants, there is the loss of expectation of support, and so on. However, many other possibilities can be imagined: a solicitor or barrister neglects a time limit or formal requirement and this prevents the trial from taking its usual course: the client thereby loses a chance of winning. A horse which should have run cannot because of a delay caused by a carrier: the owner loses a chance that it will win

Viney explains, at p. 342, the theoretical tension which loss of chance creates:

[TRANSLATION] First, the damage in question is future damage. In the French system, the purpose of liability is primarily to compensate for existing damage. . . . Further, this future damage is also contingent, since by definition a chance does not always materialize. Finally, it is

posés à reconnaître le caractère futur du préjudice. Même si une partie du préjudice surviendra à l'avenir, il est sauvegardé par le fait qu'il est susceptible d'être constaté actuellement. La lésion corporelle susceptible d'empirer avec le temps en est un exemple bien connu.

Dans les affaires de perte de chance, le préjudice est futur ou hypothétique et manifestement incertain. Il se distingue par le fait qu'il est aléatoire ou dépend d'un élément de chance qu'il faut évaluer en fonction de probabilités. Cet aspect aléatoire ou probabiliste présente une base possible pour établir un préjudice actuel. C'est la caractéristique distinctive de la perte de chance.

Notre analyse de la notion sera facilitée par le recours à un certain nombre d'exemples. Viney, *op. cit.*, donne des exemples classiques de perte de chance, à la p. 341:

278.—Il est extrêmement fréquent qu'un acte susceptible d'engendrer la responsabilité de son auteur fasse perdre à autrui une chance de réaliser un profit ou d'éviter une perte.

Prenons le cas d'un accident corporel entraînant une invalidité. Il peut empêcher la victime de se présenter à un concours ou à un examen dont dépend sa carrière ou de se marier avec la personne qu'elle veut épouser ou encore la priver d'un espoir de promotion professionnelle ou de la possibilité de reprendre un travail après sa retraite. Pour les proches de la victime immédiate, il y a perte d'un espoir de secours alimentaire, etc. Mais on peut imaginer bien d'autres hypothèses: un avoué ou un avocat néglige un délai ou une formalité, ce qui empêche le procès de se dérouler normalement: le client perd, par là, une chance de gagner. Un cheval qui devait courir ne le peut en raison d'un retard imputable au transporteur: le propriétaire perd une chance de le voir gagner . . .

Viney explique, à la p. 342, la tension théorique que crée la perte de chance:

D'abord, il s'agit d'un dommage futur. Or dans le système français, la responsabilité a en principe pour fonction de réparer les dommages existants. [. . .] D'autre part, ce dommage futur est, en outre aléatoire puisque, par définition, une chance ne se réalise pas toujours.

easy to see the extreme difficulty of determining the amount of money that will compensate for such damage.

Viney observes that these obstacles are not insurmountable. She affirms that the courts regularly provide compensation for damage which is ongoing—and therefore in part future and hypothetical—notably in cases involving personal injuries. She points out, regarding the contingent or chance-based element of the damage, that the law recognizes in many ways the reality of this type of conjecture, especially in the insurance field. As for the difficulty in evaluating the damage of a lost chance, she observes that other heads of damage, such as psychological injury, are notoriously difficult to quantify, and yet are regularly allowed.

Viney stresses also that the courts have set up limits or guidelines relating to when loss of chance analysis can be applied. The first condition is that the lost chance have been real and serious. Other writers have concluded that this condition amounts to a requirement that the realization of the chance have been at least likely (Yves Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile* (1983), at p. 50). The second condition is that the courts must take into account the level of likelihood that the chance would have been realized in evaluating the damages (Viney, *op. cit.*, at pp. 347 and 350).

My reading of French and Belgian authorities on loss of chance leads me to believe that there is little doctrinal resistance to the application of the theory in the classical cases, set out earlier. A strong division of opinion appears, however, when the theory is applied to medical situations, or, more precisely, situations where the actual damage has already manifested itself and where the chance is therefore exhausted.

Viney provides early examples of this newer, controversial trend in medical responsibility, at p. 436:

[TRANSLATION] The starting-point of this line of authority is a judgment of the Grenoble Court of Appeal on October 24, 1961. A person whose wrist was injured

Enfin on aperçoit aisément l'extrême difficulté de l'évaluation de l'indemnité destinée à compenser un tel préjudice.

Viney fait remarquer que ces obstacles ne sont pas insurmontables. Elle affirme que les tribunaux indemnisent régulièrement pour des préjudices qui sont continus—et donc en partie futurs et hypothétiques—notamment dans les cas de lésions corporelles. Elle souligne, au sujet de l'aspect aléatoire du préjudice, c'est-à-dire l'élément qui dépend de la chance, que le droit reconnaît de plusieurs façons la réalité de ce type de conjecture, spécialement en matière d'assurances. Pour ce qui est de la difficulté d'évaluer le préjudice résultant d'une chance perdue, elle fait remarquer qu'il est notoire que d'autres chefs de dommages, comme le préjudice psychologique, sont difficiles à quantifier, mais qu'ils sont néanmoins régulièrement reconnus.

Viney souligne aussi que les tribunaux ont établi des limites ou des lignes directrices quant aux cas où l'analyse fondée sur la perte de chance peut s'appliquer. La première condition est que la chance perdue soit réelle et sérieuse. D'autres auteurs ont conclu que cette condition équivaut à exiger que la réalisation de la chance ait au moins été probable (Yves Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile* (1983), à la p. 50). La deuxième condition est que les tribunaux doivent tenir compte du degré de probabilité de réalisation de la chance pour évaluer le préjudice (Viney, *op. cit.*, aux pp. 347 et 350).

Mon interprétation de la doctrine française et belge sur la perte de chance m'amène à croire qu'il y a peu d'auteurs s'opposant à l'application de cette théorie dans les cas classiques mentionnés plus tôt. Cependant, une divergence d'opinions marquée surgit lorsque la théorie est appliquée aux cas de responsabilité médicale ou, plus précisément, aux situations dans lesquelles le préjudice réel s'est déjà manifesté et où la chance est donc déjà perdue.

Viney cite quelques premiers exemples de cette tendance nouvelle et controversée en matière de responsabilité médicale, à la p. 436:

Le point de départ de cette évolution jurisprudentielle peut être situé dans un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble rendu le 24 octobre 1961. Une personne blessée

was X-rayed, but as no break was found immediately resumed ordinary activities. Some years later, however, when handling a heavy object she felt some pain and the physician consulted discovered that a fracture without dislocation could be seen on the X-ray taken at the time of the initial accident. The victim then sued the physician who had misinterpreted the X-ray and the Grenoble Court found that if the diagnosis had been correct, treatment could have been given that would have avoided "the formation of pseudo-arthritis with a continuing weakness in the wrist". The Court accordingly concluded that "not giving the treatment in question" had "definitely deprived the victim of a chance of recovery which she would ordinarily have had", and it held the physician liable . . .

Two years later, it was the first Civil Chamber of the Court of Cassation which itself formally recognized the concept of "loss of chance of recovery" and on this basis upheld a judgment against a physician whose diagnostic error had also led to the giving of inadequate treatment. These judgments were soon supported by two further decisions in even clearer cases. The first approved the Court of Appeal when, while recognizing that it had not been established that the surgeon's fault was the cause of the patient's death, it admitted that that fault "had deprived the latter of a chance of survival", which according to the supreme court was sufficient to justify compensation. The second case held that by not making sure of the immediate intervention of an anesthesiologist a surgeon "had compromised the patient's chance of survival" and owed the patient's mother compensation for this head of damage. [Emphasis in original.]

The courts in France and Belgium have followed this initiative in cases of medical responsibility, though the Belgian courts have shown more caution. (See Henri Anrys, *La responsabilité civile médicale* (1974), at pp. 39-40 and pp. 192-216; Christiane Hennau-Hublet, *L'activité médicale et le droit pénal: Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes* (1987), at pp. 231-75, and cases discussed therein.)

When applied in the medical context, the loss of chance theory has been severely criticized. It is said to be an artifice, or an attempt to avoid the requirement of certain causation. Doctrinal writers in France

au poignet s'était fait radiographier, mais, aucune cassure n'ayant été décelée, elle reprit immédiatement ses activités. Pourtant quelques années plus tard, pendant qu'elle maniait un objet lourd, elle ressentit une souffrance et le médecin consulté découvrit que, sur la photographie réalisée au moment du premier accident, on pouvait déceler une fracture sans déplacement. La victime assigna alors le médecin qui avait mal interprété cette photographie et la Cour de Grenoble constata que si le diagnostic avait été correct, il aurait permis d'appliquer un traitement qui aurait évité «la formation de pseudarthrose avec persistance d'une fragilité du poignet». La Cour en conclut donc que «la non-application du traitement dont il s'agit» avait «de façon certaine, privé le blessé d'une chance de guérison sur laquelle il était normalement en droit de compter» et elle condamna le médecin . . .

Or, deux ans plus tard, c'est la première Chambre civile de la Cour de cassation qui consacra elle-même la notion de «perte d'une chance de guérison» et approuva sur ce fondement, la condamnation d'un médecin dont l'erreur de diagnostic avait également provoqué l'application d'un traitement inadéquat. Cette jurisprudence fut d'ailleurs bientôt confirmée par deux nouvelles décisions encore plus nettes. La première approuvait en effet la Cour d'appel d'avoir, tout en reconnaissant qu'il n'était pas établi que la faute du chirurgien eût été la cause du décès du patient, admis que cette faute «avait privé ce dernier d'une chance de survie», ce qui, d'après la Cour suprême, était suffisant à justifier une indemnisation. Quant au second arrêt, il affirmait qu'un chirurgien, en ne s'assurant pas de l'intervention immédiate d'un médecin anesthésiste, «avait compromis la chance de survie de l'opéré» et devait réparation de ce chef de préjudice à la mère de la patiente. [En italique dans l'original.]

Les tribunaux français et belges ont suivi cette initiative dans les affaires de responsabilité médicale, bien que les tribunaux belges aient fait preuve de plus de prudence. (Voir Henri Anrys, *La responsabilité civile médicale* (1974), aux pp. 39 et 40 et pp. 192 à 216; Christiane Hennau-Hublet, *L'activité médicale et le droit pénal: Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes* (1987), aux pp. 231 à 275, et les affaires qui y sont mentionnées.)

L'application de la théorie de la perte de chance dans le contexte médical a été sévèrement critiquée. On l'a qualifiée d'artifice ou de tentative de contourner l'exigence d'un lien de causalité certain. Les

and Belgium have gradually come to acknowledge loss of chance as a valid type of damage in cases of medical responsibility, but this is largely due to the courts' acceptance of the theory. Academic writing in many instances still reveals a great deal of unease with the extension of the theory to these cases. In order to understand this unease, some elaboration on the loss of chance theory will be necessary.

I have already set out, quoting Viney, the difficulties which doctrinal writers see in the recognition of loss of chance as a type of damage. Loss of chance has come to be accepted despite these difficulties. The ongoing debate seems to stem, at least in part, from disagreement as to the basis on which the theory has been accepted.

One group of writers lays emphasis on the fact that the lost chance is a type of damage which is fully independent from the actual, "future damage" which can be found in the benefit which has been missed or in the injury which has not been avoided. It is the lost chance itself which is compensated, and this can occur in all instances where a chance has been lost, whether medical or other, and whether a chance of cure or a chance of career success.

Another group of writers sees loss of chance as a theory which is only available in situations where the actual, "future damage" has not occurred and remains for that reason contingent. The result of the appeal is never known due to the lawyer's neglect, and the ability of the child to support his or her parents is unconfirmed as a result of the negligence of a third party. In these cases, loss of chance analysis allows the courts to recognize and evaluate the damage despite the fact that it has not yet been made real and must still be seen as contingent. The theory is not available, according to this view, where the chance has already been exhausted, that is, where the final damage has already taken hold and where it is no longer, by definition, contingent. This is most obviously the case in the medical context when a plaintiff claims that he or she lost a chance of cure or improvement, and where, *ex hypothesi*, death or illness has already resulted. In such cases, those who reject a generalized theory of loss of chance claim

auteurs de doctrine français et belges en sont venus avec le temps à reconnaître la perte de chance comme genre de dommage légitime dans les affaires de responsabilité médicale, mais il l'ont fait surtout à cause de l'acceptation de cette théorie par les tribunaux. La doctrine manifeste encore très souvent beaucoup de réticence à étendre cette théorie à ces affaires. Pour comprendre ces réticences, il est nécessaire d'expliquer davantage la théorie de la perte de chance.

J'ai déjà mentionné, en citant Viney, les difficultés que les auteurs de doctrine éprouvent à reconnaître la perte de chance à titre de dommage. La perte de chance en est venue à être acceptée en dépit de ces difficultés. Le débat qui se poursuit semble découler, pour une part du moins, d'un désaccord quand à la raison pour laquelle la théorie a été acceptée.

Un groupe d'auteurs insiste sur le fait que la chance perdue est une sorte de préjudice tout à fait indépendant du «préjudice futur» et réel que représente le profit qui n'a pas été réalisé ou la perte qui n'a pas été évitée. C'est la chance perdue elle-même qui fait l'objet d'une indemnisation et cela peut se produire toutes les fois qu'une chance a été perdue, qu'elle soit de nature médicale ou autre et qu'il s'agisse d'une chance de guérison ou de réussite professionnelle.

Un autre groupe d'auteurs voit dans la perte de chance une théorie qui ne peut s'appliquer que dans les situations où le «préjudice futur» et réel ne s'est pas encore produit et reste, pour cette raison, aléatoire. Le résultat de l'appel n'est jamais connu en raison de la négligence de l'avocat et la capacité de l'enfant de subvenir aux besoins de ses parents reste non confirmée à cause de la négligence d'un tiers. Dans ces cas, l'analyse fondée sur la perte de chance permet aux tribunaux de reconnaître et d'évaluer le dommage même s'il n'est pas encore réalisé et s'il faut encore le considérer comme aléatoire. Selon cette opinion, la théorie ne s'applique pas quand la chance est déjà perdue, c'est-à-dire quand le préjudice final s'est déjà concrétisé et qu'il n'est plus, par définition, aléatoire. C'est manifestement le cas dans les affaires médicales où le demandeur alléguait qu'il avait perdu une chance de guérison ou d'amélioration de son état et où, par hypothèse, la mort ou la maladie est déjà survenue. Dans ces cas, ceux qui rejettent

that the plaintiff must establish the causal link between the defendant's fault and the death or illness. Accordingly, it is not permissible to cover up doubts as to the full causal link by claiming that the defendant's fault at least caused the loss of chance of cure or improvement.

I propose to look at some of the writers who favour a generalized or all-embracing theory of loss of chance before examining those who are reluctant to apply it in the medical context. Two considerations should be borne in mind. First, the partisans of each approach divide on whether loss of chance is merely a way of evaluating contingent damages where responsibility is otherwise clearly established; or whether it is, through the recognition of the loss of chance itself as a type of damage, a legitimate way of attenuating the causal link in all cases where the fault in question can at least be said to have caused the loss of the chance. Secondly, it should be noted that the debate in France and Belgium does not merely concern weak chances which are, for example, as likely as not to be realized; much of the discussion focusses on chances which, according to the evidence (statistical and other), are probable though not fully certain. The probability may be strong, but there is nonetheless concern over the possibility that the chance would not be realized. I will point out later in this judgment that this is a type of theoretical difficulty which is considered by our own courts to be less troublesome.

One of the most elaborate and persuasive versions of a broadly applicable theory of loss of chance is provided by Jacques Boré ("L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable", *J.C.P.* 1974.I.2620). Boré stresses that loss of chance is appropriate to deal with matters which are inherently uncertain and which are best understood in terms of statistical probability. He points out, for example, that in a case where a judge is faced with a twenty or forty percent level of uncertainty and consequent failure of the action in responsibility, it should be open to him or her to focus instead on a retrospective

une théorie générale de la perte de chance affirment que le demandeur doit établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute du défendeur et le décès ou la maladie. En conséquence, il n'est pas permis d'étouffer les doutes quant au lien total de causalité en alléguant que la faute du défendeur a, au moins, causé la perte d'une chance de guérison ou d'amélioration.

Je me propose de consulter certains des auteurs qui préconisent l'existence d'une théorie générale ou compréhensive de la perte de chance avant de consulter ceux qui hésitent à l'appliquer dans le contexte médical. Il faut garder deux choses à l'esprit. D'abord, les partisans de chaque thèse sont en désaccord quant à savoir si la perte de chance est simplement une méthode d'évaluation d'un préjudice aléatoire pour lequel la responsabilité est par ailleurs clairement établie, ou s'il s'agit, par la reconnaissance de la perte de chance elle-même comme une sorte de préjudice, d'une façon légitime de diminuer l'exigence de lien de causalité dans tous les cas où il est au moins possible de dire que la faute en question a causé la perte d'une chance. Ensuite, il faut noter qu'en France et en Belgique le débat ne vise pas uniquement les chances minces qui, par exemple, sont autant susceptibles ou non de se réaliser; une grande partie du débat porte sur les chances qui, selon la preuve (statistique ou autre), sont probables, quoique non absolument certaines. La probabilité peut être forte, mais il y a néanmoins une inquiétude au sujet de la possibilité que la chance ne se réalise pas. J'indiquerai plus loin dans les présents motifs que c'est le genre de difficulté théorique que nos tribunaux ont considérée comme moins gênante.

L'exposé de Jacques Boré («L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable», *J.C.P.* 1974.I.2620) est un des plus élaborés et convaincants d'une théorie généralement applicable de la perte de chance. Boré souligne que la perte de chance convient pour analyser des questions qui sont incertaines en soi et qui se comprennent mieux sur le plan de la probabilité statistique. Il mentionne, par exemple, que si le juge se trouve en présence d'un niveau d'incertitude de vingt ou quarante pour cent et, en conséquence, envisage de rejeter l'action en responsabilité, il devrait lui être possible de procéder

assessment of the certain statistical chance of a favourable result:

[TRANSLATION] 2.—...

And this probability calculation performs its function of reducing uncertainty: instead of being paralyzed by the 20 percent or 40 percent uncertainty that persists, the judge makes use of the 80 percent or 60 percent probability he finds to conclude that there is partial but certain damage.

Loss of chance provides a type of damage which is certain, but Boré is under no illusions as to the true nature of this form of analysis. He readily admits that the chance has no entirely independent status. It is intimately related to the final damage:

[TRANSLATION] 12.—Why is the order against the party liable thus limited to the value of the chance lost and by what standard is that limitation judged?

One could simply answer that there is no departure from the principle of complete compensation for damage, since by definition the only damage proven, and so subject to compensation, is the loss of a "chance" to obtain a result which is certainly desired, but the obtaining of which was not in any way certain; and this would be true.

However, that would not be the entire truth, as this answer raises most delicate questions. It is said that the only certain damage is the loss of a *chance*; but what is a chance if not simply a probability excluding any certainty? Should this probability not then be raised to the level of a *praesumptio hominis* that will condemn the party liable to compensate for the entire damage, or on the contrary deny it this evidentiary force and rule out all compensation if there is no certain damage? [Emphasis added; italics in original.]

Boré, of course, prefers to focus on the reality of statistical probability where certainty of the entire damage is unavailable. His comments do acknowledge, however, the strain which loss of chance theory places on traditional approaches to causation and damage.

This admitted strain is most evident, in Boré's view, in the recognition of partial damages in loss of chance cases and in the attenuation of the causal link. He states, at para. 14:

plutôt à une évaluation rétrospective de la probabilité statistique d'une issue favorable:

2.—...

a Et ce calcul de probabilités remplit sa fonction réductrice d'incertitude: au lieu de se laisser paralyser par les 20 % ou les 40 % d'incertitude qui subsistent, le juge retient les 80 % ou les 60 % de probabilités qu'il constate pour affirmer l'existence d'un préjudice partiel, b mais certain.

La perte de chance constitue une sorte de préjudice certain, mais Boré ne se fait pas d'illusion quant à la véritable nature de cette forme d'analyse. Il reconnaît volontiers que la chance n'a pas de statut complètement indépendant. Elle est intimement liée au préjudice final:

12.—Pourquoi la condamnation du responsable est-elle ainsi limitée à la valeur de la chance perdue et selon quel critère cette limitation est-elle appréciée?

On pourrait se borner à répondre qu'il n'y a là aucune atteinte au principe de la réparation intégrale du préjudice, puisque, par hypothèse, le seul dommage prouvé, donc indemnisable, est la perte d'une «chance» d'obtenir un résultat, que l'on désirait certes, mais dont l'obtention n'était nullement certaine. Et l'on n'aurait pas menti.

f Mais l'on n'aurait pas pour autant dit toute la vérité, car cette réponse soulève les plus délicates questions. On déclare en effet que le seul préjudice certain consiste en la perte d'une *chance*. Mais qu'est-ce qu'une chance, sinon une simple probabilité excluant toute certitude? g Ne faut-il pas dès lors élever cette probabilité au niveau d'une présomption de l'homme et condamner le responsable à la réparation de l'entier dommage, ou au contraire lui dénier cette force probante et exclure toute indemnisation en l'absence d'un préjudice certain? [Je souligne.] h

Boré préfère évidemment s'attacher à la réalité de la probabilité statistique en l'absence de certitude du préjudice entier. Ses commentaires indiquent qu'il reconnaît cependant la tension qu'impose la théorie de la perte de chance aux méthodes traditionnelles en matière de causalité et de préjudice.

Cette tension reconnue ressort le plus, selon Boré, de la reconnaissance d'une indemnisation partielle dans les cas de perte de chance et de la diminution de l'exigence de lien de causalité. Il dit au par. 14:

[TRANSLATION] If therefore the compensation awarded is only partial, it is not because the death damage was itself partial: a dead person is not partly alive, and the victim or his heirs *suffered the damage in its entirety*; it is because the compensation is *determined in relation to the probable causal link* found to exist between the fault and the final damage. It is partial causation, determined in accordance with a probability calculation taking into account the influence of possible external factors, which gives rise to partial liability in this case; and it should be noted that once again there is a departure from the principle of indivisibility of causes. [Emphasis in original.]

And again, at para. 15:

[TRANSLATION] The damage resulting from loss of chance is thus *damage curtailed in accordance with the probable causal link between the fact giving rise to liability and the final damage*.—[Emphasis in original.]

Having isolated the matter of causation as crucial to the defence of loss of chance, Boré goes on to point out that the French *Civil Code* does not specify a theory of causation. He rejects the two most accepted theories of causation—*l'équivalence des conditions* (equivalence of conditions) and *la causalité adéquate* (adequate causation)—and adopts instead a theory which obeys both causal and probabilistic laws. He acknowledges that the theory of adequate causation imports some considerations of probability, but in his view this is insufficient. His comments are revealing as to the difference between a traditional approach and the newer theory which he proposes:

[TRANSLATION] 19.—...

Undoubtedly [the system of adequate causation] has in common with [loss of chance] that it takes into consideration *probability*, likelihood, in determining causation; but it immediately differs in an essential respect: this probability is not used for its own sake but as a means of achieving a *certainty*, regarded as indispensable, as to the existence of the causal link considered. On the contrary, in the theory of loss of chance the presence of significant contingencies means it is impossible to bridge the gap separating probability from certainty: once it is impossible to say whether without the physician's fault a seriously ill patient would have survived, it cannot be said either that this fault was a *sine qua non* of

Si donc la réparation allouée n'est que partielle, ce n'est point parce que le préjudice-décès serait lui-même partiel: un mort n'est pas un demi-vivant et la victime ou ses ayants-droit ont *subi le préjudice dans sa totalité*; c'est parce que la réparation est *pondérée à la mesure du lien de causalité* probable constaté entre la faute et le dommage final. C'est la causalité partielle, déterminée en fonction d'un calcul de probabilités ménageant l'influence des facteurs extérieurs possibles, qui engendre en l'occurrence la responsabilité partielle. Et il faut constater qu'il est, une fois de plus, dérogé au dogme de l'indivisibilité des causes. [En italique dans l'original.]

Et de nouveau, au par. 15:

Le préjudice résultant de la perte d'une chance est donc *un préjudice raccourci à la mesure du lien de causalité probable qui unit le fait générateur de responsabilité au préjudice final*. [En italique dans l'original.]

Ayant établi que la question de la causalité est cruciale en matière de défense fondée sur la perte de chance, Boré poursuit en soulignant que le *Code civil* français ne comporte pas de théorie de la causalité. Il rejette les deux théories de la causalité les plus reconnues; l'équivalence des conditions et la causalité adéquate; et adopte plutôt une théorie qui obéit à la fois aux lois de la causalité et à celles des probabilités. Il reconnaît que la théorie de la causalité adéquate comporte des facteurs aléatoires, mais, à son avis, cela est insuffisant. Ses commentaires montrent en quoi la nouvelle théorie qu'il propose diffère de la méthode traditionnelle:

19.—...

Sans doute [le système de la causalité adéquate] présente-t-il avec [la perte de chance] ce point commun de prendre en considération la *probabilité*, la vraisemblance dans l'appréciation de la causalité; mais il s'en sépare aussitôt par un trait essentiel: cette probabilité n'est pas retenue comme une valeur propre, mais comme un moyen d'accéder à une *certitude*, tenue pour indispensable, quant à l'existence du lien de causalité considéré. Au contraire, dans la théorie de la perte d'une chance, la présence de facteurs aléatoires importants ne permet pas de franchir la distance qui sépare la probabilité de la certitude: dès lors qu'il n'est pas possible de dire si, sans la faute du médecin, le malade gravement atteint aurait survécu, on ne peut affirmer, ni que cette faute a été une condition *sine qua non* du décès, ni a

the death or *a fortiori* that it was the *proximate cause* thereof. [Emphasis in original.]

At another point in the article, Boré makes the distinction between the two approaches clear, this time in the context of a medical example:

[TRANSLATION] 24.—...

... when the judge estimates the value of the chance lost, *he is statistically assessing the correlation between the fact giving rise to liability and the damage*. For example, he asks the medical experts: "Does this therapy frequently lead to a cure?" If the experts answer: "This treatment usually leads to a cure", the judge then has a *reasonable certainty* which, though not the same as metaphysical certainty, is sufficient for him to say by the *praesumptio hominis* that the deprivation of treatment was the *proximate* cause of the damage and that the fault committed by the physician justifies his being *completely liable*. If, on the contrary, the experts answer: "Of one thousand patients treated with this medication, five hundred recovered", the judge then has available sufficient scientific certainty to say that a patient treated in this way had one chance out of two of recovering. Accordingly, *the probability is only 50 percent that omitting the treatment contributed to causing the damage*. We have already seen that this reasoning is objective and scientifically valid. The progress of science has shown beyond any doubt that statistics are not, as they used to be jestingly described, one of the three forms of lying. [Emphasis in original.]

Clearly, Boré's endorsement of the loss of chance theory is motivated by a desire to see statistical chances taken seriously. He goes so far as to say that the potential benefits of medicine form part of a "scientific patrimony" to which, presumably, the patient has a full claim:

[TRANSLATION] 38.—...

... in medical as in any other matters, chance definitely has a *particular and pre-existing value*: that value is the *capacity of the patient to be cured* taking into account, first, the nature and progress of the *disease* from which he is suffering, and secondly medical, pharmaceutical or surgical *techniques* available to the physician. These various therapies are a "scientific patrimony", apart from the physician, who merely implements them. [Emphasis in original.]

fortiori qu'elle en a été la *cause génératrice*. [En italique dans l'original.]

Ailleurs dans son article, Boré indique clairement la distinction entre les deux méthodes, cette fois dans le cadre d'un exemple médical:

24.—...

... lorsque le juge estime la valeur de la chance perdue, *il apprécie statistiquement la corrélation existant entre le fait générateur de responsabilité et le dommage*. Par exemple, il demande aux experts médicaux: «Est-il fréquent que telle thérapeutique entraîne la guérison?». Si les experts lui répondent: «Habituellement ce traitement entraîne la guérison», le juge est alors en possession d'une *certitude raisonnable* qui, bien que distincte de la certitude métaphysique, est suffisante pour lui permettre d'affirmer, par le jeu de présomptions de l'homme, que la privation du traitement a été la *cause génératrice* du dommage et que la faute commise par le médecin justifie son *entière responsabilité*. Si au contraire les experts lui répondent: «Sur mille malades traités avec ce médicament, cinq-cents ont été guéris», le juge dispose alors d'une certitude scientifique suffisante pour affirmer que le malade ainsi traité avait une chance sur deux de guérir. Par conséquent, *la vraisemblance est seulement de moitié que l'omission du traitement a contribué à la réalisation du dommage*. On a déjà vu que ce raisonnement est objectif et scientifiquement valable. Les progrès de la science ont démontré avec éclat que la statistique n'est pas, comme le prétendait autrefois la satire, une des trois formes du mensonge. [En italique dans l'original.]

Manifestement, l'adhésion de Boré à la théorie de la perte de chance vient d'un désir de voir les chances statistiques considérées sérieusement. Il va jusqu'à affirmer que les bienfaits potentiels de la médecine constituent un «patrimoine scientifique» auquel, présumément, le patient a pleinement droit:

38.—...

... la chance, en matière médicale comme toute autre, a bien une *valeur propre et préexistante*: cette valeur, c'est *l'aptitude qu'a le malade à être guéri* compte tenu, d'une part, de la nature et du degré d'évolution du *mal* dont il est atteint, d'autre part des *techniques* médicales, pharmaceutiques ou chirurgicales qui sont à la disposition du médecin. Ces diverses thérapeutiques constituent un «patrimoine scientifique», distinct du médecin qui se borne à les mettre en œuvre. [En italique dans l'original.]

This view of medicine would have the potential of placing a very heavy duty on the doctor, approaching an obligation of result. Boré insists, however, that the doctor's fault must be clearly established, and that other factors unrelated to the doctor clearly have the potential to eliminate chances of cure or healing: [TRANSLATION] "It must be emphasized that there are numerous chances of recovery which may be lost through no fault of the doctor" (para. 42). And furthermore, Boré notes that the courts will recognize only chances which are real and appreciable, i.e. those which represent more than a mere hope though less than a true certainty: [TRANSLATION] "a sufficient probability" (para. 37).

Boré wrote his article in 1974, and since that time the French *Cour de cassation* has continued to recognize loss of chance in medical cases. The courts must be considered among the most ardent supporters of the theory in France. (See Aubry and Rau, *Droit civil français*, 8th ed., vol. VI-2, *Responsabilité délictuelle* (1989), p. 125, footnote 17 and the cases listed therein. See also Cass. civ. 1st, May 31, 1988, *Bull. civ.* 1988, I, No. 165, p. 114; Cass. civ. 1st, October 11, 1988, *Bull. civ.* 1988, I, No. 281, p. 192; Cass. civ. 1st, March 29, 1989, *Bull. civ.* 1989, I, No. 147, p. 97; Cass. civ. 1st, June 7, 1989, *Bull. civ.* 1989, I, No. 230, p. 154; Cass. civ. 1st, January 10, 1990, *Bull. civ.* 1990, I, No. 10, p. 8; Cass. civ. 1st, February 7, 1990, *Bull. civ.* 1990, I, No. 39, p. 30.)

More recently, Isabelle Vacarie has provided an analysis of loss of chance which, for the most part, approves the application of the theory in all cases, including medical ("La perte d'une chance", [1987] 3 R.R.J. 903). Her article shows both the commitment of the French courts to the theory and the difficulties of application which they have encountered.

She begins, like Boré, by stressing the distinctiveness of the loss of chance approach to responsibility. She points out, at pp. 906-7, that the courts use this approach to acknowledge the role of chance as opposed to will in human affairs, and that this represents a new development in law:

Cette conception de la médecine pourrait avoir comme conséquence d'imposer au médecin une obligation très lourde, proche d'une obligation de résultat. Boré insiste cependant qu'il faut que la faute du médecin soit clairement prouvée et que d'autres facteurs qui n'ont rien à voir avec le médecin puissent manifestement éliminer les chances de guérison: «Il faut en effet souligner qu'il existe de très nombreuses chances de guérison qui peuvent être perdues sans aucune faute du médecin» (par. 42). De plus, Boré souligne que les tribunaux ne tiendront compte que des chances qui sont réelles et appréciables, c'est-à-dire celles qui représentent plus qu'un simple espoir, mais moins qu'une véritable certitude: «une probabilité suffisante» (par. 37).

Boré a écrit son article en 1974 et depuis cette époque, la Cour de cassation française a continué d'appliquer la perte de chance aux affaires médicales. Il faut voir les tribunaux parmi les plus ardents partisans de cette théorie en France. (Voir Aubry et Rau, *Droit civil français*, 8^e éd., t. VI-2, *Responsabilité délictuelle* (1989), p. 125, renvoi 17 et les affaires qui y sont mentionnées. Voir aussi Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n^o 165, à la p. 114; Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1988, *Bull. civ.* 1988, I, n^o 281, à la p. 192; Cass. civ. 1^{re}, 29 mars 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n^o 147, à la p. 97; Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n^o 230, à la p. 154; Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n^o 10, à la p. 8; Cass. civ. 1^{re}, 7 février 1990, *Bull. civ.* 1990, I, n^o 39, à la p. 30.)

Plus récemment, Isabelle Vacarie a présenté une analyse de la perte de chance qui, en majeure partie, approuve l'application de cette théorie dans tous les cas, y compris les affaires médicales («La perte d'une chance», [1987] 3 R.R.J. 903). Son article révèle tant l'attachement des tribunaux français à la théorie que les difficultés d'application qu'ils ont rencontrées.

Elle commence, comme Boré, par souligner le caractère distinctif de la perte de chance comme approche à la responsabilité civile. Elle indique, aux pp. 906 et 907, que les tribunaux ont recours à cette méthode pour reconnaître le rôle de la chance, par rapport à celui de la volonté, dans la vie humaine et que cela constitue une innovation en droit:

[TRANSLATION] [The various applications of loss of chance] are all part of a trend in the law in the direction of recognizing the part chance plays in human affairs. This recognition has shaken the foundations of the 1804 Civil Code, which viewed man "*as a noble being, master of himself and his destiny*". The mystical nature of this concept has been attacked, and as chance has made its appearance in the legal field there has been a parallel limitation of the function of will in the law of obligations. This opposite trend is due to the antinomy of chance and will: chance excludes will and will marks the limits of chance. The legal solutions have reflected this opposition. [Emphasis in original.]

As we shall see, she regards the distinction between will and chance as the key to understanding the limits which the courts have placed on loss of chance.

At the most general level, Vacarie observes, at p. 907, that the French courts have invoked loss of chance analysis in two situations, the first being most relevant to the medical context:

[TRANSLATION] ... a close review of the judgments [of the Court of Cassation] indicates that loss of chance is relied on in two situations that need to be distinguished, because they do not involve the same aspects of the law of liability.

—Either the judge uses loss of chance when he is ruling on the liability of the defendant, and admission of this damage is then a condition of liability; for example, on reading the expert reports the court will consider that it is not certain that such medical fault is the cause of the patient's disability, but rather that that fault deprived him of a chance of recovery.

—Or the judge invokes loss of chance only at the stage of assessing the damage, when the defendant's liability has already been established; two examples are when an appeal has not been brought within the time limits as the result of negligence by counsel, and the judge awards his client an indemnity to compensate for loss of the chance of winning the case; and following an accident, compensation is awarded for loss of the chance of promotion or support.

Whatever the situation, the use of loss of chance indicates the judge's uncertainty. However, that uncertainty

[Les différentes applications de la perte de chance] traduisent toutes une évolution du droit dans le sens de la reconnaissance de la part de chance dans la vie humaine. Cette reconnaissance bouscule les assises du Code Civil de 1804 qui concevait l'homme «*comme un être noble, maître de lui-même et de son destin*». Le caractère mystificateur de cette conception a été dénoncé. Et on observe parallèlement à l'intégration de la chance dans le champ juridique un rétrécissement du rôle de la volonté dans le droit des obligations. Ce mouvement contraire s'explique par l'antinomie de la chance et de la volonté: la chance exclut la volonté, la volonté marque la frontière de la chance. Les solutions juridiques traduisent cette opposition. [En italique dans l'original.]

Comme nous le verrons, elle voit dans la distinction entre la volonté et la chance l'élément clé qui permet de comprendre les limites que les tribunaux ont fixées à la perte de chance.

Au niveau le plus général, Vacarie signale, à la p. 907, que les tribunaux français ont invoqué l'analyse fondée sur la perte de chance dans deux hypothèses, dont la première est la plus pertinente au contexte médical:

... l'examen attentif des décisions [de la Cour de cassation] révèle que la perte d'une chance est invoquée dans deux hypothèses qui méritent d'être distinguées, car elles ne mettent pas en jeu les mêmes aspects du droit de la responsabilité.

—Soit le juge retient la perte d'une chance lorsqu'il se prononce sur la responsabilité du défendeur, l'admission de ce préjudice étant alors une condition de la responsabilité. Par exemple, au vu des rapports d'expertise, le tribunal estime qu'il n'est pas certain que telle faute médicale soit à l'origine de l'invalidité du patient, mais considère cependant que cette même faute l'a privé d'une chance de guérison.

—Soit le juge n'invoque la perte d'une chance qu'au stade de l'évaluation du préjudice, la responsabilité du défendeur étant déjà établie. Deux exemples: l'appel n'ayant pas été interjeté dans les délais par suite d'une négligence de l'avocat, le juge alloue à son client une indemnité pour compenser la perte d'une chance de gagner le procès; ou bien, à la suite d'un accident, est réparée la perte d'une chance de promotion ou de secours alimentaires.

Quelle que soit l'hypothèse, le recours à la perte d'une chance traduit l'incertitude du juge. Cependant

relates to the causal link or extent of the damage. [Emphasis added.]

As this comment indicates, Vacarie sees loss of chance in cases of medical responsibility as relating to uncertainty with respect to the causal link. In her opinion, loss of chance analysis is acceptable and appropriate here, though only to deal with faults of omission. This is a new distinction, and it is worth exploring briefly.

She states clearly, at p. 908, that loss of chance is misapplied in cases where the doctor's (or defendant's) act is alleged to have produced the damage:

[TRANSLATION] In the absence of a causal link between the fault and the material damage, compensation for loss of chance is certainly questionable when the fault results from an action or positive act of the defendant. In such a case, he can only be held liable if it is established that his wrongful act materially contributed to the causing of the damage. Such proof may be made by any means: it may be inferred from serious, specific and concurring presumptions, but it is essential. Doubt in the judge's mind as to the causal link cannot justify partial compensation through awarding an amount for loss of chance: the rule is one of full compensation for direct damage. The Court of Cassation makes sure ... that this rule is observed. [Emphasis added.]

According to Vacarie, the approach is not the same when the courts are presented with a fault of omission. Here, apparently, different rules must apply, and recourse to loss of chance analysis is fully justified, at pp. 908-9:

[TRANSLATION] It is certain that causation is not determined in the same way depending on the nature of the fault. When the fault results from an omission, by definition it has not physically contributed to causing the damage; however, the courts and commentators now unanimously consider that it can be legally causal if it is shown that the defendant's action would have prevented the damage from being caused. This reasoning results in a shifting of the evidence. It is no longer a question of reconstituting the chain of events but one of imagining what the chain of events would have been if the defendant had acted, if he had met his obligations. This imaginary prognosis is based on the effects that could be

cette incertitude porte sur le lien de causalité ou l'étendue du dommage. [Je souligne.]

Comme ce commentaire l'indique, Vacarie considère que, dans les affaires de responsabilité médicale, la perte de chance a trait à l'incertitude portant sur le lien de causalité. À son avis, il convient alors d'utiliser l'analyse fondée sur la perte de chance seulement s'il s'agit de fautes d'omission. C'est une nouvelle distinction à laquelle il convient de s'arrêter brièvement.

Elle affirme expressément, à la p. 908, que la perte de chance est appliquée à mauvais escient quand on allègue que l'acte du médecin (ou du défendeur) a engendré le préjudice:

L'indemnisation de la perte d'une chance, en l'absence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice matériel, est certainement contestable lorsque la faute résulte d'une action, d'un fait positif du défendeur. En pareil cas en effet, sa responsabilité ne peut être engagée que s'il est établi que son action fautive a matériellement contribué à la réalisation du dommage. Cette preuve peut être rapportée par tous moyens, elle peut être induite de présomptions graves, précises et concordantes, mais elle est indispensable. Le doute du juge sur la relation causale ne peut justifier une réparation partielle par le biais de l'indemnisation de la perte d'une chance: la règle est en effet celle de la réparation intégrale du préjudice direct. La Cour de cassation veille [...] au respect de cette règle. [Je souligne.]

Selon Vacarie, la solution est différente lorsque le tribunal est saisi d'une faute d'omission. Alors, il semble que des règles différentes doivent s'appliquer et le recours à l'analyse fondée sur la perte de chance est entièrement justifié, aux pp. 908 et 909:

Il est sûr que la causalité ne s'apprécie pas de façon identique selon la nature de la faute. Lorsque la faute résulte d'une abstention, par hypothèse elle n'a pas matériellement contribué à la réalisation du dommage; cependant les tribunaux et la doctrine sont aujourd'hui unanimes à considérer qu'elle peut être juridiquement causale, s'il est établi que l'action du défendeur aurait évité la réalisation du dommage. Ce raisonnement entraîne un déplacement de la preuve. Il ne s'agit plus de reconstituer l'enchaînement de faits passés mais d'imaginer quel aurait été l'enchaînement des faits si le défendeur avait agi, s'il avait satisfait à ses obligations. Ce pronostic imaginaire s'appuie sur les effets à attendre

expected from the act omitted by the defendant. However, whenever no necessary cause-and-effect relationship exists, no one can say that the act would have had beneficial consequences: while there is a chance that it might have avoided the damage, it is not a certainty. This element of uncertainty explains the recourse to the concept of loss of chance to penalize a wrongful omission. This solution has been developed in the main over a twenty-year period, in the field of medical liability, bringing about compensation for loss of chance of survival or recovery.

She then adds a distinction and a qualification which are relevant in medical cases involving faults of omission. The distinction is that whereas loss of chance analysis is appropriate in cases where the doctor omits to apply or administer a particular treatment, it is not necessarily suited to cases where the doctor simply neglects to inform the patient of such a treatment. In the first situation, the treatment is inherently risky and loss of chance can deal with the risks in terms of probabilities. In the second situation, the causal link is affected and potentially broken by uncertainty as to will of the patient, a factor which loss of chance cannot consider. She notes, however, that there may be cases where there is no doubt as to the patient's willingness to accept any treatment.

The qualification which Vacarie makes, at p. 914, regarding cases of medical omissions is that loss of chance analysis is not appropriate where the evidence indicates that the disease or illness was irreversible:

[TRANSLATION] The physician will not be held liable if the pathological process was irreversible, if the patient's condition could not help getting worse. His liability is also excluded when the causal influence of the fault seems too uncertain to the courts because it appears from the expert reports that there is nothing to contradict the assumption that death or infirmity is unavoidable, nothing to say that prior examination or treatment would have helped prevent the damage.

Vacarie's qualification here brings to the forefront the recurring question of what level of chance (i.e. from highly probable to hardly possible) will be acceptable to courts wishing to follow a loss of

de l'acte omis par le défendeur. Cependant, chaque fois que n'existe pas une relation nécessaire de cause à effet, nul ne peut affirmer que cet acte aurait eu des effets bénéfiques: s'il y a des chances qu'il eût évité le dommage, cela n'est pas certain. Cette part d'incertitude explique le recours à la notion de perte d'une chance, pour sanctionner une abstention fautive. Cette solution s'est particulièrement développée depuis une vingtaine d'années, dans le domaine de la responsabilité médicale, entraînant la réparation de la perte d'une chance de survie ou de guérison.

Elle ajoute alors une distinction et une réserve qui ne s'appliquent qu'aux affaires médicales mettant en cause des fautes d'omission. La distinction comporte que l'analyse fondée sur la perte de chance convient dans les cas où le médecin a omis de prescrire ou d'administrer un traitement particulier, mais qu'elle ne convient pas nécessairement dans les cas où le médecin a simplement négligé d'informer le patient de l'existence d'un tel traitement. Dans le premier cas, le traitement comporte des risques inhérents et la perte de chance peut tenir compte des risques sur le plan des probabilités. Dans le deuxième cas, le lien de causalité est touché et il est peut-être même rompu par l'incertitude au sujet de la volonté du patient, un facteur dont la perte de chance ne peut tenir compte. Elle fait observer cependant qu'il peut y avoir des cas où il n'y a pas de doute que le patient aurait été disposé à accepter n'importe quel traitement.

La réserve que fait Vacarie, à la p. 914, au sujet des cas d'omissions médicales, porte que l'analyse fondée sur la perte de chance ne convient pas lorsque la preuve indique que la maladie est irréversible:

La responsabilité du médecin est exclue si le processus pathologique était irréversible, si l'aggravation de l'état du patient était inéluctable. Elle est également écartée lorsque l'influence causale de la faute apparaît aux tribunaux comme trop incertaine, parce qu'il résulte des rapports d'expertise que rien ne contredit l'hypothèse du caractère inéluctable de la mort ou de l'infirmité, rien ne permet d'affirmer que des examens ou traitements préalables auraient contribué à prévenir le dommage.

Cette réserve de Vacarie fait ressurgir au premier plan la question qui revient toujours, c'est-à-dire quel degré de chance (c'est-à-dire allant de la chance très forte et à celle très mince), sera acceptable pour les

chance analysis. She seems to favour chances which are at least likely to succeed, although she concedes a large discretion to the trial judge, at pp. 916-17:

[TRANSLATION] Loss of chance may thus be regarded as direct and certain damage whenever the chance of survival or recovery is greater than the risk of death or disability. That of course is a question of fact which is exclusively a matter for the triers of the merits.

In the end, once distinctions and qualifications have been made, Vacarie approves the resort to a broadly applicable theory of loss of chance, and asserts that it provides a place for "*la justice par division*" ("justice by division") and "*la justice de Salomon*" ("the justice of Solomon"), at p. 932.

There are numerous other writers who approve the application of loss of chance to medical cases (e.g. Chartier, *op. cit.*, at pp. 31 and 35; François Chabas, Annotation of Cass. crim., January 9, 1979, *J.C.P.* 1980.II.19272; Georges Durry, "Responsabilité civile" (1967), 65 *Rev. trim. dr. civ.* 153, at p. 181). Some are more forthcoming than others in acknowledging the innovative and theoretically difficult nature of this recourse. I note in particular Annick Dorsner-Dolivet (*Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie* (1986)).

Dorsner-Dolivet appears generally to approve of a theory of loss of chance in its classical application, i.e. the oft-cited examples referred to at the outset of this analysis. With regard to the new tendency in France to apply loss of chance in the medical context, she agrees with those who see it as a theoretical tangle, especially regarding the traditional rules of causation. For reasons of policy, however, she approves of the extension of loss of chance in this limited sphere, at p. 427:

[TRANSLATION] The recent acceptance of loss of chance has remained limited to the field of medical, and in particular surgical, liability. The reason for this is that factors particular to this field dictated its development.

tribunaux qui veulent adopter une analyse fondée sur la perte de chance. Elle semble favoriser les chances qui sont au moins susceptibles de se réaliser, quoiqu'elle reconnaisse que le juge de première instance a beaucoup de latitude à ce propos, en disant, aux pp. 916 et 917:

Aussi peut-on considérer que la perte d'une chance constitue un préjudice à la fois direct et certain chaque fois que les chances de survie ou de guérison l'emportent sur les risques de décès ou d'invalidité. C'est là bien sûr une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Finalement, après avoir formulé des distinctions et des réserves, Vacarie approuve le recours à une théorie généralement applicable de la perte de chance et affirme que cette théorie fait une place à «la justice par division» de même qu'à «la justice de Salomon», à la p. 932.

Il y a de nombreux autres auteurs qui approuvent l'application de la perte de chance aux affaires médicales (par exemple, Chartier, *op. cit.*, aux pp. 31 et 35; François Chabas, note sous Cass. crim., 9 janvier 1979, *J.C.P.* 1980.II.19272; Georges Durry, «Responsabilité civile» (1967), 65 *Rev. trim. dr. civ.* 153, à la p. 181). Certains sont plus disposés que d'autres à reconnaître le caractère innovateur et difficile sur le plan théorique de cette application. Je mentionne plus précisément Annick Dorsner-Dolivet (*Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie* (1986)).

Dorsner-Dolivet paraît généralement approuver la théorie de la perte de chance selon son application classique; voir au début de la présente analyse les exemples maintes fois cités. Quant à la nouvelle tendance, qui se manifeste en France, à appliquer la perte de chance dans le contexte médical, elle partage l'avis de ceux qui y voient un fouillis théorique, plus précisément en ce qui a trait aux règles traditionnelles de la causalité. Pour des motifs de politique judiciaire cependant, elle approuve l'extension de la perte de chance à ce domaine restreint, à la p. 427:

La nouvelle acception de la perte d'une chance est restée limitée au domaine de la responsabilité médicale et en particulier chirurgicale. S'il en est ainsi, c'est parce que ce sont des motifs propres à ce domaine qui ont

However, although we approve of these criticisms made of the theory of loss of chance in terms of legal logic, we feel because of the uncertainty of scientific causation that maintaining the theory is essential. Even admitting these imperfections, we think that it is the lesser of evils which, if it were eliminated, would give rise to much more serious disruption.

What, then, are the considerations which prompt her to approve a theory which admittedly offends the previous logic of the legal system? With Chabas ("Vers un changement de nature de l'obligation médicale", *J.C.P.* 1973.I.2541), she notes three general factors, at p. 416:

[TRANSLATION] The first factor is the unusual risk run by the patient in undergoing surgery. Even at the present time the most optimistic physicians recognize that the sequelae of anesthesia or operating shock are still to a large extent unpredictable.

The second factor is the economic inequality between the victim who is a recipient of social insurance and the practitioner who is always insured.

Finally, the most important factor is the fleeting nature of the evidence . . .

It is to offset all these factors working against the victims of surgical fault that judges have given a new face to the theory of loss of chance. In this interpretation, certainty as to the existence of a fault influences the concept of damage since it leads to the creation of a new type of damage, an intellectual abstraction designed to alleviate the difficulties of proving with certainty a causal relationship.

Chabas, who inspired some of Dorsner-Dolivet's comments, is another writer who has shown an ambivalent attitude towards the use of loss of chance analysis in medical cases. In his 1973 article noted above, he questioned the theoretical underpinnings of the new developments and added that they would likely have the result of hurting medical reputations and encouraging defensive medicine. By 1980, his attitude had changed, and he was willing to approve of loss of chance in certain medical situations (*J.C.P.* 1980.II.19272). He states that where the victim is already affected by a terminal condition, and where the doctor's fault completely deprives the patient of such chances as remain, then the doctor should be

dicté son élaboration. Bien que cependant nous approuvions ces critiques adressées sur le plan de la logique juridique à la théorie de la perte d'une chance, nous croyons, en raison des aléas de la causalité scientifique, que son maintien s'avère indispensable. En ayant conscience de ces imperfections, nous pensons qu'il s'agit d'un moindre mal qui, s'il était éliminé, engendrerait des désordres encore beaucoup plus graves.

Quelles sont donc les considérations qui l'incitent à approuver une théorie qui, de l'aveu général, contrevient à la logique antérieure du système juridique? Comme Chabas («Vers un changement de nature de l'obligation médicale», *J.C.P.* 1973.I.2541), elle mentionne, à la p. 416, trois grands facteurs:

Le premier facteur, c'est d'abord le risque anormal couru par le malade en cas d'intervention chirurgicale. Même de nos jours les médecins les plus optimistes reconnaissent que les suites de l'anesthésie ou du choc opératoire échappent encore considérablement à la prévision.

Le second facteur réside dans l'inégalité économique entre la victime, assurée sociale, et le praticien toujours assuré.

Enfin, le facteur le plus important est constitué par le caractère fuyant des éléments de preuve. . .

C'est pour compenser tous ces facteurs défavorables aux victimes d'une faute chirurgicale que les juges ont donné à la théorie de la perte d'une chance un nouveau visage. L'existence d'une faute certaine influe, dans cette interprétation, sur la notion de dommage puisqu'elle aboutit à la création d'un nouveau type de dommage, abstraction intellectuelle destinée à pallier les difficultés de preuve de la certitude de la relation causale.

Chabas, qui a inspiré certains des commentaires de Dorsner-Dolivet, est un autre auteur qui a une attitude ambivalente au sujet de l'utilisation de l'analyse fondée sur la perte de chance en matières médicales. Dans l'article déjà mentionné qu'il a écrit en 1973, il conteste les fondements théoriques de cette innovation et ajoute qu'elle aura probablement pour conséquence de nuire à la réputation de médecins et d'encourager la médecine défensive. En 1980, il a changé d'attitude et il est prêt à approuver la perte de chance dans certaines affaires médicales (*J.C.P.* 1980.II.19272). Il dit que, lorsque le patient est déjà en phase terminale et que la faute du médecin l'a complètement privé de toute chance qui pouvait lui

responsible for the loss of a chance of survival. He adds, however, that where the victim is in normal health prior to the doctor's fault, it is the full value of the life which must be considered; and where the doctor's fault is not at least a *causa sine qua non* of the loss of that life, loss of chance analysis cannot be used to provide a proportional recovery corresponding with the judge's doubts.

I turn now to that group of writers who, in France as well as Belgium, oppose the application of loss of chance in the medical context.

The most severe and oft-cited criticism of the recent evolution of loss of chance is that of Dean Savatier ("Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale", op. cit.; "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?", op. cit.). Vallerand J.A. quotes large portions of these writings, and I will not reproduce them in their entirety though generally I approve of their purport.

The gist of Savatier's argument is that in medical cases, one is not faced with a true loss of chance: the factors bound up in the earlier chance have already played themselves out. In the presence of a death or infirmity, there is no longer any need to calculate a future chance; the judge must consider events which have now passed and for which the cause is uncertain: [TRANSLATION] "What is incorrectly called chance is insufficient information on the part of the judge about how destiny took its course" (D.1970.Chron.123, at p. 126). Destiny having taken its course, loss of chance analysis is no longer appropriate or necessary, and traditional rules regarding causation and damage must apply (at p. 124):

[TRANSLATION] The reasoning we find unacceptable places . . . chance in the past where the event to which it applies has already occurred. The analysis is outdated! . . . Destiny has played its part. By definition, infirmity or death has occurred. One is no longer dealing with chance but with a *fait accompli*. When the national lottery is drawn, tickets lost through the fault of another

rester, alors il faut tenir le médecin responsable de la perte d'une chance de survie. Il ajoute cependant que si l'état de santé de la victime était normal avant la faute du médecin, il faut tenir compte de la valeur totale de la vie; et si la faute du médecin n'est pas, au moins, une cause sine qua non de cette perte de vie, l'analyse fondée sur la perte de chance ne peut servir à accorder une réparation proportionnelle correspondant aux doutes du juge.

Je passe maintenant au groupe d'auteurs français et belges qui s'opposent à l'application de la perte de chance aux affaires médicales.

La critique la plus sévère et la plus souvent citée de l'évolution récente de la perte de chance est celle du doyen Savatier («Le droit des chances et des risques, dans les assurances, la responsabilité civile dans la médecine, et sa synthèse dans l'assurance de responsabilité médicale», loc. cit.; «Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?», loc. cit.). Le juge Vallerand cite de longs extraits de ces textes, que je ne reprendrai pas en entier quoique, de façon générale, j'approuve leur teneur.

L'essentiel de l'argument de Savatier tient à ce que, dans les affaires médicales, on n'est pas en présence d'une véritable perte de chance: les facteurs liés à la chance antérieure sont déjà périmés. Devant le fait accompli du décès ou de l'infirmité, il n'est plus nécessaire de calculer une chance future; le juge doit analyser les événements qui se sont produits et dont la cause est incertaine: «Ce qu'on appelle improprement chance, c'est l'insuffisance de l'information du juge sur le déroulement suivant lequel le destin a enchaîné les événements» (D.1970.Chron.123, à la p. 126). Le destin ayant tranché, l'analyse fondée sur la perte de chance n'est plus appropriée ni nécessaire et les règles traditionnelles en matière de causalité et de préjudice doivent s'appliquer (à la p. 124):

Le raisonnement que nous croyons inacceptable situe [. . .] des chances dans le passé, où se place, déjà, l'événement auquel on les applique. C'est une recherche périmée! [. . .] Or le destin a tranché. Par hypothèse, l'infirmité ou la mort sont survenues. Il ne s'agit plus de chances, mais de faits accomplis. Quand la loterie nationale est tirée, les billets perdus par la faute d'autrui ne

are no longer chances but vested rights or no right at all, as the case may be. We know the cause of the loss of the vanished chances: it is the draw. On the other hand, the problem for solution once the damage complained of by the victim has occurred ... is whether that damage *would or would not have occurred absent the fault alleged against the physician.*

In the event that by not committing the fault the physician would have avoided the damage, the fault is *causal*. If on the other hand the death or infirmity would have occurred in any case without the fault, it is *unrelated* to the damage. What is at issue is no longer a future *chance* but a past event the cause of which is *uncertain*. It is this uncertainty that has to be overcome. If the judge is persuaded that the fault caused the damage, he must order its perpetrator to compensate for it; but he may not make such an order, even one reduced in proportion to any doubts he may have, if he is not personally persuaded that the fault was a necessary condition for the damage. He cannot tailor the order to his doubts, even in an inversely proportional manner. [Emphasis in original.]

In the end, then, Savatier sees theoretical difficulties in applying loss of chance in the medical context due principally to two factors: the damage in medical cases has already occurred and is no longer based on a chance or a contingency; and the question of whether the doctor *caused* that damage cannot be answered simply with information on what the patient's chances of cure or improvement were prior to the doctor's act or omission.

The comments of Jean Penneau (*La responsabilité médicale* (1977)) are of a similar nature. His analysis examines more closely the difference between the medical situation and the classical loss of chance situations. He contrasts the valid application of loss of chance in cases of "crystallized" factual development with those medical cases where the chance has evolved and in fact acquired a real and final form. In such cases, the causal analysis must be established between the defendant's fault and that real, final damage (at pp. 115-16 and p. 119):

[TRANSLATION] The classic concept of loss of chance is concerned with damage; the concept of loss of chance of survival relates to causation.

représentent plus des chances, mais, selon les cas, des droits acquis, ou des droits inexistants. On sait quelle est la cause de la perte des chances disparues: c'est le tirage. Au contraire, le problème à trancher, une fois survenu le préjudice dont se plaint la victime [...] est celui de savoir si ce préjudice *serait, ou non, survenu en l'absence de la faute qu'on impute au médecin.*

Dans l'hypothèse où celui-ci, en évitant la faute, eût écarté le préjudice, la faute est *causale*. Si, au contraire, la mort ou l'infirmité seraient pareillement survenues sans la faute, elle est *étrangère* au dommage. Il ne s'agit plus, en effet, de *chances* d'avenir, mais d'un événement passé, dont la cause est *incertaine*. C'est de cette incertitude qu'on cherche à triompher. Si le juge acquiert la conviction que la faute a causé le dommage, il doit en condamner l'auteur à réparer celui-ci. Mais prononcer une condamnation, même réduite à proportion de ses doutes, ne lui est pas possible s'il n'arrive pas à la conviction personnelle que la faute a été la condition nécessaire du dommage. Il ne peut mesurer la condamnation à ses doutes, même dans une règle inversement proportionnelle. [En italique dans l'original.]

En fin de compte, Savatier voit des difficultés théoriques à appliquer la perte de chance dans le contexte médical pour deux raisons principales: en matière médicale, le préjudice est déjà survenu et il ne dépend plus d'une chance ou d'une éventualité; puis on ne peut déterminer si le médecin a *causé* le préjudice seulement à partir de renseignements sur les chances de guérison ou d'amélioration de son état que le patient avait avant l'acte ou l'omission du médecin.

Les commentaires de Jean Penneau (*La responsabilité médicale* (1977)) sont de même nature. Son analyse porte plus précisément sur la différence entre les situations médicales et les situations classiques de perte de chance. Il oppose l'application légitime de la perte de chance dans les cas de situations définitivement «cristallisées» à celle qui est faite, dans les affaires médicales où la chance a changé et pris une forme réelle et définitive. Dans ces cas, il faut procéder à l'analyse du lien de causalité entre la faute du défendeur et le préjudice réel et final (aux pp. 115 et 116 et à la p. 119):

Classiquement, la notion de perte de chances concerne le préjudice; la notion de perte de chances de survie est relative, elle, à la causalité.

As we know, in certain situations which have crystallized once and for all as a result of the defendant's fault, at an intermediary stage which will never again develop the gains or losses that might have been expected, the certainty of the damage is nevertheless apparent. The defendant's fault has interrupted a process the elements of which can be assessed, and if the positive aspects (chances of gain) predominate, damage exists, the certainty of which—though it may be only virtual—requires compensation. Loss of a chance is thus regarded as certain damage, and compensated for as such provided a chance really existed. This solution, consistently adopted by the courts, has been unanimously approved by the commentators, and in all logic must be commended.

The situation is quite different with the recent decisions on loss of chance of survival in medical cases.

... it is based on an obvious confusion, as such chances which have been lost and have now lapsed are ... inseparable from the final damage itself at which the legal compensatory machinery is alone directed: loss of chance can no longer be the subject of future calculation since the event has actually occurred and it is inseparable from that event; as Dean Savatier very aptly puts it, "one is no longer dealing with chance, but with a *fait accompli*".

Loss of chance thus appears here, by a confusion of language, with a new face: that of causation. [Emphasis added.]

In order to make his argument clearer, Penneau transfers the chance analysis temporarily to the classical example of a student who, due to an accident, is prevented from taking an important career-related exam. According to the classical loss of chance analysis, the individual who caused the accident will be required to indemnify the student for the loss of a real and serious chance of passing the examination and embarking on a career. The situation is entirely different, in Penneau's view, where, despite the accident, the student attends the examination and fails: [TRANSLATION] "Here, the chance has been tried, and we know that it has been lost; loss made concrete by the final damage—the failure, death or infirmity—with which it is precisely and necessarily confused" (p. 118). To speak, nonetheless, of a loss of chance in this situation would be to speak of the same

On sait que dans certaines situations, cristallisées, définitivement, par la faute du défendeur, en un état intermédiaire qui ne développera plus jamais les gains ou les pertes que l'on pouvait en attendre, la certitude du préjudice est cependant affirmée. La faute du défendeur a, en effet, interrompu un processus dont il est possible d'apprécier les éléments, et si les éléments positifs (les chances de gain) l'emportent, un préjudice existe que sa certitude—bien qu'il soit seulement virtuel—impose d'indemniser. La perte d'une chance est donc considérée comme un préjudice certain, et indemnisée comme telle à condition qu'une chance existe réellement. Cette solution, constante en jurisprudence est approuvée par la doctrine unanime, et, en toute logique on doit l'approuver.

Toutes autres sont les situations réglées par la jurisprudence nouvelle relative à la perte de chances de survie en matière médicale.

... elle repose sur une confusion manifeste, car ces chances perdues, désormais périmées sont [...] indissociables du préjudice final lui-même qui seul remplit maintenant la scène juridique indemnitaire: la perte de chances ne peut plus faire l'objet d'une supputation de l'avenir, puisque, précisément, l'événement est survenu et qu'elle en est indissociable; comme l'exprime excellemment M. le Doyen Savatier, «il ne s'agit plus de chances, mais de faits accomplis».

C'est que la perte de chances apparaît, ici, sous une confusion de termes, avec un visage nouveau: celui de la causalité. [Je souligne.]

Pour clarifier davantage son argument, Penneau applique momentanément l'analyse fondée sur la perte de chance à l'exemple classique de l'étudiant qui, à cause d'un accident, est empêché de se présenter à un examen important pour la carrière qu'il entend poursuivre. Selon la théorie classique de la perte de chance, la personne qui cause l'accident devra indemniser l'étudiant pour la perte de la chance réelle et sérieuse de réussir l'examen et d'entreprendre une carrière. Selon Penneau, tout autre est la situation de l'étudiant qui, malgré l'accident, se présente à l'examen et l'échoue: «Ici, la chance a été tentée, et on sait qu'elle a été perdue, perte concrétisée par le préjudice final—l'échec, le décès ou l'infirmité—avec lequel elle est précisément et nécessairement confondue» (p. 118). Penneau estime que parler quand même de perte de chance dans cette

damage in different and now irrelevant terms, according to Penneau.

A more recent and no less forgiving critic of the application of loss of chance to medical cases is Gérard Mémeteau ("Perte de chance en droit médical français" (1986), 32 *McGill L.J.* 126). He adds to the criticisms noted above the fear that recourse to loss of chance here brings the intensity of the doctor's obligation that much closer to one of result as opposed to the traditionally recognized obligation of means or diligence (at p. 148):

[TRANSLATION] The state of illness was already creating a risk and compromising the patient's future. The physician promised to do all he could to avoid the danger, but as his obligation was one of means he did not undertake to bring about such a result. He is to be held liable on the ground that by acting otherwise he might perhaps have attained that result. The paradox is that doubt as to what perhaps might have happened leads to the equivalent of an obligation of result. Once a pathological condition is by definition capable of developing various sequelae which the best efforts of a physician cannot entirely control (the standard of uncertainty), the final fate of the patient can only be determined by this "retrospective prognosis" condemned by academics. Only one event is certain: the patient did not recover, and without this certain result, how can it be said that chances were wasted? A chance is only a hope, an idea, not a thing of with the existence is certain.

A number of points can be extracted from this criticism of loss of chance. First, as noted above, Mémeteau does not claim that the doctor's obligation has actually been transformed into an obligation of result. He simply points out that the element of risk which is an inescapable part of the practice of medicine becomes, through loss of chance analysis, automatically attributed to the doctor once his or her fault has been established. Secondly, in the classical loss of chance cases, the chance is clearly lost as a result of the defendant's fault, whereas in the medical cases the chance is lost only when, subsequent to the doctor's fault, fate plays out the morbid rather than the recuperative aspect of the original risk. Finally, Mémeteau clearly rejects Boré's view of chance as

situation reviendrait à parler du même préjudice en des termes différents et maintenant hors de propos.

Dans un article plus récent, Gérard Mémeteau critique non moins sévèrement l'application de la perte de chance aux affaires médicales («Perte de chance en droit médical français» (1986), 32 *R.D. McGill* 126). Aux critiques déjà mentionnées, il ajoute la crainte que l'utilisation de la perte de chance dans pareil cas n'amène l'intensité de l'obligation du médecin beaucoup plus près de celle d'une obligation de résultat par opposition à l'obligation traditionnellement reconnue de moyens ou de diligence (à la p. 148):

L'état de maladie créait déjà un risque et compromettait l'avenir du malade. Le médecin promettait d'apporter tous ses soins en vue d'écarter ce danger, mais, tenu d'une obligation de moyens, ne s'obligeait pas à apporter ce résultat. Or, il devient responsable pour le motif qu'en agissant autrement, il aurait peut-être atteint ce résultat. Le paradoxe est que le doute sur ce qui aurait peut-être eu lieu conduit vers l'équivalent d'une obligation de résultat. À partir de l'instant où un état pathologique est susceptible, par définition, de développer des conséquences diverses que les meilleures diligences du médecin ne peuvent entièrement maîtriser (c'est le critère de l'aléa), le sort final du patient ne peut se reconstituer que par ce «pronostic rétrospectif» dénoncé par les auteurs. Un seul événement est certain: le malade n'est pas guéri, et sans ce résultat certain, comment écrire que des chances ont été gaspillées? Une chance n'est qu'un espoir, une idée, et non un bien certainement existant.

Il convient de souligner plusieurs aspects de cette critique de la perte de chance. D'abord, comme je l'ai déjà indiqué, Mémeteau n'affirme pas que l'obligation du médecin s'est vraiment transformée en obligation de résultat. Il souligne seulement que l'élément de risque, qui fait essentiellement partie de l'exercice de la médecine, est automatiquement supporté par le médecin, en raison de l'analyse fondée sur la perte de chance, dès que sa faute est prouvée. Ensuite, dans les cas classiques de perte de chance, la chance est manifestement perdue par la faute du défendeur, alors que dans les affaires médicales, la chance est perdue seulement si, après la faute du médecin, le hasard fait en sorte que, dans le risque initial, c'est la possibilité de maladie qui l'emporte

something to which the patient has a near-possessory right.

Mémeteau ends his commentary with a parting criticism: if the distortion created by loss of chance in medical cases is intended to favour patient-plaintiffs, then such a purpose should be openly admitted by its proponents. He states, at p. 150:

[TRANSLATION] Loss of chance . . . is and can only be a contortion of reasoning made for the sole purpose, which should at least be clearly admitted, of compensating the most avid victims of medical accidents or those with the best advice. This theory, a reconstruction of the future from the past, a placing of greater importance on one assumption among many, a wager on probability, is merely an artifice.

A careful and balanced appraisal of new developments in loss of chance can be found in Viney's work. Viney places her discussion of loss of chance in medical cases in the chapter on causation and entitles the section "*L'utilisation de la notion de 'perte d'une chance' pour alléger la charge de la preuve de la causalité*" ("Use of the notion of 'loss of chance' to alleviate the onus of proof of causation") (p. 436). She immediately distinguishes the medical cases from the classical applications of loss of chance:

[TRANSLATION] 370.—As we know, the courts now generally recognize that "loss of chance" is damage for which compensation may be obtained. A series of very celebrated judgments rendered in proceedings involving medical liability has shown that the usual meaning of this concept has sometimes been stretched so as to shift the object of proof of causation in the victim's favour and so make that proof easier.

In her opinion, this new trend causes theoretical difficulties, though not nearly as many or as serious difficulties as its critics suggest. She rejects, for example, the claim that the intensity of the doctor's obligation has been raised to one of result, noting that all decisions to that point had taken pains to establish

sur celle de guérison. Enfin, Mémeteau rejette carrément la façon dont Boré conçoit la chance comme quelque chose qui fait presque partie du patrimoine du patient.

Mémeteau termine son commentaire par une dernière critique: si la distorsion engendrée par la perte de chance dans les affaires médicales a pour but de favoriser le patient demandeur, les adeptes de cette théorie devraient alors l'admettre ouvertement. Il dit, à la p. 150:

La perte de chance [. . .] n'est, et ne peut être, qu'un détournement du raisonnement commis dans le seul but, qu'il aurait fallu au moins avouer clairement, d'indemniser les victimes les plus avides ou les mieux conseillées des accidents médicaux. Reconstruction de l'avenir à partir du passé, prééminence d'une hypothèse triée parmi les autres, pari sur les probabilités, cette théorie n'est qu'un artifice.

On trouve dans l'ouvrage de Viney, *op. cit.*, une analyse fouillée et équilibrée de l'évolution de la théorie de la perte de chance. Viney situe son analyse de la perte de chance dans les affaires médicales dans le chapitre qui traite du lien de causalité et intitule cette partie «L'utilisation de la notion de «perte d'une chance» pour alléger la charge de la preuve de la causalité» (p. 436). Elle distingue immédiatement les affaires médicales des applications classiques de la perte de chance:

370.—On sait que la jurisprudence admet aujourd'hui couramment que la «perte d'une chance» est un dommage susceptible d'ouvrir droit à réparation. Or une série d'arrêts très remarquables rendus en matière de responsabilité médicale montre que cette notion a été parfois détournée de sa signification habituelle et utilisée afin de déplacer, au profit de la victime, l'objet de la preuve de la causalité et, par là même, de faciliter celle-ci.

À son avis, cette nouvelle tendance soulève des difficultés théoriques, même si celles-ci sont moins nombreuses et moins graves que les critiques le laissent entendre. Elle rejette, par exemple, la prétention que l'intensité de l'obligation du médecin rejoint celle de l'obligation de résultat, soulignant que toutes les décisions rendues jusqu'à ce moment avaient pris soin de relever l'existence d'une faute du médecin

the doctor's fault in the nature of error, want of care, imprudence or negligence.

Regarding causation, however, Viney sees that there is clearly a problem in many of the medical cases, at p. 437:

[TRANSLATION] However, what is beyond question . . . is that this concept has been used by the judgments considered to justify partial compensation in situations where the causal link between the medical fault and the damage suffered by the patient was not established with certainty. To avoid denying all compensation the courts have ignored the concrete damage (the death or worsening of the patient's condition) the causal connection of which with the fault was not certain and have substituted an abstract diminutive of that damage (loss of chance to recover or not to die), which is by definition associated with the medical fault on account of the danger to which it necessarily exposes the patient's health. Accordingly, it cannot be denied that this is a reasoning device invented in order to get around the obstacle which the requirement of a definite causal link is likely to present to certain claims for compensation brought against the perpetrator of (proven) medical fault by the victim of damage (also established). [Emphasis added.]

In Viney's view, the clear objective of this trend is to reduce the burden of proof on plaintiffs attempting to establish a causal link in medical cases. She notes that often it is expert medical reports that raise causal doubts due to the tentative way in which they are often expressed. Viney is not necessarily opposed to the facilitating role which loss of chance serves in medical cases, but she favours other, more direct ways of accomplishing the task, at pp. 438-39:

[TRANSLATION] . . . while we feel it is acceptable to take a broad approach to the causal link between medical fault and the damage which the latter made likely, and this is in accordance with the general trend in the law of civil liability as a whole, we are less convinced that use of the technical procedure of "loss of chance" is a completely adequate means of achieving this objective. This means does not make it possible . . . to compensate in full for the actual and concrete damage (the death or worsening of the patient's condition). It requires the judge to cut down on the compensation to take into account "chances of recovery or survival" which the

caractérisée par une erreur, une maladresse, une imprudence ou une négligence.

Quant à la causalité, Viney constate qu'il y a manifestement une difficulté dans de nombreuses affaires médicales, à la p. 437:

Mais ce qui est incontestable [...] c'est que cette notion a été mise à profit par les arrêts étudiés afin de justifier une réparation partielle dans des hypothèses où la causalité entre la faute médicale et le dommage subi par le patient n'était pas établie avec certitude. Pour éviter de refuser toute indemnisation, les tribunaux ont alors fait abstraction du dommage concret (le décès ou l'aggravation de l'état du malade) dont le lien de causalité avec la faute n'était pas certain et lui ont substitué un diminutif abstrait de ce préjudice (la perte d'une chance de ne pas mourir ou de guérir) qui est par hypothèse relié à la faute médicale en raison du danger auquel celle-ci expose nécessairement la santé du patient. On ne saurait donc nier qu'il s'agit là d'un artifice de raisonnement inventé dans le but d'éluder l'obstacle que l'exigence d'une causalité certaine est susceptible d'opposer à certaines demandes d'indemnisation dirigées contre l'auteur d'une faute médicale (prouvée) par la victime d'un dommage (également établi). [Je souligne.]

Selon Viney, cette tendance a manifestement pour objet d'alléger le fardeau de preuve des demandeurs qui cherchent à établir l'existence d'un lien de causalité dans des affaires médicales. Elle mentionne que ce sont souvent les rapports d'expertise médicale qui soulèvent des doutes sur la causalité en raison des hypothèses qu'ils comportent. Viney n'est pas nécessairement contre la fonction d'allègement que remplit la perte de chance dans les affaires médicales, mais elle préfère d'autres façons plus directes de réaliser cet objectif, aux pp. 438 et 439:

. . . si le fait d'apprécier avec libéralisme la causalité entre la faute médicale et le dommage que celle-ci rendait vraisemblable nous semble normal et conforme aux tendances générales qui dominent l'ensemble du droit de la responsabilité civile, nous sommes moins convaincue (*sic*), en revanche, que le recours au procédé technique de la «perte d'une chance» soit parfaitement adéquat à la réalisation de cet objectif. Celui-ci ne permet pas en effet [...] de réparer intégralement le dommage réel et concret (la mort, l'aggravation de l'état du patient). Il oblige le juge à faire un abattement sur l'indemnisation pour tenir compte des «chances de guérison

victim still had despite the physician's fault. Clearly, in making such a reduction the court has no objective criterion: it is thus led to adopt arbitrary solutions and, in particular, as Dean Savatier has very aptly remarked, to project its own doubts regarding the likelihood of causation onto its assessment of the compensation.

Viney favours the concept of "*création fautive d'un état dangereux*" ("wrongful creation of a dangerous state") which facilitates courts in bridging the gap in causal certainty created by medical evidence falling below the one hundred percent level. This concept has been applied in a number of cases in France, and Viney recommends this approach over that of loss of chance, at p. 441:

[TRANSLATION] This new approach by the courts accordingly reduces the importance given after 1960 to "loss of chance" in establishing causation in medical fault. Proof of causation is now directly and openly expanded and liberalized on the basis of the danger inherent in fault committed in diagnosis, medical prescription or care.

Since Viney wrote in 1982, the courts in France continue to employ loss of chance in medical cases.

I will turn now, briefly, to the status of loss of chance in Belgium. An early assessment of the introduction of loss of chance to medical cases appeared in a book by Anrys (*La responsabilité civile médicale*, op. cit.). Anrys recognizes that the courts have accepted loss of chance as a type of damage in the classical, non-medical cases and have evaluated the damage according to the likelihood of its realization. He notes, however, that problems arise [TRANSLATION] "when it has become impossible by definition to know whether or not the chance would have been realized" (p. 39). He points out, at p. 40, that Belgian courts have recognized lost chances where the causal link was clear, but that French courts have used the theory as a causal substitute:

ou de survie» que la victime a conservées malgré la faute du médecin. Or, il est bien certain que, pour opérer cette réduction, le tribunal ne dispose d'aucun critère objectif: il est donc conduit à adopter des solutions arbitraires et notamment, comme l'a très justement remarqué M. le Doyen R. Savatier, à projeter dans l'évaluation de la réparation, ses propres doutes sur la vraisemblance de la causalité.

Viney préfère la notion de «création fautive d'un état dangereux» qui facilite la tâche aux tribunaux lorsqu'il leur faut suppléer à l'incertitude quant au lien de causalité engendrée par une preuve médicale qui ne convainc pas à cent pour cent. Cette notion a été appliquée dans un certain nombre d'affaires en France et Viney recommande de recourir à cette méthode plutôt qu'à la théorie de la perte de chance, à la p. 441:

Cette nouvelle orientation de la jurisprudence réduit donc le rôle attribué à partir de 1960 à la «perte d'une chance» quant au rôle causal de la faute médicale. C'est désormais directement et ouvertement que la preuve de la causalité est élargie et libéralisée sur le fondement du danger inhérent à la faute commise dans le diagnostic, les prescriptions médicales ou les soins.

Depuis la parution de l'ouvrage de Viney, en 1982, les tribunaux français ont continué d'avoir recours à la théorie de la perte de chance dans les affaires médicales.

Je traiterai maintenant brièvement de la situation de la perte de chance en Belgique. Une première constatation de l'utilisation de la perte de chance dans des affaires médicales apparaît dans un livre d'Anrys (*La responsabilité civile médicale*, op. cit.). Anrys reconnaît que les tribunaux ont accepté la perte de chance comme un type de dommage dans des affaires classiques non médicales et qu'ils ont évalué les dommages en fonction de la probabilité qu'ils avaient de se réaliser. Il fait cependant remarquer que des difficultés surviennent «lorsqu'il est devenu impossible par définition de savoir si la chance se serait réalisée ou non» (p. 39). Il souligne, à la p. 40, que les tribunaux belges ont admis la perte de chance dans les cas où le lien de causalité était clair, mais que les tribunaux français ont eu recours à cette théorie comme substitut de la causalité:

[TRANSLATION] In the medical field [in Belgium], the courts have accepted loss of chance of recovery due to not making examinations required by the current state of medical science, the making of which would without any possible question have allowed for an accurate diagnosis and consequently effective treatment. However, there has also been a distortion of the concept since 1965 in France, where the courts have transposed it from the level of damage to that of causation in order to dispense with proof of this connection. [Emphasis added.]

He rejects the French trend as tending to establish the principle that every fault of a doctor, if it has not caused the actual damage, will at least have caused the loss of a chance of cure or improvement. This trend violates the rule that: [TRANSLATION] "[t]he causal link must be established and it is established when the damage in its concrete form would not have occurred without the fault" (p. 40). He points out that the Belgian courts have applied loss of chance only with the greatest of caution ("*avec énormément de prudence*") (p. 192). He cites numerous cases where the courts have rejected loss of chance arguments due to weaknesses in the proof as to the causal link. (See, e.g., Brussels, February 12, 1957, *Pas.* 1958, II, 1; Liège, 7th Ch., November 24, 1971, unreported, R.G. No. 1201/70.)

Hennau-Hublet has also provided a discussion of loss of chance in both France and Belgium in a recent book. Her book deals with the theory as it has developed in both the civil and penal jurisdictions.

Hennau-Hublet situates the problem as follows: "*La problématique du lien causal en matière médicale. Premier contexte: une faute médicale (le plus souvent d'omission) se greffe sur un processus morbide préexistant ou concomitant*" ("The problem of the causal link in medical cases. First context: a medical fault (usually one of omission) occurs in addition to a pre-existing or concomitant morbid process") (p. 231). She notes first that, in a few cases, both the Belgian criminal and civil courts have cautiously followed their French counterparts in applying loss of chance in medical cases (e.g., Brussels, January 19, 1965, *Pas.* 1966, II, 13, and Brussels, 2nd Ch. civ., October 22, 1982, unreported, appeal

Dans le domaine médical [en Belgique], on a retenu la perte de chances de guérison due au défaut d'examen nécessaires dans l'état actuel de la science et dont l'exécution aurait permis sans discussion possible le diagnostic exact et par là un traitement efficace. Mais on a également assisté en France à un gauchissement de la notion, qui a été transposée par la jurisprudence depuis 1965, du plan du dommage à celui de causalité pour dispenser de la preuve de ce lien. [Je souligne.]

Il rejette la tendance française d'ériger en principe que toute faute du médecin, si elle n'a pas causé le préjudice constaté, fait au moins perdre une chance de guérison ou d'amélioration de son état au malade. Cette tendance est contraire à la règle selon laquelle «[l]e lien de causalité doit être nécessairement établi et il revêt ce caractère lorsque le dommage tel qu'il se présente in concreto ne se serait pas réalisé sans la faute» (p. 40). Il souligne que les tribunaux belges ont appliqué la perte de chance «avec énormément de prudence» (p. 192). Il cite de nombreux cas où les tribunaux ont rejeté les arguments fondés sur la perte de chance à cause de la faiblesse de la preuve du lien de causalité. (Voir, par exemple, Bruxelles, 12 février 1957, *Pas.* 1958, II, 1; Liège, 7^e Ch., 24 novembre 1971, inédit, R.G. n° 1201/70.)

Hennau-Hublet a aussi traité de la perte de chance en France et en Belgique dans un ouvrage récent. Son livre porte sur l'évolution de cette théorie tant devant les juridictions civiles que devant les juridictions pénales.

Hennau-Hublet énonce le problème comme suit: «*La problématique du lien causal en matière médicale. Premier contexte: une faute médicale (le plus souvent d'omission) se greffe sur un processus morbide préexistant ou concomitant*» (p. 231). Elle commence par signaler que, dans quelques affaires, les tribunaux civils et criminels belges ont suivi les instances équivalentes en France et ont appliqué la perte de chance à des affaires médicales (par exemple, Bruxelles, 19 janvier 1965, *Pas.* 1966, II, 13, et Bruxelles, 2^e ch. civ., 22 octobre 1982, inédit, rejet

dismissed Cass. 1st Ch., January 19, 1984, *Pas.* 1984, I, 548).

Hennau-Hublet is critical of the new developments. First, she points out that statistics showing less than certain efficacy of a medical procedure should not dissuade courts from linking the doctor's fault to the actual damage (death or infirmity) which results (at pp. 246 and 248):

[TRANSLATION] ... this statistical assessment of the chances that the damage will or will not occur is made on the basis of a theoretical or ideal situation: even in cases of sound medical practice there is the possibility that the disease will still develop unfavourably towards lesion or death. This possibility is calculated. It is only an *abstract or theoretical average*.

In actual fact the judge has to cope with a quite different specific situation: in treating a disease, the physician did *not* adopt the specific measure that was required, which could have halted the progress of the disease.

Accordingly, the results of the probability calculation made on the assumption of adequate medical treatment are modified by contact with the actual situation of medical fault.

Thus, how are we to assess the causal power and function of the physician's fault of omission in terms of a statistical causal average calculated on the basis of premises *contrary* to the factual situation which the judge must consider?

The fact that an area of risk remains does not *ipso facto* exclude the existence of a causal link between established fault by the physician and the damage suffered by the patient. [Emphasis in original.]

According to Hennau-Hublet, an unwarranted reliance on statistical doubt explains the reluctance of the criminal courts (in their civil jurisdiction) to find a causal link in medical cases involving omissions; but this attitude also explains the civil courts' recourse to loss of chance analysis where causation is apparently (i.e. statistically) uncertain.

In order to avoid unnecessary difficulty with statistical evidence, she recommends that courts ensure

du pourvoi par Cass. 1^{er} ch., 19 janvier 1984, *Pas.* 1984, I, 548).

Hennau-Hublet critique cette évolution. D'abord, elle souligne que les statistiques qui démontrent une efficacité de la procédure médicale moins que certaine ne devraient pas décourager les tribunaux d'établir un lien entre la faute du médecin et le préjudice subi (le décès ou la lésion) (aux pp. 246 et 248):

... cette évaluation statistique des chances de survenance ou de non-survenance du dommage s'effectue au départ d'une situation théorique, idéale: en présence de la bonne attitude médicale subsiste l'aléa que le processus morbide évolue néanmoins défavorablement vers la lésion ou le décès. Cet aléa est chiffré. Il ne constitue qu'une *moyenne abstraite, théorique*.

En réalité, le juge a à connaître d'une situation concrète toute autre: face à un contexte morbide, le médecin n'a *pas* adopté la mesure spécifique qui s'imposait et qui pouvait dériver le processus morbide de son cours.

Dès lors, les résultats du calcul de probabilité effectué dans l'hypothèse d'une activité médicale adéquate se modifient au contact d'une situation réelle de faute médicale.

Aussi, comment apprécier le pouvoir causal et le rôle causal de la faute d'omission du médecin au regard d'une moyenne causale statistique calculée au départ de prémisses *contraires* à la réalité des faits soumis à l'appréciation du juge?

Ce n'est pas parce que demeure une zone de hasard qu'il faut exclure *ipso facto* l'existence d'un lien causal entre la faute établie dans le chef du médecin et le dommage qu'a subi le malade. [En italique dans l'original.]

Selon Hennau-Hublet, le recours injustifié au doute statistique explique la réticence des tribunaux criminels (dans l'exercice de leur compétence civile) à constater l'existence d'un lien de causalité dans les affaires médicales portant sur des omissions, mais cette attitude explique également l'utilisation de l'analyse fondée sur la perte de chance par les tribunaux civils quand le lien de causalité paraît (par exemple, statistiquement) incertain.

Pour écarter toute difficulté inutile avec les preuves statistiques, elle suggère que les tribunaux

that the causal analysis is accomplished with full awareness of the particular facts of the case. This requires a concrete appreciation of the causal power of the fault and of the whole nature of the damage. She then goes on to show that in numerous cases where the court rejected the causal link and instead applied the theory of loss of chance, a more classical analysis was available (see p. 267). She also claims that the requirement that a fault have entirely eliminated any chance of survival—suggested by Chabas, for example, and sometimes applied by the Belgian courts—is equally unnecessary (p. 273).

Quebec

I propose first to deal with the limited doctrinal discussion of loss of chance in Quebec before moving on to the more detailed treatment of the subject which can be found in the decisions of the courts of the province.

Both the Court of Appeal and the parties in this case refer to an extract from Baudouin (now of the Court of Appeal) in his *La responsabilité civile délictuelle*, op. cit. In the chapter on damages he discusses the question of certainty of damages as well as problems of the fixedness of future damages, that is, the problems associated with ascertaining and assessing those damages. It is in this context that loss of chance is discussed, and it will be useful to cite the passage in its entirety, at pp. 106-7:

[TRANSLATION] 183.—*Loss of chance*—It also compensates for what can be called *loss of chance*. In this case, it is not so much the actual loss which the court is seeking to compensate but rather the disappearance, because of the occurrence of the fault, of the chance either to avoid a loss or to make a profit. The theoretical difficulty is that the damage which is being claimed for is not only future but, by definition even, uncertain. No one can say with certainty whether the loss could have been avoided or the profit made if the fault had not occurred. However, the courts, recognizing that merely being deprived of a possibility is a direct damage, have applied this concept. Thus, when following the death of a child the parents are awarded a sum of money for loss of future support, this must clearly be regarded as loss of a chance. It is not certain that the parents would have

veillent à ce que l'analyse du lien de causalité ait lieu en parfaite connaissance des faits particuliers de l'espèce. Cela exige une appréciation concrète du pouvoir causal de la faute et de toute la nature du préjudice. Elle poursuit en montrant que, dans de nombreux cas où le tribunal a rejeté le lien causal et plutôt appliqué la théorie de la perte de chance, une analyse plus classique était possible (voir p. 267). Elle soutient aussi que la condition qu'une faute ait entièrement éliminé toute chance de survie—que Chabas a, par exemple, proposée et que les tribunaux belges ont parfois appliquée—est également inutile (p. 273).

Au Québec

Je me propose d'examiner d'abord l'analyse doctrinale restreinte de la perte de chance au Québec avant de passer à l'examen plus détaillé du sujet qu'on trouve dans les décisions judiciaires de la province.

La Cour d'appel et les parties au présent pourvoi ont toutes invoqué un extrait du livre de Baudouin (maintenant juge de la Cour d'appel), intitulé *La responsabilité civile délictuelle*, op. cit. Dans le chapitre sur les dommages, il examine la question de la certitude du dommage de même que le problème de la permanence du préjudice futur, c'est-à-dire les problèmes liés à la détermination des dommages et à leur évaluation. La perte de chance est analysée dans ce contexte et il est utile de citer au complet le passage qu'on trouve aux pp. 106 et 107:

183.—*Perte d'une chance*—Elle indemnise également pour ce que l'on peut appeler la *perte d'une chance*. Dans ce cas, ce n'est pas tant la perte effective que le tribunal cherche à compenser, mais plutôt la disparition, en raison de la survenance de l'acte fautif, de la chance soit d'éviter une perte, soit de réaliser un profit. La difficulté théorique est que le préjudice pour lequel on réclame est non seulement futur, mais, par définition même, aléatoire. Si l'acte fautif n'était pas survenu, nul ne peut dire avec certitude si la perte aurait pu être évitée ou le profit réalisé. Toutefois, les tribunaux, reconnaissant que la simple privation d'une possibilité constitue un préjudice direct, en font application. Ainsi, lorsque les parents, à la suite du décès d'un enfant, se voient accorder une somme pour la perte de soutien futur, on doit considérer qu'il s'agit bien de perte d'une

needed such support or that the child would have been able to provide it. However, the fault has extinguished this possibility, this hope, this legitimate expectation of support. This is also the case in contractual matters when a lawyer whose services have been retained allows prescription to intervene and so loses the action which his client could have brought. In some cases no one can say with certainty whether the client would have been successful and how much he might have been awarded. The court will compensate him, however, because the fault has extinguished all possibility of recovering his debt. The courts have also applied this concept in a case where paramedical treatment caused an individual to lose the chance of improving his physical condition. [Emphasis in original.]

Most of the examples which Baudouin cites are classical, in French and Belgian terms. The last medical example refers to the case of *Tardif v. Laverrière*, Sup. Ct. Mégantic, No. 6210, November 10, 1976 (summarized at [1976] C.S. 1803), and I will have occasion to discuss this case later.

Maurice Tancelin (*Des obligations: contrat et responsabilité* (4th ed. 1988)) sets out the general rules regarding damages and notes in particular, at p. 336, the difficulty in distinguishing between damage which is real and certain and damage which is future and only possible:

[TRANSLATION] 553. *Actual damage*—Possible, virtual or potential damage is not sufficient to give rise to civil liability ...

However, in practice it is not so easy to distinguish between actual and possible damage. The case law includes borderline cases where loss of chance is regarded as damage for which there should be compensation. This is true of "expectation of future support" given by a child to its parents. [Emphasis added.]

In *Théorie de la responsabilité civile* (2nd ed. 1980), Jean Pineau and Monique Ouellette also deal with loss of chance in their discussion of whether the damage must indeed be real and certain. They state first that future damage will always be compensated where it is certain that it will occur. They note, at p. 19, that courts also tend to award

chance. Il n'est pas sûr, en effet, que les parents auraient eu besoin de ce soutien, non plus que l'enfant aurait pu remplir ce devoir. La faute a cependant réduit à néant cette possibilité, cet espoir, cette espérance légitime de soutien. En matières contractuelles, il en est également ainsi lorsqu'un avocat qui s'est vu confier un mandat judiciaire laisse passer la prescription et perd ainsi le recours que son client pouvait exercer. Dans certains cas, personne ne peut dire avec certitude si celui-ci aurait eu gain de cause et à combien la condamnation aurait pu se chiffrer. Le tribunal l'indemniserait cependant parce que la faute a réduit à néant toute possibilité de récupération de sa créance. La jurisprudence a aussi fait appel à cette notion dans une affaire où un traitement paramédical avait fait perdre à un individu la chance d'améliorer sa condition physique. [En italique dans l'original.]

La plupart des exemples cités par Baudouin sont des exemples classiques de la doctrine française et belge. Le dernier exemple du domaine médical est celui de l'affaire *Tardif c. Laverrière*, C.S. Mégantic, n° 6210, 10 novembre 1976, (résumé à [1976] C.S. 1803), et j'aurai l'occasion d'analyser cette décision plus loin.

Maurice Tancelin (*Des obligations: contrat et responsabilité* (4^e éd. 1988)) énonce les règles générales au sujet du préjudice et note, en particulier, à la p. 336, la difficulté de distinguer entre le préjudice réel et certain et le préjudice futur et simplement éventuel:

553. *Préjudice réel*—Le préjudice éventuel, virtuel ou potentiel n'est pas suffisant pour engager la responsabilité civile. ...

Mais l'opposition n'est pas aussi simple à faire en pratique entre un préjudice réel et un préjudice éventuel. La jurisprudence présente des cas limites où la perte d'une chance est considérée comme un dommage indemnisable. Ainsi en est-il de «l'expectative de soutien futur» qu'offre un enfant à ses parents. [Je souligne.]

Dans *Théorie de la responsabilité civile* (2^e éd. 1980), Jean Pineau et Monique Ouellette examinent aussi la perte de chance dans leur étude de la question de savoir si le préjudice doit vraiment être réel et certain. Ils commencent par dire que le préjudice futur fait toujours l'objet d'une indemnisation s'il est certain qu'il se produira. Ils soulignent, à la

damages in cases of damage which is less than certain:

[TRANSLATION] However, we know that the law does not always require certainty and sometimes accepts likelihood. Accordingly, compensation may be obtained for future damage. The lack of certainty regarding future damage has the consequence of giving the judge a rather wide discretion in assessing that damage.

They go on to observe at pp. 19-20 that damage which is only possible and therefore hypothetical is not compensable, and that loss of chance appears to be an exception to this rule:

[TRANSLATION] On the other hand, damage which is possible and so only hypothetical will not be compensated for: if there is any doubt as to whether or not the damage will occur, no compensation will be allowed; it is impossible to prove that such damage will definitely occur some day . . .

Though compensation may not be had for possible damage, all the authors admit that loss of chance can constitute actual damage for which compensation may be obtained. Someone who, for instance, is prevented by the fault of another from entering a competition which he would have had a chance of winning (loss by the seller of a lottery ticket stub) thereby suffers damage for which he may obtain compensation. Someone who through his lawyer's fault loses a case he had some chance of winning (the lawyer allowed prescription to run) suffers a damage that is certain or "a certain damage" . . . the chance existed, but it was lost. [Italics in original; emphasis added.]

It is not clear to which authors Pineau and Ouellette refer, though clearly, as we have seen, French authorities provide plentiful support for this view.

Before turning to the medical context, it might be useful to look briefly at some of the cases referred to in the footnotes to the texts quoted above in order to understand loss of chance as it has developed in Quebec in less controversial cases. In these cases, I observe that the courts are certainly presented with difficult questions—lost chances which require some speculation on the courts' part—but where they have

p. 19, que les tribunaux ont tendance à accorder des dommages-intérêts pour un préjudice qui est moins que certain:

^a Mais nous savons que le droit n'exige pas toujours la certitude et que parfois il se contente de vraisemblances. Donc le préjudice futur est réparable. Le manque de certitude quant au dommage futur entraîne comme conséquence une discrétion assez grande de la part du juge dans l'évaluation de ce dommage.

^b Ils font ensuite observer, aux pp. 19 et 20, que le préjudice qui est simplement possible et donc hypothétique n'est pas susceptible d'indemnisation, et que la perte de chance paraît être une exception à cette règle:

^c Au contraire, ne sera pas réparable le dommage *éventuel* qui, lui, n'est qu'hypothétique: s'il existe un doute sur le point de savoir si le préjudice se réalisera ou non, aucune réparation ne pourra être admise: il est impossible de prouver que ce préjudice se réalisera de façon certaine un jour ou l'autre. . .

^d Même si le dommage éventuel ne peut pas être réparé, tous les auteurs admettent que la perte d'une chance peut constituer un dommage véritable, susceptible de réparation. Celui qui, par exemple, par la faute d'une personne, serait empêché de participer à un concours qu'il aurait eu des chances de gagner (perte, par le vendeur, du talon d'un billet de Loto), subirait de ce fait un préjudice susceptible d'être réparé. Celui qui, par la faute de son avocat, perd un procès qu'il avait quelque chance de gagner (l'avocat a laissé courir la prescription), subit un préjudice «certain» ou un «certain préjudice» . . . la chance existait, mais elle a été perdue. [En italique dans l'original; je souligne.]

^e On ne sait pas clairement à quels auteurs Pineau et Ouellette se réfèrent, mais il est évident, comme nous l'avons vu, que la doctrine française appuie abondamment ce point de vue.

^f Avant d'aborder le contexte médical, il pourrait être utile d'examiner brièvement certaines des décisions mentionnées dans les notes de renvoi des textes cités ci-dessus pour comprendre la perte de chance telle qu'on l'a formulée au Québec dans des situations moins sujettes à controverse. Je souligne que, dans ces affaires, les tribunaux sont certainement confrontés à des questions difficiles—ce sont des

sufficient proof to establish a causal link on the balance of probabilities, they conclude that the fault and damage are fully connected, and they do so without recourse to the elaborate loss of chance analysis which was explained in the last section. The causal link is established between the fault and the final damage, and while the "intermediate" damage represented by the loss of chance may be mentioned in the course of the analysis, the courts' preference is to follow the link through to its fullest extent. The damage is not the chance itself but rather the benefit unrealized or the injury unavoids. Where such damage is a condition of civil responsibility (in the fault, causation and damage equation), the courts probably require proof on the balance of probabilities. Effectively, the damage is considered present and certain and, accordingly, the damages can be evaluated at their full value. In cases where the responsibility has already been established regarding some concrete initial damage, and where the loss of a desired future result is an alleged consequence of the initial damage, then the court's attention will properly be focussed on the real damage represented by the loss of the future result, and questions of probability will only be considered, along with other relevant facts, in the evaluation of damages. In both instances, it is the real damage and not the chance which is the preoccupation of the court. Naturally, in the present case, we are most concerned with cases where the analysis of the loss of chance situation is vital to the initial finding of causation and, hence, responsibility.

In his brief discussion of loss of chance, Baudouin refers to the familiar case of parents, following the death of their child, claiming loss of future support. In the case of *Grenier v. Gervais*, [1950] Que. K.B. 60, for example, the trial judge awarded a sum of \$2,000 for "deprivation of future services" following the death of a fifteen year old who was about to start working. St. Jacques J.A. approved this award of damages noting that [TRANSLATION] "in all probability", and according to the available proof, the boy would have earned a salary similar to that of his

pertes de chance qui exigent certaines hypothèses de la part du tribunal—mais s'ils disposent d'une preuve suffisante pour établir l'existence d'un lien de causalité selon la prépondérance des probabilités, ils concluent que la faute et le préjudice sont entièrement liés, et ils le font sans avoir recours à l'analyse compliquée fondée sur la perte de chance qui a été expliquée dans la partie précédente. Le lien de causalité entre la faute et le préjudice final est prouvé et bien qu'on puisse mentionner le préjudice «intermédiaire» que représente la perte de chance dans le cours de l'analyse, les tribunaux préfèrent suivre ce lien jusqu'à son aboutissement. Le préjudice ne réside pas dans la chance elle-même mais plutôt dans le profit non réalisé ou dans la perte qui n'a pas été évitée. Lorsqu'un tel préjudice est une condition de responsabilité civile (dans l'équation faute, causalité et préjudice), les tribunaux exigeront probablement une preuve selon la prépondérance des probabilités. En réalité, le préjudice est considéré comme présent et certain et, en conséquence, les dommages-intérêts peuvent être évalués à leur pleine valeur. Dans les cas où la responsabilité est déjà prouvée à l'égard d'un certain préjudice initial et concret, et lorsqu'on allègue que la perte d'un résultat anticipé est la conséquence du préjudice initial, alors la cour devra porter son attention sur le préjudice réel que représente la perte du résultat futur et les questions de probabilité ne seront alors considérées, avec les autres facteurs pertinents, que pour évaluer les dommages-intérêts. Dans les deux cas, le sujet de préoccupation de la cour est le préjudice réel et non la chance. Naturellement, en l'espèce, nous nous intéressons davantage aux affaires où l'analyse de la perte de chance est essentielle à la conclusion initiale qu'il existe un lien de causalité et, en conséquence, une responsabilité.

Dans sa brève analyse de la perte de chance, Baudouin fait état du cas bien connu des parents qui, à la suite du décès de leur enfant, réclament une somme pour la perte de soutien futur. Dans l'affaire *Grenier v. Gervais*, [1950] B.R. 60, par exemple, le juge de première instance avait accordé la somme de 2 000 \$ pour la [TRANSLATION] «privation de services futurs» en raison du décès d'un enfant de quinze ans qui était sur le point de commencer à travailler. Le juge St-Jacques de la Cour d'appel a approuvé le montant de dommages-intérêts accordés, soulignant que

older brothers and that the damages were therefore reasonable. Four judges of the Court of Appeal accepted these damages, although two dissented as to the quantum. I note that in this case the defendant's responsibility for the child's death had already been established.

«selon toute probabilité» et d'après la preuve soumise, le garçon aurait gagné un salaire semblable à celui que ses frères aînés gagnaient et que les dommages-intérêts étaient donc raisonnables. Quatre juges de la Cour d'appel ont approuvé l'attribution de dommages-intérêts, quoique deux d'entre eux n'aient pas été d'accord sur le montant accordé. Je souligne que, dans ce cas, la responsabilité du défendeur à l'égard du décès de l'enfant était déjà établie.

Baudouin also mentions the example of a lawyer who neglects or mishandles his or her client's case and allows it to be prescribed or blocked. In *Lacourcière v. Laplante*, [1976] C.A. 433, a lawyer, Lacourcière, had been instructed by Laplante to sue two defendants, but through his own fault sued only one. At trial it was decided that the person who had not been named as a defendant had been responsible. Laplante sued Lacourcière and obtained judgment at first instance. On appeal, Bernier J.A. reviewed the evidence and concluded that had the proper defendant been named, Laplante would have succeeded in the first trial: [TRANSLATION] "there is no doubt that the Superior Court would have been justified in holding him responsible for the accident and would have ordered him to compensate the respondent" (p. 435) (emphasis added). The causal link was clearly established between the lawyer's neglect and the fully realized chance, as represented by the damages which would have been recovered in the negligently handled first action.

Baudouin mentionne aussi l'exemple de l'avocat qui néglige l'affaire de son client ou s'en occupe mal et la laisse prescrire ou devenir périmée. Dans l'arrêt *Lacourcière c. Laplante*, [1976] C.A. 433, un avocat nommé Lacourcière avait reçu mandat d'une cliente nommée Laplante de poursuivre deux défendeurs, mais, par sa propre faute, il n'en a poursuivi qu'un seul. Au procès, on a conclu que la personne qui n'avait pas été poursuivie était celle qui était responsable. Laplante a intenté une action contre Lacourcière et a eu gain de cause en première instance. En appel, le juge Bernier a analysé la preuve et conclu que si le bon défendeur avait été poursuivi, Laplante aurait eu gain de cause dans la première action: «il ne fait pas de doute que la Cour supérieure eût été justifiée de le tenir responsable de l'accident et l'aurait condamné à indemniser l'intimée» (p. 435) (je souligne). Le lien de causalité était clairement établi entre la négligence de l'avocat et la chance parfaitement réalisée que constituaient les dommages-intérêts qu'on aurait obtenus dans la première action menée avec négligence.

The analysis used by the Court of Appeal in this case is typical of the way Quebec courts approach such situations. Patrick Molinari ("La responsabilité civile de l'avocat" (1977), 37 *R. du B.* 275) describes the usual procedure in cases of lawyer's responsibility, at pp. 291-92:

L'analyse à laquelle procède la Cour d'appel dans cet arrêt est typique de la façon dont les tribunaux du Québec abordent ces situations. Patrick Molinari («La responsabilité civile de l'avocat» (1977), 37 *R. du B.* 275) décrit la procédure ordinairement utilisée dans les affaires de responsabilité d'avocat, aux pp. 291 et 292:

[TRANSLATION] 3.4. *Causal link and damage suffered*

3.4. *Le lien de causalité et le préjudice subi*

When a fault has been committed and the victim complains of damage, he must show a direct relationship between the two, must to some extent prove that the damage is the consequence of the act of fault. In cases involving a lawyer's liability the question of causal link is quite clearly settled. The plaintiff in an action must establish that he would have succeeded in the first pro-

Lorsqu'une faute a été commise et que la victime se plaint d'un préjudice, elle doit démontrer la relation directe existant entre l'une et l'autre, prouver en quelque sorte, que le dommage est la conséquence de l'acte fautif. En matière de responsabilité de l'avocat, la question de lien de causalité est assez clairement tranchée. Le demandeur de l'action doit établir qu'il aurait réussi

ceeding but for the fault of his counsel. . . . Thus, if the plaintiff alleges that he lost his case because of his counsel's negligence, the court will have to decide on the eventual outcome of the first proceeding and determine whether the plaintiff would have succeeded.

This type of analysis is necessarily speculative, but the courts do not generally or overtly adjust damages according to the probability of the chance in question. The fault is linked to the final damage—that which the party would have obtained but for the lawyer's fault—and the causal analysis proceeds accordingly. This analysis is made easier by the availability of evidence from the first trial and by the judge's expertise in matters of law. Molinari points out that courts will not always award the full amount sought in the first action, but this appears to be a function of the strength of the case rather than the chance of success. This distinction may seem overly nice, but it is important. We are interested in determining whether lost chance situations are dealt with as matters of chance or as matters requiring an assessment of what actually would have occurred. The courts of Quebec appear to prefer the latter approach.

An example of this approach can be found in the case of *Beaupré v. Joly*, [1971] C.S. 199, which is cited by both Baudouin and Molinari. In that case, Beaupré mandated his lawyer, Joly, to sue a municipality following a motorcycle accident. Joly neglected the file and allowed the claim to become prescribed. Beaupré sued Joly to recover the damages which he allegedly lost as a result of the lawyer's fault and the trial judge granted his action. The judge noted, however, that the proof revealed that Beaupré had been responsible in the motorcycle accident to the extent of forty percent, and, accordingly, damages valued at \$23,120 were decreased to \$13,872. This type of analysis proceeds from the basis of the actual damage which, in the court's view, the client would have received but for the lawyer's neglect. The damages are discounted not on the basis of an assessment of probabilities, but according to the principles

dans le premier recours si ce n'était de la faute de son procureur. [...] Donc, si le demandeur allègue qu'il a perdu son recours à cause de la négligence de son avocat, le tribunal devra se pencher sur le sort éventuel du premier recours et déterminer si le plaignant aurait réussi.

Une analyse de ce genre est nécessairement speculative, mais, en général, les tribunaux n'ajustent pas ouvertement les dommages-intérêts en fonction de la probabilité de réalisation de la chance en question. La faute est liée au préjudice final—c'est-à-dire ce que la partie aurait obtenu sans la faute de l'avocat—et l'analyse de la causalité se fait en conséquence. Cette analyse est facilitée par la disponibilité des éléments de preuve relatifs à la première action et par la compétence du juge en matière de droit. Molinari souligne que les tribunaux n'accordent pas toujours le plein montant réclamé dans la première action, mais que ce qu'ils accordent semble dépendre davantage de la mesure où la cause est bien fondée que de la chance de succès. Cette distinction peut sembler excessivement subtile, mais elle est importante. Nous sommes intéressés à déterminer si les cas de perte de chance sont traités comme des questions de probabilité ou comme des questions qui exigent l'évaluation de ce qui se serait effectivement produit. Les tribunaux du Québec semblent préférer la deuxième façon de procéder.

On en trouve un exemple dans la décision *Beaupré v. Joly*, [1971] C.S. 199, que Baudouin et Molinari citent tous deux. Dans cette affaire, Beaupré avait donné mandat à son avocat, Joly, de poursuivre une municipalité à la suite d'un accident de motocyclette. Joly ne s'occupe pas du dossier et laisse prescrire la réclamation. Beaupré intente contre Joly une action en dommages-intérêts afin de recouvrer l'indemnité qu'il soutient avoir perdue par la faute de l'avocat et le juge de première instance accueille l'action. Le juge note cependant que, selon la preuve, Beaupré était responsable de l'accident de motocyclette dans une proportion de quarante pour cent et il réduit en conséquence les dommages-intérêts de 23 120 \$ à 13 872 \$. Cette forme d'analyse procède de l'indemnité réelle que, de l'avis du tribunal, le client aurait obtenue sans la négligence de l'avocat. L'indemnité est réduite non en fonction de l'évaluation des proba-

of law which would have actually governed the case had it been heard in the first place.

Jacques J.A. in the case before us cites *Brabander v. Goulet, supra*, which is a case of notarial responsibility. The notary, Brabander, failed to register a hypothec in favour of Goulet and thereby deprived her of a means of ensuring payment of a loan. In an action for recovery of the loan, Goulet sued Brabander and three others for inexecution of contractual obligations and Brabander alone for delictual responsibility (based on conflict of interest, abuse of functions and fraud). The trial judge found in favour of Goulet and held the four defendants jointly and severally liable for the debt of \$27,000. On appeal, Brabander claimed, *inter alia*, that no causal link had been established between [TRANSLATION] "the actions and schemes of the appellant and the damage alleged by the respondent" (p. 38). The unanimous Court of Appeal answered that claim as follows, at p. 39:

[TRANSLATION] ... there is no doubt that a cause-and-effect relationship exists between the appellant's acts and the damage incurred. As the debt is outstanding and unpaid, the mere fact that the notary Brabander neglected to see that the creditor was protected by a hypothec ... is sufficient in itself to conclude that, in all probability, she has by her representative's negligence been deprived of a means of reimbursement. That, apart from all the other circumstances disclosed by the evidence, is something which justifies the conclusion that there is a relationship between the fact and the damage. [Emphasis added.]

As stated above, the notary was held jointly and severally liable for the whole amount of the damages. I conclude that the Court viewed the causal link as having been fully established, i.e. the link between the fault of the notary and the actual damage represented by the whole amount of the defaulted loan. This is not then a case which applies a loss of chance analysis along the lines discussed in the last section.

In a recent case involving the responsibility of an insurance broker, the full loss of chance analysis was

bilités, mais en fonction des principes de droit applicables à l'affaire si elle avait été entendue en premier lieu.

En l'espèce, le juge Jacques cite l'arrêt *Brabander c. Goulet*, précité, une affaire de responsabilité notariale. Le notaire Brabander omet d'enregistrer un acte d'hypothèque en faveur de Goulet et prive ainsi cette dernière d'un moyen d'assurer le paiement d'un prêt. Dans une action en remboursement du prêt, Goulet poursuit Brabander et trois autres défendeurs pour inexécution d'obligations contractuelles et Brabander seul pour responsabilité délictuelle (en raison d'un conflit d'intérêts, d'un abus de fonctions et d'une fraude). Le juge de première instance accueille l'action de Goulet et condamne les quatre défendeurs conjointement et solidairement à rembourser la dette de 27 000 \$. En appel, Brabander soutient, notamment, que l'existence d'un lien de causalité n'est pas établie entre «les actes et agissements de l'appelant et le préjudice allégué par l'intimée» (p. 38). La Cour d'appel, à l'unanimité, répond ainsi à cet argument, à la p. 39:

... il ne fait aucun doute qu'il existe une relation de cause à effet entre les actes de l'appelant et le préjudice encouru. Étant établi que la créance est en souffrance et impayée, le seul fait que le notaire Brabander a négligé de voir à ce que la créancière soit protégée par une hypothèque [...] est à lui seul suffisant pour conclure que, selon toutes probabilités, elle a été, par la négligence de son mandant, frustrée d'un moyen de remboursement. C'est là, en outre de toutes les autres circonstances révélées par la preuve, un élément qui justifie la conclusion d'une relation entre le fait et le dommage. [Je souligne.]

Comme je l'ai déjà mentionné, on a tenu le notaire conjointement et solidairement responsable de la totalité des dommages-intérêts. Je conclus que la cour a considéré que l'existence du lien de causalité avait été entièrement prouvée, c'est-à-dire le lien entre la faute du notaire et le préjudice réel représenté par le montant total du prêt impayé. Ce n'est donc pas une affaire à laquelle on a appliqué une analyse fondée sur la perte de chance du genre de celle visée plus haut.

Dans une affaire récente portant sur la responsabilité d'un courtier d'assurances, le juge Jacques, dissi-

applied in dissent by Jacques J.A. (*Sol-Air B.G. Inc. v. Marsh & McLennan*, [1988] R.R.A. 206 (C.A.)). I think that it is worthwhile to consider this case briefly.

Sol-Air provided airline services. Its airplanes were insured through Marsh & McLennan, insurance broker. The policy listed the planes which were insured and the pilots who were authorized to fly them. Wishing to add a pilot to the list, Sol-Air contacted its broker and requested the change to the policy. The broker dealt with the request negligently, notably failing to return the client's calls. Before obtaining confirmation from the broker, Sol-Air assigned the pilot to flying duties, and one of those flights crashed, resulting in the destruction of the airplane. Sol-Air claimed the full value of the airplane and alleged that the broker's negligence had caused the loss.

The trial judge and a majority of the Court of Appeal (Rothman J.A. and Chevalier J. (*ad hoc*)) found that the broker was indeed negligent, but that it was Sol-Air's own negligence in allowing Allard to fly prior to confirmation of policy coverage that had truly caused the loss in question. The trial judge added that Sol-Air could have claimed for the down time during which the airplane or pilot were unavailable for service had the proof been made along those lines.

Jacques J.A. dissented, stating that the trial judge had not appreciated the direct and immediate consequence of the broker's negligence: [TRANSLATION] "The direct and immediate consequence of the broker's negligence was the loss of a real and serious chance to obtain the necessary insurance coverage" (at p. 208). He then noted that it was not certain but highly probable that the new pilot would have been added to the list coverage. He repeated the discussion of loss of chance which appears in his reasons in the present case and concluded that Sol-Air lost a near certain chance, a chance so close to certainty that it should in fact be evaluated at full value, i.e. the value of the airplane. He then considered the fault of Sol-Air in failing to confirm the new insurance coverage

dent, applique l'analyse complète de la perte de chance (*Sol-Air B.G. Inc. c. Marsh & McLennan*, [1988] R.R.A. 206 (C.A.)). Je crois qu'il vaut la peine de s'arrêter brièvement à cet arrêt.

a

b

c

d

Sol-Air est une entreprise aérienne. Ses appareils sont assurés par l'entremise du courtier d'assurances Marsh & McLennan. La police d'assurance comporte la liste des avions assurés et des personnes autorisées à les piloter. Comme elle veut ajouter un pilote à la liste, Sol-Air communique avec son courtier et demande qu'un changement soit apporté à la police d'assurance. Le courtier fait preuve de négligence au sujet de cette demande, notamment en ne retournant pas les appels de sa cliente. Avant d'obtenir la confirmation du courtier, Sol-Air confie des vols à ce pilote; l'un de ces vols se termine par l'écrasement et la destruction de l'avion. Sol-Air réclame la pleine valeur de l'avion et invoque la négligence du courtier comme cause de la perte.

e

f

g

Le juge de première instance et la Cour d'appel, à la majorité (le juge Rothman et le juge Chevalier (*ad hoc*)) concluent que le courtier a effectivement fait preuve de négligence, mais que c'est la négligence dont Sol-Air a elle-même fait preuve, en permettant à Allard de voler avant d'avoir reçu confirmation de la couverture d'assurance qui est vraiment à l'origine de la perte en question. Le juge de première instance ajoute que Sol-Air aurait pu réclamer pour la perte de revenus subie pendant qu'elle était privée de l'usage de l'appareil et des services du pilote si elle avait présenté sa preuve en ce sens.

h

i

j

Le juge Jacques, dissident, affirme que le juge de première instance n'a pas tenu compte de la conséquence directe et immédiate de la négligence du courtier: «La conséquence directe et immédiate de la négligence du courtier a été la perte d'une chance réelle et sérieuse d'obtenir la couverture d'assurance requise» (à la p. 208). Il mentionne ensuite qu'il était non pas certain, mais très probable, que le nom du nouveau pilote aurait été ajouté à la liste des pilotes assurés. Il reprend ensuite l'analyse de la perte de chance qu'on trouve dans les motifs qu'il a rédigés en l'espèce et conclut que Sol-Air a perdu une chance quasi certaine, une chance si près de la certitude qu'elle devrait en fait être évaluée à sa pleine valeur, c'est-à-dire la valeur de l'avion. Il étudie ensuite la

and judged that this was another, equal cause of the damage. Accordingly, he would have required the broker to pay half of the damage represented by the value of the airplane.

In my opinion, loss of chance analysis adds unnecessary confusion to such a case, notably by the manner in which it diverts attention from the full and proper connection between fault and damage. As I understand the case, the trial judge had more to consider than the chance of obtaining insurance coverage. Had that been the only issue, it appears that the result would have been clear given the high probability of new coverage being granted. However, the causal analysis involved more complicated questions such as whether, and if so at what time, the insured was entitled to presume that insurance was in force and to permit its pilot to fly. It seems to me that the loss of chance analysis is artificial here and in fact hides a break in the causal link. A full analysis requires, as far as possible, a consideration of the entire factual situation, from the fault to the actual damage.

I will now turn to the cases which have dealt with loss of chance in the medical context. In these cases, the court is often placed in a situation where evidence is scarce and where the trial judge must rely on medical expertise, often presented in tentative or statistical form. Both of these factors lend themselves, as we have seen in France and Belgium, to clear difficulties in the establishment of the causal link and the assessment of damages. There is a temptation to overcome these difficulties by removing the analysis of the case to a more abstract, statistical level. In general, however, perhaps because of less rigid rules regarding causation, Quebec courts focus on the actual damage which has occurred and the actual benefit which would have been conferred.

Loss of chance situations arise, notably in the case of omissions, but the analysis does not appear to change here. I note, however, that some difficulties

faute commise par Sol-Air en ne faisant pas confirmer la nouvelle couverture et conclut que c'était là une autre cause aussi importante du préjudice. En conséquence, il aurait condamné le courtier à payer la moitié de la valeur de l'avion à titre d'indemnité.

À mon avis, l'analyse fondée sur la perte de chance ajoute inutilement de la confusion à pareille affaire surtout parce qu'elle fait porter l'attention sur autre chose que le lien complet et véritable qui doit exister entre la faute et le préjudice. De la façon dont je vois l'affaire, le juge de première instance devait examiner davantage que la chance d'obtenir de l'assurance. Si cela avait été la seule question en litige, il semble que le résultat aurait été manifeste en raison de la très forte probabilité d'obtenir une nouvelle couverture d'assurance. Cependant, l'analyse de la causalité soulevait des questions plus complexes comme celles de savoir si et, dans l'affirmative, quand l'assurée pouvait présumer que l'assurance était en vigueur et permettre à son pilote de voler. Il me semble que l'analyse fondée sur la perte de chance est ici artificielle et dissimule, en réalité, une rupture du lien de causalité. Une analyse complète exige, dans la mesure où elle est possible, la considération de toute la suite des faits, de la faute au préjudice réel lui-même.

Je vais maintenant examiner les décisions qui ont porté sur la perte de chance dans le contexte médical. Dans ces affaires, la cour est souvent placée dans une situation où la preuve est mince et où le juge de première instance doit se fier à des expertises médicales souvent présentées sous forme de statistiques ou d'hypothèses. Ces deux facteurs sont susceptibles, comme nous avons vu qu'il arrive en France et en Belgique, de susciter des difficultés évidentes dans l'établissement du lien de causalité et l'évaluation des dommages-intérêts. Il existe une tentation de résoudre ces difficultés en ramenant l'analyse de l'affaire au niveau plus abstrait des statistiques. En général cependant, peut-être à cause des règles moins strictes en matière de causalité, les tribunaux du Québec portent leur attention sur le préjudice réel qui est survenu et sur l'avantage réel qui aurait été obtenu.

Les situations de perte de chance surviennent, particulièrement dans des affaires d'omission, mais l'analyse ne semble pas changer ici. Je remarque,

emerge in situations where the court must consider the prejudice which a patient has suffered as a result of unprofessional care which a doctor has administered, along with the benefit which the patient has forgone due to a failure to use a more appropriate treatment. I will look now at the cases cited by the parties, in order to expand on these preliminary comments.

The respondent cites the case of *Tardif v. Laverrière, supra*, which is also referred to by Baudouin, op. cit., in the section on loss of chance referred to earlier. In *Tardif*, a young hydrocephalic boy had been treated by a chiropractor over the course of seven years. It was found that the treatments employed by the chiropractor were medically unsound. They had neither worsened nor improved his condition, but they had involved a certain amount of pain and suffering for the boy. There was also some question as to whether the boy could have benefited during those seven years from an operation to cure him or from various treatments which might have led to some improvement in his condition.

The court held that the chiropractor had committed contractual and delictual faults and should be held liable for damage which he could be said to have caused. Regarding the operation which might have cured the boy of his ailment, the trial judge noted that expert opinion predicted certain benefits in terms of comfort and cosmetics but concluded, at p. 13, that:

[TRANSLATION] ... this is an uncertain operation which, with all the difficulties it entails, would probably not result in any significant mental improvement; the injury to the brain is congenital and incurable.

It is thus not surprising if one physician recommends the operation and another does not.

It followed that if the plaintiff had failed to show (at p. 14):

[TRANSLATION] ... that it was the defendant's conduct which was the cause of the fact that the chance for improvement which could have resulted from an operation was not taken.

cependant, que des difficultés surviennent lorsque le tribunal doit tenir compte du préjudice qu'un patient a subi en raison d'un manque de professionnalisme dans les soins prodigués par un médecin et de l'avantage que le patient a perdu à cause de l'omission de suivre un traitement plus approprié. J'analyserai maintenant les décisions citées par les parties pour compléter ces observations préliminaires.

L'intimée cite la décision *Tardif c. Laverrière*, précité, auquel renvoie aussi Baudouin, op. cit., dans la partie sur la perte de chance déjà mentionnée. Dans l'affaire *Tardif*, un jeune garçon hydrocéphale est traité par un chiropraticien pendant sept années. On constate que les traitements administrés par le chiropraticien sont douteux sur le plan médical. Ils n'ont ni empiré ni amélioré l'état de l'enfant, mais ils lui ont occasionné certaines souffrances. On se demande aussi si le garçon aurait pu profiter, pendant ces sept années, d'une opération destinée à le guérir ou de divers traitements susceptibles d'apporter une certaine amélioration de son état.

La cour conclut que le chiropraticien a commis une faute contractuelle et délictuelle et qu'il doit être tenu responsable du préjudice qu'il peut avoir causé. À propos de l'opération susceptible de guérir le garçon de sa maladie, le juge de première instance fait remarquer que les avis d'experts prédisaient certains avantages sur le plan du confort et de l'esthétique, mais il conclut, à la p. 13, que:

... il s'agit d'une opération aléatoire et qui, avec toutes les difficultés qu'elle entraîne, n'apporterait à peu près pas d'amélioration au point de vue mental; la lésion au cerveau est congénitale et irréparable.

Il n'y a donc pas à se surprendre si un médecin peut recommander l'opération et un autre ne la recommande pas.

Il s'ensuit que si le demandeur n'avait pas réussi à démontrer (à la p. 14):

... que c'est le comportement du défendeur qui a été la cause que les chances d'améliorations n'ont pas été prises qui pouvaient résulter d'une opération.

The trial judge was also of the opinion that the boy's father was not likely to have consented to the operation in any event (at p. 14):

[TRANSLATION] In short, it is very doubtful that the operation did not take place owing to the fault of the defendant; that remains only a possibility, just as success was only a possibility.

The trial judge went on, however, to say that the unsound treatment administered by the chiropractor caused the boy pain and suffering and also caused him to miss out on other, beneficial treatments (at pp. 14-15):

[TRANSLATION] The fact remains, however, that while it is doubtful that the defendant caused the child to miss the chance of improving his physical or mental condition by an operation, there is no doubt that the fact of subjecting him for seven years to repeated, stressful and sometimes painful treatments that were useless was a source of hardship and stress from which he undoubtedly suffered . . . It is also probable that this might have made him miss other treatments that could have improved his condition.

The trial judge noted that damages in such a case were extremely difficult to quantify. In the end, he saw fit to compensate the plaintiff (at p. 15):

[TRANSLATION] . . . taking into account on the evidence presented all the hardship, stress, delays, discomfort, suffering (not forgetting the burns caused by thermotherapy) and loss of chance of a minimal improvement which the defendant's presence may have caused, I feel it is fair to assess the damage resulting to the child at \$5,000. [Emphasis added.]

In addition to the damage which the doctor caused by his unprofessional acts, this case clearly recognizes a lost chance. We are not given enough information to know whether the judge recognized the chance itself and compensated according to its probability or whether he recognized a small lost benefit and deemed it probable. Both solutions could have produced a similar result.

That which is clear is that the trial judge refused to recognize the potential benefits, or the lost chance, of the operation, though clearly such benefits were pos-

Le juge de première instance est aussi d'avis que, de toute façon, le père du garçon n'aurait probablement pas consenti à l'opération (à la p. 14):

Somme toute, il est fort douteux que l'Exécution de l'opération n'a pas eu lieu, par la faute du défendeur; ça ne reste qu'une possibilité, comme son succès d'ailleurs.

Le juge de première instance poursuit, cependant, en disant que le traitement douteux administré par le chiropraticien a causé des souffrances au garçon et qu'il lui a fait rater d'autres traitements bénéfiques (aux pp. 14 et 15):

Il reste cependant que s'il est douteux que le défendeur ait fait manquer à l'enfant la chance d'améliorer sa condition physique ou mentale par une opération, il n'est pas douteux que le fait de le soumettre pendant 7 ans à des traitements inutiles répétés, ennuyeux, parfois douloureux, ait été pour lui une source d'inconvénients et d'ennuis dont il a sûrement souffert [. . .] Aussi, il est probable que ça lui aurait fait manquer d'autres traitements qui auraient pu améliorer son bien-être.

Le juge de première instance indique que, dans ce cas, le préjudice est extrêmement difficile à évaluer. En fin de compte, il conclut qu'il faut indemniser le demandeur (à la p. 15):

. . . tenant compte, suivant la preuve, de tous les inconvénients, ennuis, retards, inconforts, souffrances (sans oublier les brûlures de la thermothérapie), perte de chance d'une minime amélioration dont la présence du défendeur a pu être la cause, je crois juste d'évaluer à \$5000. les dommages résultant à l'enfant. [Je souligne.]

En plus du préjudice que le défendeur a causé par ses actes contraires aux devoirs de sa profession, cette affaire reconnaît manifestement l'existence d'une perte de chance. Nous ne disposons pas d'assez de renseignements pour savoir si le juge a reconnu la chance elle-même et a accordé une indemnité en fonction de sa probabilité ou s'il a reconnu un léger avantage perdu qu'il a estimé probable. Les deux solutions auraient pu avoir le même résultat.

Il est cependant clair que le juge de première instance a refusé de reconnaître les avantages potentiels, ou la chance perdue, de l'opération, bien que, mani-

sible. If he had done so, this case would be a strong precedent in favour of the use of loss of chance in medical cases along the French model. In fact, the trial judge viewed this damage as too "aléatoire" ("uncertain") which suggests that he was not tempted to use that model.

The appellant cites a number of more recent cases in which the loss of chance theory is more directly addressed, and ultimately rejected.

In *Lachambre v. Perreault* (1983), [1990] R.R.A. 397 (C.A.), a worker, Lachambre, suffered an accident in which his leg was crushed. The leg was treated by Dr. Perreault who immobilized the leg and placed it in a cast. After a few days, the patient was taken to another hospital which was better equipped to deal with the vascular problems associated with the injury. At that time, doctors concluded that revascularization of the lower leg was impossible and that amputation was necessary. Lachambre claimed that the amputation was made necessary due to the fault of Perreault, who, so it was claimed, should have noticed and dealt with the circulatory problem at an earlier time.

The trial judge concluded that Perreault was not at fault and that there was probably no causal link between the doctor's alleged fault and the damage incurred by Lachambre. The Court of Appeal dealt only with the issue of the causal link. McCarthy J.A. stated first, at p. 398, that the law of Quebec requires proof of causation on the balance of probabilities:

[TRANSLATION] Of course, the causal relationship between the fault and the damage does not need to be shown with certainty, only on a balance of probabilities: *Lévesque v. Comeau*.

He concluded on the basis of expert testimony that even the most prompt and appropriate medical attention would not have saved the leg, though he could not categorically exclude that possibility. His concluding remarks, at p. 399, address the argument based on loss of chance:

festement, ces avantages aient été possibles. S'il l'avait fait, cette décision aurait constitué un solide précédent en faveur de l'utilisation de la perte de chance dans les affaires médicales à l'instar du modèle français. En réalité, le juge de première instance a considéré ce préjudice trop «aléatoire», ce qui indique qu'il n'était pas tenté d'utiliser ce modèle.

L'appellant cite un certain nombre de décisions plus récentes où on aborde plus directement la théorie de la perte de chance pour finalement la rejeter.

Dans l'arrêt *Lachambre c. Perreault* (1983), [1990] R.R.A. 397 (C.A.), Lachambre, un ouvrier, a la jambe écrasée dans un accident. L'accidenté est traité par le Dr Perreault, qui lui immobilise la jambe et la met dans un plâtre. Quelques jours plus tard, le patient est transporté dans un autre hôpital mieux équipé pour traiter les problèmes vasculaires liés à cette blessure. À ce moment-là, les médecins concluent que la revascularisation de la partie inférieure de la jambe est impossible et que l'amputation est nécessaire. Lachambre soutient que l'amputation a été rendue nécessaire à cause de la faute de Perreault, qui, a-t-on allégué, aurait dû constater le problème de circulation et le traiter plus tôt.

Le juge de première instance conclut que Perreault n'a pas commis de faute et qu'il n'y a probablement pas de lien de causalité entre la faute reprochée au médecin et le préjudice subi par Lachambre. La Cour d'appel ne traite que la question de la causalité. Le juge McCarthy dit d'abord, à la p. 398, que le droit du Québec exige la preuve du lien de causalité selon la prépondérance des probabilités:

Bien sûr, la relation de causalité entre la faute et le dommage n'a pas besoin d'être démontrée avec certitude, mais seulement par probabilité prépondérante: *Lévesque c. Comeau*.

Il conclut, sur la foi des témoignages d'experts, que les soins médicaux les plus pressés et les plus adéquats n'auraient pas permis au patient de conserver sa jambe, bien qu'il n'ait pu exclure cette possibilité de façon absolue. La conclusion de ses motifs, à la p. 399, porte sur l'argumentation fondée sur la perte de chance:

[TRANSLATION] The evidence therefore seems to me to be far from showing on a balance of probabilities that there is a causal connection between the fault of Perreault, if there was any, and the damage complained of by Lachambre. Can it still be said, always assuming that Perreault should have dealt with the blood circulation problem much sooner, that such a fault deprived Lachambre of the chance, however small, of avoiding the amputation and that there should be compensation for the loss of this chance?

I do not think so, despite some French case law and scholarly commentary to this effect. This case law has been vigorously criticized by Professor Savatier, among others. Since Lachambre did in fact have the amputation, there is in my opinion no longer any question of compensating him for loss of the chance of avoiding it. The only question is as to compensation for the amputation itself, *if the evidence shows that it was probably due to Perreault's fault*. As I have already indicated, this condition has not been met. [Emphasis added; italics in original.]

Bélanger J.A. and L'Heureux-Dubé J.A., as she then was, concurred with these reasons.

It seems to me that the approach used in *Lachambre* is typical of Quebec courts. For example, while causation must be clearly established, it can be proved on the balance of probabilities. Furthermore, in cases involving lost chance, it is not the chance itself—possible (as here) or probable—which is considered, but the outcome of that chance in so far as it bears on the patient's present condition. Where the loss of chance alone is considered to be the damage, it is theoretically consistent to admit possibilities as well as probabilities. In France, we have seen that this logical extension is masked to a certain degree by the notion of a "real and serious" chance. By focusing on the outcome of the chance, the courts in Quebec ensure that the causal link between the fault and the actual situation now experienced by the plaintiff is established at least on the balance of probabilities.

The respondent, however, cites a more recent case which appears to go against the grain of the Quebec approach described above. In *Zuk v. Mihaly*, [1989]

La preuve me paraît donc loin de démontrer par probabilité prépondérante une relation de causalité entre une faute de Perreault, s'il y en avait, et le dommage dont se plaint Lachambre. Peut-on néanmoins dire, toujours en présumant que Perreault aurait dû s'occuper beaucoup plus tôt du problème de circulation sanguine, que telle faute a privé Lachambre de la chance, si minime qu'elle ait été, d'éviter l'amputation et qu'il doit y avoir dédommagement pour la privation de cette chance?

Je ne le crois pas, malgré une certaine jurisprudence et une certaine doctrine françaises. Cette jurisprudence d'ailleurs est fortement critiquée par, entre autres, le professeur Savatier. Puisque Lachambre a effectivement subi l'amputation, il n'est plus question, à mon avis, de le dédommager pour la privation de la chance de l'éviter. Il est question seulement de le dédommager pour l'amputation elle-même *si la preuve démontre qu'elle est probablement due à la faute de Perreault*. Or, comme je l'ai déjà indiqué, cette condition n'a pas été remplie. [Je souligne.]

Le juge Bélanger et le juge L'Heureux-Dubé, qui était alors juge de la Cour d'appel, ont souscrit à ces motifs.

Il me semble que la méthode suivie dans l'arrêt *Lachambre* est la méthode couramment suivie par les tribunaux du Québec. Par exemple, bien que la causalité doive être clairement prouvée, elle peut l'être selon la prépondérance des probabilités. De plus, dans les affaires portant sur la perte de chance, ce n'est pas de la chance elle-même—possible (comme en l'espèce) ou probable—dont on tient compte, mais de l'issue de cette chance pour autant qu'elle influe sur l'état présent du patient. Lorsque la seule perte de chance est considérée constituer le préjudice, il est, en théorie, logique de reconnaître les possibilités aussi bien que les probabilités. Nous avons vu qu'en France la notion de chance «réelle et sérieuse» masque, jusqu'à un certain point, cette extension logique. En concentrant leur attention sur l'issue de la chance, les tribunaux québécois veillent à ce que le lien de causalité entre la faute et la situation réelle dans laquelle le demandeur se trouve soit prouvé au moins selon la prépondérance des probabilités.

L'intimée invoque cependant un arrêt plus récent qui semble aller à contresens de l'analyse utilisée au Québec et dont il a été question ci-dessus. Dans l'aff-

R.R.A. 737 (Sup. Ct.), the wife and daughter of the deceased, Mr. Zuk, claimed \$126,982 in damages allegedly caused by the fault of an elderly doctor, Mihaly. Mr. Zuk had experienced some discomfort and had gone, accompanied by his wife, to Dr. Mihaly's office which was situated in the neighbourhood. Dr. Mihaly's wife met the Zuks and informed them that the doctor's office was not open. The Zuks left and, only moments later, Mr. Zuk had a heart attack and collapsed in the Mihalys' front yard. Dr. Mihaly was informed and came to the side of Mr. Zuk, without, however, providing any medical care other than placing his hands on the victim's chest. The ambulance arrived twenty-five minutes later, and the attendants immediately provided the victim with oxygen. Once at the hospital, Mr. Zuk was pronounced dead.

The trial judge found that Dr. Mihaly was clearly at fault in failing to provide the victim with oxygen. Regarding causation and damages, Martineau J. had this to say, at p. 738:

[TRANSLATION] However, and the evidence is in no way contradicted on this point, despite his presence (and the increasing presence of curious members of the public), despite the knowledge that professionally he could not have been unaware of the immediate needs and care which alone could have given the victim a chance in five to six minutes to survive his attack, the defendant physician's failure to act deprived Mr. Zuk of his only chance of survival.

For these reasons, the Court:

Allows the plaintiffs' action in part;

Orders the defendant to pay ... \$50,000 ...

In my view, this case involved a loss of chance analysis which is consistent with the French model. The judge appeared to link the doctor's fault only to the loss of the chance itself. He did not ask whether this chance would probably have produced a more favourable result. Instead, he awarded partial damages, presumably in order to take into account that the chance was less than certain, and perhaps not even probable. If the lost chance itself is the damage, then it is sufficient that it be real and serious, and

faire *Zuk c. Mihaly*, [1989] R.R.A. 737 (C.S.), l'épouse et la fille du défunt M. Zuk réclament la somme de 126 982 \$ pour un préjudice causé par la faute d'un médecin âgé, le Dr Mihaly. Monsieur Zuk ressent un malaise et se rend, en compagnie de son épouse, au cabinet du Dr Mihaly, situé dans le voisinage. L'épouse du Dr Mihaly reçoit les Zuk et leur dit que le cabinet du médecin est fermé. Les Zuk repartent et quelques instants plus tard, M. Zuk subit une attaque cardiaque et s'affaisse dans l'entrée de cour de la propriété des Mihaly. Le Dr Mihaly est prévenu et vient auprès de M. Zuk, sans toutefois lui administrer aucun autre traitement médical que de placer ses mains sur la poitrine du patient. L'ambulance arrive environ vingt-cinq minutes plus tard et les ambulanciers administrent immédiatement de l'oxygène au patient. Monsieur Zuk est déclaré mort à son arrivée à l'hôpital.

Le juge de première instance conclut que le Dr Mihaly a manifestement commis une faute en ne donnant pas d'oxygène à la victime. Au sujet de la causalité et du préjudice, le juge Martineau dit, à la p. 738:

Cependant, et la preuve n'est nullement contredite sur ce point, malgré sa présence (et la présence, s'accroissant, des curieux), malgré la connaissance que, professionnellement, il ne pouvait ignorer des besoins immédiats et des soins qui seuls auraient pu donner une chance dans les cinq à six minutes à la victime de survivre à son attaque, l'inaction du médecin défendeur a enlevé à M. Zuk sa seule chance de survivre.

Pour ces motifs, le Tribunal:

Accueille en partie l'action des demandereses;

Condamne le défendeur à payer [...] 50 000 \$...

À mon avis, cette décision comporte une analyse fondée sur la perte de chance selon le modèle français. Le juge paraît lier la faute du médecin uniquement à la perte de chance elle-même. Il ne se demande pas si cette chance aurait vraisemblablement produit un résultat plus heureux. Il accorde plutôt une indemnisation partielle, probablement pour tenir compte du fait que la chance était moins que certaine et peut-être même improbable. Si la chance perdue elle-même constitue le préjudice, alors il suf-

this, at least in the French understanding, can include probable as well as some borderline possible chances. Where, as appears to be the case in Quebec, a court must satisfy itself not only that a chance was lost but that, on the balance of probabilities, that chance would have been somehow realized (e.g., in the form of recovery, slightly longer life, less pain etc.), it is insufficient to halt the analysis at the lost chance.

The *Zuk* case was decided in the midst of the recent debate over whether the French version of loss of chance has been accepted in Quebec, and it may well have been decided on the assumption that the debate had been resolved in favour of the French approach.

A series of Court of Appeal decisions, including the decision appealed from, have considered loss of chance in very thorough fashion, and I will turn to them now (*Gburek v. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424; *Laferrière v. Lawson*, *supra*; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619). I will not go into the facts of these cases in any detail but will simply extract the comments which the learned justices of the Court of Appeal made with respect to loss of chance.

In *Gburek*, only Beauregard J.A. commented on the appropriateness of the French approach to loss of chance. At page 2445, he stated:

[TRANSLATION] I wondered whether the appellant could take advantage of the theory of "loss of chance" developed in France over the last twenty-five years. . . .

As we know, between 1962 and 1982 the Court of Cassation appears to have approved a theory put forward by some appellate courts that, if there is no evidence of a causal connection between fault and final damage, a victim could obtain partial compensation corresponding to the value of the chance lost to avoid the final damage. . . .

It is difficult for a Quebec lawyer to know exactly what the Court of Cassation feels on the point. . . . Personally, I humbly concur in the opinion of those who think that, if the causal link between fault and damage is not proven, the victim cannot be given partial compen-

fit qu'elle soit réelle et sérieuse et, cela peut comprendre, au moins dans le modèle français, des chances probables ainsi que certains cas limites de chances possibles. S'il faut, comme il semble que ce soit le cas au Québec, que le tribunal soit convaincu non seulement qu'une chance a été perdue mais que, selon la prépondérance des probabilités, cette chance se serait réalisée (c'est-à-dire sous forme de guérison, d'un léger prolongement de la vie, d'une diminution de la douleur, etc.), il ne suffit pas d'interrompre l'analyse à la perte de chance.

L'affaire *Zuk* a été décidée au cours du débat récent sur l'acceptation du modèle français de la perte de chance au Québec et on l'a peut-être bien décidée en supposant que le débat avait été résolu en faveur du modèle français.

Plusieurs arrêts de la Cour d'appel, y compris celui qui fait l'objet du présent pourvoi, ont analysé la perte de chance de façon exhaustive et je vais maintenant les examiner (*Gburek c. Cohen*, [1988] R.J.Q. 2424; *Laferrière c. Lawson*, précité; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619). Je n'examinerai pas en détail les faits de chaque affaire, mais je citerai simplement les observations que les juges de la Cour d'appel ont faites au sujet de la perte de chance.

Dans l'arrêt *Gburek*, seul le juge Beauregard traite de l'opportunité d'adopter le modèle français de la perte de chance. Il dit, à la p. 2445:

Je me suis demandé si l'appellant pouvait tirer profit de la théorie de «perte d'une chance» développée en France depuis 25 ans . . .

On sait que entre 1962 et 1982, la Cour de Cassation a semblé approuver une théorie avancée par quelques cours d'appel à l'effet que, en l'absence de la preuve d'un lien de causalité entre une faute et un dommage final, une victime pouvait obtenir une indemnité partielle correspondant à la valeur de la chance perdue d'éviter le dommage final . . .

Il est difficile pour un juriste québécois de savoir quel est le sentiment exact de la Cour de Cassation sur la question. [...] Quant à moi, humblement je partage l'opinion de ceux qui pensent que, si le lien de causalité entre une faute et un préjudice n'est pas prouvé, la vic-

sation on the ground that there is a possibility that the fault could have caused the damage. [Emphasis added.]

I have already summarized the views of the judges in *Laferrière v. Lawson*, and I will not repeat those views here.

In the *Lapointe* case, four of the five judges expressed an opinion on loss of chance, the only refraining judge being Beauregard J.A., who had already expressed a disapproving view in *Gburek*.

Monet J.A. expressed what can be described as cautious acceptance of the theory, at p. 2625:

[TRANSLATION] As to whether the theory of loss of chance has been accepted in Quebec medical law, I would have preferred not to express a formal opinion for the time being, in view of the fact that *Laferrière v. Lawson* is now pending in the Supreme Court of Canada. Nevertheless, as my colleagues have dealt with it, I will make a few comments. First, if one is going to rely on French scholarly analysis, there are those nowadays who would not say that René Savatier is the greatest authority on the particular area which concerns us, namely civil liability. Second, decisions of the French courts supported by legal writers have clearly laid the groundwork of the theory of loss of chance, which be it said in passing is not in any way a fashion, still less the most recent one. Thus, Prof. Geneviève Viney writes:

But the courts have not simply applied these general conditions of civil liability to limit the right to compensation for "loss of chance". They have formulated specific requirements by saying, first, that the chance lost must be real, and serious, and second, that the assessment of the compensation must take into account the uncertainty affecting realization of the lost chance.

Accordingly, by the taking of precautions to avoid abuses, the courts have managed to keep compensation for loss of chance within reasonable limits. These decisions have also been generally approved by legal writers.

(I note that the last-quoted passages from Viney refer to loss of chance in its classical French application.

time ne peut pas recevoir une indemnité partielle au motif qu'il existe une possibilité que la faute ait pu causer le préjudice. [Je souligne.]

J'ai déjà résumé les points de vue des juges dans l'arrêt *Laferrière c. Lawson* et je ne les répéterai pas ici.

Dans l'arrêt *Lapointe*, quatre des cinq juges expriment un avis sur la perte de chance et le seul juge qui ne le fait pas est le juge Beauregard qui a déjà exprimé son désaccord dans l'arrêt *Gburek*.

Le juge Monet énonce ce qu'on pourrait qualifier d'acceptation prudente de la théorie, à la p. 2625:

Quant à la question de savoir si la théorie de la perte d'une chance est reçue en droit médical québécois, j'aurais préféré ne pas exprimer une opinion formelle pour le moment, compte tenu que l'affaire *Laferrière c. Lawson* est maintenant pendante devant la Cour suprême du Canada. Néanmoins, comme mes collègues en traitent, je me permets quelques commentaires. En premier lieu, si l'on entend s'en remettre à la doctrine française, d'aucuns seront enclins, de nos jours, à s'abstenir de proclamer que René Savatier est la voix la plus autorisée dans le domaine particulier qui nous intéresse, à savoir la responsabilité civile. En second lieu, la jurisprudence française appuyée par la doctrine a bien établi les balises de la théorie de la perte d'une chance qui, soit dit en passant, n'a rien d'une mode, encore moins de la dernière mode. Ainsi, le professeur Geneviève Viney écrit:

Mais les tribunaux ne se sont pas contentés de l'application de ces conditions générales de la responsabilité civile pour limiter le droit à réparation de la «perte d'une chance». Ils ont en effet formulé des exigences spécifiques en affirmant, d'une part, que la chance perdue doit être réelle et sérieuse et, d'autre part, que l'évaluation de l'indemnité doit tenir compte de l'aléa affectant la réalisation de la chance perdue.

Grâce aux précautions prises pour éviter les abus, les tribunaux sont donc parvenus à maintenir l'indemnisation de la perte d'une chance dans des limites raisonnables. Aussi bien cette jurisprudence est-elle généralement approuvée par la doctrine.

(Je fais remarquer que les derniers alinéas tirés de l'ouvrage de Viney, *op. cit.*, visent la perte de chance selon son application classique en France. Comme je l'ai déjà indiqué, les commentaires qu'elle fait au

As noted earlier, her comments regarding loss of chance in medical cases were less approving.)

LeBel J.A., at pp. 2642-43, adopted the position of Vallerand J.A. in *Lawson* and clearly rejected loss of chance theory in the medical context:

[TRANSLATION] 4. Nature of damage suffered

Jacques J.A. concludes that the damage suffered is loss of the chance of recovery. In my opinion, the damage suffered is otherwise. Under the rules of proof, fault, the damage suffered and the relationship between them are determined on the basis of probability. If it is not possible to establish, using this traditional formula of a balance of probabilities, that a fault was the cause of such damage, there is no liability.

It does not seem to me that the so-called loss of chance theory, which has been applied by the French Court of Cassation from time to time, and which certain writers have at times vigorously recommended, should be accepted, especially with respect to causation. In our system, one encounters here an obstacle having to do with positive law requirements and the system of civil proof. The causal link must be established in accordance with the ordinary rules of civil proof or, in some cases, in keeping with the presumptions established by law.

It will perhaps be added that the theory of loss of chance could be applied with respect to the development of damage. It would provide a means to assess possible damage such as the loss of a lottery ticket, to take the classic example. Where medical or hospital liability is concerned, the situation is very different. The damage has not remained simply a potential event. The damage has occurred. The court must determine whether compensation should be awarded for it. [Emphasis added.]

Mailhot J.A., at p. 2647, expressed herself similarly, also adopting the reasons of Vallerand J.A. in *Laferrière v. Lawson*:

[TRANSLATION] For the reasons given by Vallerand J.A. in *Laferrière v. Lawson*, I consider that the loss of chance theory should not be used to supply a causal link between fault and damage.

sujet de la perte de chance en matière médicale sont moins approuvateurs.)

Le juge LeBel, aux pp. 2642 et 2643, souscrit à l'avis du juge Vallerand dans l'arrêt *Lawson* et rejette manifestement la théorie de la perte de chance en matière médicale:

4. Nature du préjudice subi

M. le juge Jacques conclut que le préjudice subi est la perte de chance d'une guérison. À mon avis, le préjudice subi se situe ailleurs. Suivant les règles du système de preuve, la faute, le dommage subi et la relation entre eux s'apprécient suivant les probabilités. Si l'on ne parvient pas à établir, suivant cette formule traditionnelle de la balance des probabilités, qu'une faute est la cause de tel préjudice, la responsabilité n'est pas engagée.

Il ne me paraît pas que la théorie dite de la perte de chance, que la Cour de cassation française a parfois appliquée, que certains auteurs ont parfois vigoureusement prônée, doive être reçue, particulièrement au niveau de la causalité. Dans notre système, l'on se heurte ici à un obstacle tenant aux exigences du droit positif et du régime des preuves civiles. Le lien de causalité doit être établi suivant les règles normales de la preuve civile ou, dans certains cas, conformément aux présomptions établies par la loi.

On ajoutera peut-être que la théorie de la perte de chance trouverait à s'appliquer sur le plan de l'évolution du préjudice. Elle permettrait l'évaluation d'un préjudice possible comme la perte de billet de loterie, dans l'exemple classique. En matière de responsabilité médicale ou hospitalière, l'on se trouve dans une situation fort différente. Le dommage n'est pas resté à l'état de simple potentialité. Le préjudice s'est réalisé. Il faut déterminer si l'on doit l'indemniser. [Je souligne.]

Le juge Mailhot, à la p. 2647, s'exprime dans les mêmes termes, se rangeant elle aussi à l'avis du juge Vallerand dans l'arrêt *Laferrière c. Lawson*:

Pour les motifs exposés par l'honorable Vallerand dans l'affaire *Laferrière c. Lawson*, je suis d'avis que la théorie de la perte de chances ne doit pas être utilisée pour suppléer à la causalité entre une faute et un dommage.

As Vallerand J.A. put it, I am of the view that loss of chance should only be considered at the time damages are being considered. [Emphasis added.]

In the *Lapointe* case Monet, LeBel and Mailhot J.J.A. agreed that causation had been established on the balance of probabilities and awarded full damages.

Jacques J.A. dissented in part. On the subject of loss of chance, he repeated the remarks which he made in *Lawson* regarding the nature of the theory, and concluded that a chance of recovery had been lost. He judged the probability of that chance at fifty percent and, accordingly, awarded half of the full damages that would have been payable had causation been certain, and exactly half the amount awarded by the majority.

Critical Analysis of Loss of Chance

Following on the division employed in the discussion of loss of chance in France and Belgium, I will deal with the theory first in its classical applications as a type of damage or a method of evaluating damages, and secondly in its more controversial application to medical cases where it is said to be an attenuation of the causal link.

This analysis began with the assertion that a loss of chance situation is theoretically troublesome even as a type of damage. The actual damage is contingent, hypothetical or future and, accordingly, it is uncertain and difficult to evaluate. The consensus in France and Belgium is that damages are nonetheless recoverable when the lost chance itself is considered the damage and where certain limits are respected: the chance must be "real and serious" (likely or probable) and the probability of the chance being realized must be taken into account in quantifying the damages.

I cannot help but note that among the classical examples of loss of chance, certain cases are more contingent, or probability-based, than others. When

Tout comme le juge Vallerand l'a exprimé, je crois que l'examen de la perte de chances ne devrait se faire qu'au moment de l'examen des dommages. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Lapointe*, les juges Monet, LeBel et Mailhot sont tous d'avis que la causalité était établie selon la prépondérance des probabilités et accordent le plein montant des dommages-intérêts.

Le juge Jacques est dissident en partie. Au sujet de la perte de chance, il répète les remarques qu'il a faites dans l'arrêt *Lawson* quant à la nature de la théorie et conclut qu'une chance de guérison a été perdue. Il estime la probabilité de cette chance à cinquante pour cent et, en conséquence, il accorde la moitié du plein montant de dommages-intérêts qui aurait été payable si la causalité avait été certaine, soit exactement la moitié du montant accordé par la majorité.

Analyse critique de la perte de chance

Conformément au plan utilisé pour l'examen de la perte de chance en France et en Belgique, je traiterai d'abord des applications classiques de cette théorie comme type de préjudice ou méthode d'évaluation des dommages-intérêts, et en second lieu de son application plus controversée au domaine médical où elle est considérée comme une atténuation du lien de causalité.

Cette analyse a commencé par l'affirmation que la perte de chance présente des difficultés du point de vue théorique même à titre de chef de dommage. Le préjudice lui-même est aléatoire, hypothétique ou futur et, en conséquence, il est incertain et difficile à évaluer. En France et en Belgique, il y a consensus que des dommages-intérêts peuvent être quand même attribués lorsque la perte de chance elle-même est considérée comme le préjudice et que certaines limites sont respectées: la chance doit être «réelle et sérieuse» (vraisemblable ou probable) et le degré de probabilité de réalisation de la chance doit être pris en compte pour évaluer les dommages-intérêts.

Je ne puis faire autrement que de souligner que, parmi les exemples classiques de perte de chance, certains sont plus aléatoires ou plus dépendants des

one speaks of a lottery ticket there is little or nothing other than probability in play. When one speaks of the chance of winning a legal appeal or benefiting from the support of a child, many other factors come into consideration and are weighed by the judge. In France and Belgium, the judge may prefer to focus on the chance itself and to compensate in accordance with its degree of probability. In Quebec, the judge will more commonly focus on the actual result of the lost chance, having satisfied himself or herself that such damage can be considered present and certain, at least according to his or her assessment of the factual context and the balance of probabilities, or that such damage is a consequence of some concrete initial damage and must therefore be taken into account in the evaluation of damages (where the degree of probability will be considered along with other relevant factors). In many of the classical loss of chance situations, the outcome of these differing judicial approaches will be quite similar, and, furthermore, the recognition and evaluation of such damages will often be less controversial in these situations: either because the realization of the chance was probable or, in cases where its realization was only possible, no other identifiable factor competes with the defendant's fault as a probable cause of the hypothetical damage (as in the case of the loss of a lottery ticket); or because the defendant's responsibility has already attached to some concrete initial damage of which the lost chance is an extension.

It is difficult to explain why different legal systems approach a problem in different ways. Mindful of the dangers of comparative law unequipped with full information and understanding of other legal systems, I will nonetheless hazard a few observations. It does seem to me that the French and Belgian regimes of civil responsibility have in the past relied to a greater degree than our own on the principles of the equivalence or *conditio sine qua non* theory of causation (see A. M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*, ch. 7, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, ed. André Tunc (1971), p. 36). According to this theory, every condition is a cause of the harm which would not have occurred without it (Honoré, *op. cit.*, at p. 33). If, as

probabilités que d'autres. Quand quelqu'un parle de billet de loterie, il n'y a rien ou presque rien d'autre en jeu que la probabilité. Quand on parle des chances de réussir en appel ou de bénéficier du soutien d'un enfant, plusieurs autres facteurs entrent en jeu et sont appréciés par le juge. En France et en Belgique, le juge peut préférer concentrer son attention sur la chance elle-même et indemniser selon son degré de probabilité. Au Québec, le juge s'attachera plus généralement au résultat concret de la perte de chance, s'étant d'abord convaincu que ce préjudice peut être tenu pour présent et certain, au moins selon son évaluation du contexte factuel et selon la prépondérance des probabilités, ou que ce préjudice est la conséquence d'un préjudice initial concret dont il faut tenir compte dans l'évaluation des dommages-intérêts (dans laquelle le degré de probabilité sera considéré en même temps que d'autres facteurs pertinents). Dans de nombreux cas classiques de perte de chance, le résultat de ces différentes démarches judiciaires sera à peu près le même et, de plus, la reconnaissance et l'évaluation de tels dommages-intérêts sera souvent moins controversée dans ces situations, soit parce que la réalisation de la chance était probable ou que, dans les cas où cette réalisation était simplement possible, il est impossible d'identifier quelque autre facteur, outre la faute du défendeur, comme cause probable du préjudice hypothétique (comme dans le cas de la perte d'un billet de loterie), soit parce que la responsabilité du défendeur est déjà rattachée à un préjudice initial concret dont la perte de chance est une extension.

Il est difficile d'expliquer pourquoi différents systèmes juridiques abordent un même problème de façons différentes. Soucieux des dangers de s'engager en droit comparé, sans avoir tous les renseignements ni la compréhension parfaite d'autres systèmes juridiques, je me risquerai néanmoins à faire quelques observations. Il me semble que, dans le passé, les régimes français et belge de responsabilité civile se sont fondés plus que le nôtre sur les principes de l'équivalence ou de la théorie de la causalité fondée sur la condition *sine qua non* (voir A. M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*, ch. 7, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, éd. André Tunc (1971), p. 36). Selon cette théorie, chaque condition est une cause du

in France and Belgium, causal certainty is generally required, this theory becomes at once permissive (it admits even minor factors as causes provided their causal role is certain) and restrictive (it denies even major factors whose causal role is less than certain). It is perhaps as a result of reliance on this theory and emphasis on causal certainty, or perhaps for other systemic reasons, that French and Belgian courts have been especially alert to the contingency of lost chances. It may be that, according to their view of causation, the causal link was more safely anchored where the certain loss of the chance was itself considered the damage rather than the contingent result which that chance in fact represented.

In Quebec, as we have seen, the courts are satisfied with proof of causation on the balance of probabilities, perhaps influenced to a greater degree by the so-called theory of adequate causation (Baudouin, *op. cit.*, at p. 183). According to the various formulations of this theory, an act or omission is an adequate cause if it is of a type apt, in accordance with experience, to be followed by a harm of the sort which occurs; or, put another way, if the consequence follows in the normal course of events (Honoré, *op. cit.*, at p. 49). Because probability is already taken into account in this theory, it is no obstacle to recovery that the damage in question was not certainly caused by the alleged fault; it is sufficient that it is made real and credible by a combination of factual and statistical evidence. Accordingly, a judge may, without violating the general rules of causation, link the fault to contingent damage, provided that he or she is satisfied that such a link has been established with sufficient evidence as to that which would normally occur or that which follows in the normal course of events. It is in part for this reason, in my view, that loss of chance situations, at least in their classical contexts, are less theoretically troublesome in Quebec than in France and Belgium. While it is acknowledged that loss of chance situations must be analyzed with the aid of a judge's assessment of probabilities, it is not considered necessary to rely on the artificial notion of an intermediate damage called the "lost chance". The

préjudice qui ne se serait pas produit sans elle (Honoré, *op. cit.*, à la p. 33). Si, comme en France et en Belgique, la certitude de la causalité est généralement exigée, cette théorie devient à la fois permissive (elle admet même les facteurs mineurs comme causes pourvu que leur rôle causal soit certain) et restrictive (elle refuse même les facteurs majeurs dont le rôle causal est moins que certain). C'est peut-être en raison du recours à cette théorie et à l'insistance sur la certitude de la causalité, ou peut-être pour d'autres raisons systémiques, que les tribunaux français et belges ont été particulièrement sensibles au caractère aléatoire des pertes de chances. Il se peut que dans leur façon de voir la causalité, le lien de causalité ait été plus sûrement établi lorsque la perte certaine de chance a elle-même été considérée comme le préjudice plutôt que le résultat aléatoire que cette chance représentait effectivement.

Au Québec, nous l'avons vu, les tribunaux acceptent la preuve de la causalité selon la prépondérance des probabilités, peut-être à cause de l'influence plus grande de la théorie dite de la causalité adéquate (Baudouin, *op. cit.*, à la p. 183). Selon les différentes formulations de cette théorie, un acte ou une omission est une cause adéquate si elle est, de par sa nature, apte, d'après l'expérience, à engendrer un préjudice semblable à celui qui est survenu, ou, en d'autres termes, si, dans le cours normal des événements, la conséquence s'ensuit (Honoré, *op. cit.*, à la p. 49). Parce que la probabilité est déjà prise en compte dans cette théorie, le fait qu'il ne soit pas certain que la faute alléguée ait causé le préjudice ne constitue pas un empêchement à l'obtention d'une indemnité; il suffit que la chose soit rendue réelle et croyable par une combinaison d'éléments de preuve factuelle et statistique. En conséquence, un juge peut rattacher la faute à un préjudice aléatoire sans violer les règles générales de la causalité, pourvu qu'il soit convaincu que ce lien est établi par suffisamment d'éléments de preuve sur ce qui se produirait normalement ou sur ce qui se produit dans le cours normal des choses. C'est en partie pour ce motif que, selon moi, les situations de perte de chance, du moins dans leurs contextes classiques, sont moins difficiles, sur le plan théorique, au Québec qu'en France et en Belgique. Bien qu'il soit admis que les situations de perte de chance doivent s'analyser à l'aide de l'éva-

loss of chance situation always presents evidentiary problems, but provided that adequate evidence has been furnished through facts and statistics relating to the particular case, the judge will attempt to assess the actual or final damage, in effect, the chance as realized. Even in cases where statistical evidence is heavily relied upon the evaluation of damages is still aimed at approximating the chance as realized.

As I have suggested, it is only in exceptional loss of chance cases that a judge is presented with a situation where the damage can only be understood in probabilistic or statistical terms and where it is impossible to evaluate sensibly whether or how the chance would have been realized in that particular case. The purest example of such a lost chance is that of the lottery ticket which is not placed in the draw due to the negligence of the seller of the ticket. The judge has no factual context in which to evaluate the likely result other than the realm of pure statistical chance. Effectively, the pool of factual evidence regarding the various eventualities in the particular case is dry in such cases, and the plaintiff has nothing other than statistics to elaborate the claim in damages. Where the fault of the defendant has already been established and where no other identifiable competing causal factors have been identified, it may be open to the judge to evaluate the damages according to the chance alone. To transform this exceptional case into the theoretical basis for recovery in all loss of chance situations would be unnecessarily abstract, and, more importantly for the case before us, would give the mistaken impression that the court is more interested in the certainty of statistical chances than in the probable results which those chances represent.

With these considerations in mind, I turn to the role of loss of chance in the medical context.

Loss of chance becomes critically difficult, in France, Belgium and Quebec, as elsewhere, when it is employed as a method of analysis in the complex cases of medical responsibility. In the most difficult

evaluation des probabilités par le juge, on ne considère pas nécessaire d'avoir recours à la notion artificielle d'un préjudice intermédiaire appelé «chance perdue».

La situation de perte de chance présente toujours des difficultés de preuve, mais, si suffisamment de faits et de statistiques sont soumis en preuve au sujet d'un cas particulier, le juge tentera d'évaluer le préjudice réel ou final, c'est-à-dire la chance réalisée. Même dans les cas où on a largement recours à une preuve statistique, l'évaluation des dommages-intérêts vise quand même à apprécier la chance réalisée.

Comme je l'ai affirmé, ce n'est que dans des cas exceptionnels de perte de chance qu'un juge se trouvera dans la situation où le préjudice ne peut se comprendre que sous le rapport de probabilités ou de statistiques et où il sera presque impossible de dire si la chance se serait réalisée dans un cas particulier et comment cela se serait produit. L'exemple le plus parfait d'une telle perte de chance est celui du billet de loterie qui n'a pas été placé dans le tirage par la négligence du vendeur du billet. Le juge n'a pas de contexte factuel pour évaluer le résultat probable et doit décider en fonction de la pure chance statistique. En réalité, il y a absence, dans pareils cas, de faits disponibles en preuve relativement aux différentes possibilités du cas particulier et le demandeur n'a rien d'autre que des statistiques pour étayer sa demande de dommages-intérêts. Lorsque la faute du défendeur est déjà prouvée et qu'on n'a identifié aucun autre facteur causal concomitant, il peut être loisible au juge d'évaluer les dommages-intérêts en fonction de la chance seulement. Faire de ce cas d'exception le fondement théorique de l'indemnisation dans tous les cas de perte de chance serait inutilement abstrait et, surtout, dans le cas qui nous occupe, donnerait la fausse impression que les tribunaux sont plus intéressés à la certitude des chances statistiques qu'aux résultats probables que ces chances représentent.

Tout en gardant ces considérations à l'esprit, j'aborderai maintenant le rôle de la perte de chance dans le contexte médical.

La perte de chance devient particulièrement difficile en France, en Belgique, au Québec et ailleurs lorsqu'elle sert de méthode d'analyse dans les cas complexes de responsabilité médicale. Dans les cas

cases, such as the one which concerns us, the defendant doctor's fault cannot be easily attached even to any initial actual damage suffered by the plaintiff patient. Accordingly, it is analysis of the lost chance itself which will determine whether the doctor is at all responsible. The lost chance can be analyzed in two ways.

In France and Belgium, as we have seen, it is the chance itself which is considered, usually described as a chance of recovery or survival. The chance must be "real and serious", and this is said to include chances which are likely or probable (Chartier, *op. cit.*, at p. 50), or chances where recovery or improvement is more likely than death or illness (Vacarie, *op. cit.*, at pp. 916-17). The damages are, of course, awarded in relation to the chance itself, and therefore such damages are only partial. According to a recent commentator, loss of chance analysis is said to be appropriate in cases involving faults of omission; faults of commission must be analyzed according to a method which connects the fault to the actual death or sickness (Vacarie, *op. cit.*, at p. 908). It is acknowledged even by supporters of the full loss of chance analysis in the medical context that by focussing on the lost chance rather than the actual damage which that chance represents the judge is effectively permitted to translate his or her doubts as to the causal link between the fault and the final damage into a reduced award for the patient (Boré, *op. cit.*, para. 14; Vacarie, *op. cit.*, at p. 907).

In Quebec, courts are more inclined to examine the damage which has already occurred, and to consider whether that damage was caused by the doctor's fault or by other identifiable factors. If the fault was causal, then full damages are awarded. Faults of commission are treated in the same manner as faults of omission, and, clearly, in more complicated cases both types of fault may be present, as was seen in the *Tardif* case, *supra*. The judge attempts, in effect, to determine whether and to what extent the doctor's acts and omissions are responsible for the situation in which the patient now finds himself or herself. A positive result which should have been produced and a negative result which should have been avoided are

les plus difficiles, comme celui qui nous occupe, il n'est pas facile de rattacher la faute du médecin défendeur même à un préjudice initial réel subi par la patiente demanderesse. En conséquence, c'est l'analyse fondée sur la perte de chance elle-même qui décide de la responsabilité du médecin. La perte de chance peut s'analyser de deux façons.

Comme nous l'avons vu, en France et en Belgique, on s'attache à la chance elle-même, ordinairement décrite comme une chance de guérison ou de survie. La chance doit être «réelle et sérieuse» et ceci comprend, dit-on, les chances qui sont probables (Chartier, *op. cit.*, à la p. 50), ou les chances de guérison ou d'amélioration qui l'emportent sur les risques de décès ou de maladie (Vacarie, *loc. cit.*, aux pp. 916 et 917). Les dommages-intérêts sont bien sûr accordés en fonction de la chance elle-même et, par conséquent, ces dommages-intérêts ne sont que partiels. Selon le commentaire récent d'un auteur, l'analyse fondée sur la perte de chance convient aux cas où l'on invoque une faute d'omission, les fautes résultant d'une action devant être analysées selon la méthode qui lie la faute au décès ou à la maladie elle-même (Vacarie, *loc. cit.*, à la p. 908). Même les tenants de la pleine application de la perte de chance dans le contexte médical admettent qu'en portant son attention sur la chance perdue plutôt que sur le préjudice réel que cette chance représente, le juge est effectivement autorisé à traduire ses doutes sur l'existence du lien de causalité entre la faute et le préjudice final en une indemnisation partielle du patient (Boré, *loc. cit.*, par. 14; Vacarie, *loc. cit.*, à la p. 907).

Au Québec, les tribunaux sont plus enclins à examiner le préjudice déjà survenu et à se demander si ce préjudice a été causé par la faute du médecin ou par d'autres facteurs identifiables. Si la faute a été causale, le plein montant de dommages-intérêts est accordé. Les fautes résultant d'une action sont traitées de la même manière que les fautes d'omission et, manifestement, dans les cas les plus compliqués les deux sortes de fautes sont présentes, comme le démontre l'affaire *Tardif*, précitée. Le juge tente effectivement de déterminer si les actes ou les omissions du médecin sont responsables de la situation dans laquelle se trouve le patient et, dans l'affirmative, dans quelle mesure ils le sont. Un résultat positif

considered on the same terms, whether they correspond with acts or omissions.

As I have stated earlier, I am inclined to favour an approach which focusses on the actual damage which the doctor can be said to have caused to the patient by his or her fault, and to compensate accordingly. First, as I have said, I can see no basis for treating acts and omissions differently. Accordingly, there is no theoretical imperative directing courts to abandon traditional causal analysis and to adopt instead an essentially artificial loss of chance analysis. Secondly, while I concede that loss of chance analysis is less objectionable when used to evaluate damages in cases where the defendant's responsibility is otherwise clearly established or, perhaps, where no other causal factors can be identified, this type of analysis must be viewed with extreme caution in cases where there are serious doubts as to the defendant's causal role in the face of other identifiable causal factors. Even though our understanding of medical matters is often limited, I am not prepared to conclude that particular medical conditions should be treated for purposes of causation as the equivalent of diffuse elements of pure chance, analogous to the non-specific factors of fate or fortune which influence the outcome of a lottery. Thirdly, as has been pointed out frequently, in the medical context the damage has usually occurred, manifesting itself in sickness or death. In Savatier and Penneau's terms, the chance is not suspended or crystallized as is the case in the classical loss of chance examples; it has been realized, and the morbid scenario has necessarily played itself out. It can and should be analyzed by means of the generally applicable rules regarding causation.

Overall, then, not only do I question the independent recognition of a lost chance in all but the exceptional classical cases (such as the case of the lottery ticket), but I can certainly see no reason to extend such an artificial form of analysis to the medical context where faults of omission or commission must be considered alongside other identifiable causal factors in determining that which has produced the particular

qui aurait dû se produire et un résultat négatif qu'il aurait fallu éviter sont traités sur le même pied, qu'ils dépendent d'actions ou d'omissions.

^a Comme je l'ai déjà dit, je suis porté à favoriser une méthode qui s'attache au préjudice réel que, peut-on dire, le médecin a causé au patient par sa faute, et à déterminer l'indemnité en conséquence. D'abord, ^b comme je l'ai dit, je ne vois pas de motif de traiter différemment les actes et les omissions. En conséquence, il n'y a pas d'impératif théorique qui exige des tribunaux qu'ils abandonnent l'analyse causale traditionnelle et qu'ils adoptent à la place une analyse ^c essentiellement artificielle, fondée sur la perte de chance. Ensuite, bien que je reconnaisse que l'analyse fondée sur la perte de chance soit moins inacceptable quand elle sert à évaluer les dommages-intérêts dans des cas où la responsabilité du défendeur est ^d nettement établie par ailleurs, ou peut-être quand il est impossible d'identifier d'autres facteurs de causalité, il faut envisager cette forme d'analyse avec beaucoup de prudence dans les cas où il existe des ^e doutes sérieux sur le rôle causal du défendeur face à d'autres facteurs de causalité identifiables. Même si notre compréhension des matières médicales est souvent limitée, je ne suis pas prêt à conclure qu'il faut, pour les fins de la causalité, traiter les états médicaux ^f particuliers comme l'équivalent d'éléments diffus de pure chance, semblables aux facteurs indéterminés du destin ou du hasard qui influent sur le résultat d'une loterie. Enfin, comme on l'a souligné à maintes reprises, en matière médicale le préjudice est déjà ^g survenu, sous forme de maladie ou de décès. Selon les exposés de Savatier et Penneau, la chance n'est ni suspendue, ni cristallisée comme dans les exemples classiques de perte de chance; elle est réalisée et le ^h scénario morbide s'est nécessairement déroulé. On peut et on doit l'analyser au moyen des règles généralement applicables en matière de causalité.

ⁱ Dans l'ensemble, non seulement je m'interroge sur la reconnaissance distincte d'une perte de chance sauf dans les cas classiques exceptionnels (comme celui du billet de loterie), mais encore il m'est certainement impossible de voir une raison d'étendre une forme aussi artificielle d'analyse au contexte médical ^j lorsqu'il faut tenir compte de fautes d'omission ou de fautes résultant d'une action concurremment avec

result in the form of sickness or death. 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.

It is important to recognize that, in cases where the proof indicates that a particular procedure or treatment would probably (though not certainly) have produced a positive result, the patient will usually be able to recover damages under both of the methods described above. If the chance itself is compensated, however, damages will only be measured according to the level of probability. If the actual damage which has been caused is compensated, then the full value of the actual damage will be accorded. These differing results were seen in the majority and minority decisions in the *Lapointe* case.

Cases in which the evidence is scarce or seemingly inconclusive present the greatest difficulty. It is perhaps worthwhile to repeat that a judge will be influenced by expert scientific opinions which are expressed in terms of statistical probabilities or test samplings, but he or she is not bound by such evidence. Scientific findings are not identical to legal findings. Recently, in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, this Court made clear (at p. 328) that "[c]ausation need not be determined by scientific precision" and that "[i]t is not . . . essential that the medical experts provide a firm opinion supporting the plaintiff's theory of causation" (p. 330). Both this Court and the Quebec Court of Appeal have frequently stated that proof as to the causal link must be established on the balance of probabilities taking into account all the evidence which is before it, factual, statistical and that which the judge is entitled to presume. (See, e.g., *Shawinigan Engineering Company v. Naud*, [1929] S.C.R. 341, at pp. 343-45; *Morin v.*

d'autres facteurs de causalité identifiables pour déterminer ce qui a engendré le résultat particulier, qu'il s'agisse de maladie ou de décès. 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.

Il importe de reconnaître que, dans les affaires où la preuve démontre qu'une procédure ou un traitement particuliers auraient probablement (bien que ce ne soit pas certain) produit un résultat positif, le patient pourra ordinairement être indemnisé en vertu de l'une et l'autre méthodes décrites plus haut. Cependant, si la chance elle-même donne lieu à indemnisation, l'indemnité ne sera fixée qu'en fonction du degré de probabilité. Si c'est le préjudice réellement causé qui fait l'objet d'une indemnisation, l'indemnité accordée sera fixée à la pleine valeur du préjudice réellement subi. Cette différence de résultat ressort des motifs majoritaires et minoritaires dans l'arrêt *Lapointe*.

Les affaires où la preuve est mince ou apparemment peu concluante présentent la plus grande difficulté. Il vaut peut-être la peine de redire qu'un juge sera influencé par les avis d'experts scientifiques exprimés sous forme de probabilités statistiques ou d'échantillonnages, mais il n'est pas lié par ce genre de preuve. Les conclusions scientifiques ne sont pas identiques aux conclusions juridiques. Récemment, notre Cour a dit clairement dans l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, que «[l]a causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique» (p. 328) et qu'«il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l'appui de la théorie de la causalité du demandeur» (p. 330). Notre Cour et la Cour d'appel du Québec ont fréquemment affirmé qu'il faut que la preuve du lien causal soit établie selon la prépondérance des probabilités compte tenu de toute la preuve soumise, c'est-à-dire la preuve factuelle, la preuve statistique et les faits dont le juge peut présumer l'existence. (Voir, par

Blais, [1977] 1 S.C.R. 570, at p. 580; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 808; *J.E. Construction Inc. v. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275, at p. 278; *Dodds v. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.), at pp. 2635-36.)

If one takes, for example, a case in which a doctor neglects to employ a recommended procedure which is said to have a fifty percent chance of complete cure, a judge would not necessarily be bound by expert opinion which declined to conclude that application of the procedure to the patient would have avoided the patient's present worsened condition. The judge might well be justified in finding that the procedure in question would probably have benefited the patient, if other factors particular to that plaintiff support that conclusion. The judge's duty is to assess the damage suffered by a particular patient, not to remain paralysed by statistical abstraction.

If one moves then to a procedure which is recommended despite a mere twenty-five percent chance of success according to expert evidence, it is still not a foregone conclusion that the doctor's fault in not using this procedure must be said to have had no causal role in the patient's death or sickness. If the experts are examined properly, a judge might well find that he or she is justified in concluding that the omission of that procedure did not cause the death or sickness, but that it caused other lesser but clearly negative results (e.g. slightly shorter life, greater pain). The doctor's fault could then be judged causal to the extent of the aggravation of what was otherwise an inevitably terminal or morbid condition.

The plaintiff is aided in establishing his or her case by presumptions (as provided by art. 1205 C.C.L.C.) and by such factual and statistical evidence as will aid the judge in appreciating what Moisan J. described properly as [TRANSLATION] "reasonable and prudent behaviour", "the natural order of things", "the sequence of cause and effect" and, generally, "the normal and ordinary course of events". The

exemple, *Shawinigan Engineering Company v. Naud*, [1929] R.C.S. 341, aux pp. 343 à 345; *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, à la p. 580; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, à la p. 808; *J.E. Construction Inc. c. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275, à la p. 278; *Dodds c. Schierz*, [1986] R.J.Q. 2623 (C.A.), aux pp. 2635 et 2636.)

Si on prend comme exemple le cas où un médecin néglige d'utiliser la procédure recommandée dont on dit qu'elle comporte cinquante pour cent de chances d'entraîner une guérison complète, un juge n'est pas nécessairement lié par l'avis d'experts qui refusent de conclure que l'application de la procédure en cause au patient lui aurait évité l'état d'aggravation dans lequel il se trouve. Le juge pourrait fort bien être justifié de conclure que la procédure en cause aurait probablement été bénéfique pour le patient, si d'autres facteurs particuliers à ce demandeur étayaient cette conclusion. Le devoir du juge consiste à évaluer le préjudice subi par un patient déterminé et non à demeurer figé par une abstraction statistique.

Dans le cas d'une procédure qui est recommandée, mais à laquelle l'avis d'experts n'attribue que vingt-cinq pour cent de chances de réussite, il peut rester possible de conclure que la faute commise par le médecin en ne recourant pas à cette procédure n'a pas joué un rôle causal dans le décès ou la maladie du patient. Si l'interrogatoire des experts est bien mené, le juge peut bien trouver qu'il lui est loisible de conclure que l'omission d'utiliser la procédure n'a pas causé le décès ou la maladie du patient, mais qu'elle lui a engendré d'autres résultats moins graves mais nettement négatifs (par exemple, un léger abrègement de sa vie ou une augmentation de ses souffrances). La faute du médecin peut être considérée comme la cause de l'aggravation d'un état ou d'une maladie qui, de toute façon, était incurable.

Le demandeur peut invoquer, pour établir sa preuve, des présomptions (comme celles de l'art. 1205 C.c.B.-C.), des faits et des statistiques qui aideront le juge à apprécier ce que le juge Moisan décrit bien comme «la conduite [...] raisonnable et prudent[e]», «l'ordre naturel des choses», «l'enchaînement habituel des causes et des effets» et, de façon générale, «le déroulement normal et courant des évé-

judge will want to pay especially close attention to the various causal properties of the doctor's fault as well as the particular character of the damage which has manifested itself. In some cases, where a fault presents clear danger for the health and security of the patient and where such a danger materializes, it may be reasonable for a judge to presume the causal link between the fault and such damage, "unless there is a demonstration or a strong indication to the contrary" (*Morin v. Blais, supra*, at p. 580, *per Beetz J.*). If, after all has been considered, the judge is not satisfied that the fault has, on his or her assessment of the balance of probabilities, caused any actual damage to the patient, recovery should be denied. To do otherwise would be to subject doctors to an exceptional regime of civil responsibility.

In conclusion, then, and with all due deference to those who have expressed other opinions, I do not feel that the theory of loss of chance, at least as it is understood in France and Belgium, should be introduced into the civil law of Quebec in matters of medical responsibility. In the Court of Appeal, Jacques J.A. states without elaboration that loss of chance is recognized in the common law. I have taken note of the vigorous debate which is taking place in the United States and can find no dominant jurisprudential position favouring loss of chance in that country. In the United Kingdom, the House of Lords has expressed reservations about loss of chance analysis, but has not, as yet, reached a settled conclusion about its possible application: *Hotson v. East Berkshire Health Area Authority*, [1987] A.C. 750. I have also made note of this Court's recent decision in *Snell v. Farrell, supra*, which I take to endorse traditional principles of causation, properly applied.

By way of summary, I would make the following brief, general observations:

- The rules of civil responsibility require proof of fault, causation and damage.
- Both acts and omissions may amount to fault and both may be analyzed similarly with regard to causation.

nements». Le juge voudra porter particulièrement attention aux différentes propriétés causales de la faute du médecin ainsi qu'au caractère particulier du préjudice qui s'est manifesté. Dans certains cas où la faute comporte un danger manifeste pour la santé et la sécurité du patient et où ce danger s'est réalisé, il peut être logique pour le juge de présumer l'existence du lien de causalité entre la faute et ce préjudice «sous réserve d'une démonstration ou d'une forte indication du contraire» (*Morin c. Blais*, précité, à la p. 580, le juge Beetz). Si, après avoir tout considéré, le juge n'est pas convaincu que la faute a, selon son évaluation de la prépondérance des probabilités, causé quelque préjudice au patient, il doit refuser l'indemnisation. Faire autrement reviendrait à assujettir les médecins à un régime exceptionnel de responsabilité civile.

En conclusion, en toute déférence pour ceux qui ont exprimé d'autres opinions, je ne crois pas qu'il y a lieu d'incorporer dans le droit civil du Québec, en matière de responsabilité médicale, la théorie de la perte de chance, du moins de la façon dont on la comprend en France et en Belgique. En Cour d'appel, le juge Jacques affirme, sans plus, que la perte de chance est reconnue en common law. J'ai pris note du vigoureux débat qui se déroule aux États-Unis et je ne puis voir de prépondérance de la jurisprudence en faveur de la perte de chance dans ce pays. Au Royaume-Uni, la Chambre des lords a formulé des réserves au sujet de l'analyse fondée sur la perte de chance, mais elle n'a pas encore adopté de position définie sur la possibilité de l'appliquer: *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, [1987] A.C. 750. J'ai aussi pris note de l'arrêt récent de notre Cour *Snell c. Farrell*, précité, qui, à mon avis, confirme les principes traditionnels de causalité bien appliqués.

Pour résumer, je formule les brèves observations générales suivantes:

- Les règles de la responsabilité civile exigent la preuve de la faute, de la causalité et du préjudice.
- Les actes et les omissions peuvent constituer une faute et les deux sont soumis à la même analyse pour ce qui a trait à la causalité.

- Causation in law is not identical to scientific causation.
- Causation in law must be established on the balance of probabilities, taking into account all the evidence: factual, statistical and that which the judge is entitled to presume. a
- 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. b
- Statistical evidence may be helpful as indicative but is not determinative. In particular, where statistical evidence does not indicate causation on the balance of probabilities, causation in law may nonetheless exist where evidence in the case supports such a finding. c
- Even where statistical and factual evidence do not support a finding of causation on the balance of probabilities with respect to particular damage (e.g. death or sickness), such evidence may still justify a finding of causation with respect to lesser damage (e.g. slightly shorter life, greater pain). d
- The evidence must be carefully analyzed to determine the exact nature of the fault or breach of duty and its consequences as well as the particular character of the damage which has been suffered, as experienced by the victim. e
- If after consideration of these factors a judge is not satisfied that the fault has, on his or her assessment of the balance of probabilities, caused any real damage, then recovery should be denied. f
- La causalité en droit n'est pas identique à la causalité scientifique.
- La causalité en droit doit être établie selon la prépondérance des probabilités, compte tenu de toute la preuve, c'est-à-dire la preuve factuelle, la preuve statistique et les présomptions.
- 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.
- Une preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante. Plus précisément, lorsqu'une preuve statistique n'établit pas la causalité selon la prépondérance des probabilités, la causalité en droit peut quand même exister lorsque l'ensemble de la preuve étaye une telle conclusion.
- Même si la preuve statistique et la preuve factuelle ne justifient pas de conclure à l'existence de causalité, selon la prépondérance des probabilités, à l'égard d'un préjudice particulier (c'est-à-dire le décès ou la maladie), ces mêmes preuves peuvent justifier de conclure à l'existence de causalité à l'égard d'un préjudice moindre (par exemple, un léger abrègement de la vie, une augmentation des souffrances).
- Il faut analyser la preuve avec soin pour déterminer la nature exacte de la faute ou du manquement à un devoir et ses conséquences de même que la nature particulière du préjudice subi par la victime.
- Si après considération de ces facteurs, le juge n'est pas convaincu, d'après son évaluation de la prépondérance des probabilités, que la faute a causé un préjudice réel quelconque, il doit rejeter la demande d'indemnisation.

2. Application to the Facts in This Case

I have reviewed the detailed evidence submitted by the parties and have considered the findings of the trial judge. I agree with the majority of the Court of Appeal that the trial judge focussed primarily on the surgical technique employed by the appellant in 1971 rather than on those procedures and treatments which should have been available to the patient had she

2. Application aux faits de l'espèce

J'ai examiné la preuve détaillée soumise par les parties et j'ai analysé les conclusions du juge de première instance. Je souscris à l'avis majoritaire de la Cour d'appel que le juge de première instance s'est concentré surtout sur la technique chirurgicale employée par l'appellant en 1971 plutôt que sur les procédures et les traitements dont aurait pu bénéficier

been appropriately informed and followed up on by her doctor. I cannot, however, endorse the conclusions of the Court of Appeal as to the extent of the damages.

Jacques J.A. bases his award of \$50,000 in damages on the small hope of survival which medical science held out to Mrs. Dupuis had she been informed, followed more closely and consequently treated in a timely and proper fashion. For reasons which I have set out earlier, I do not feel that it is appropriate to focus on the degree of probability of success and to compensate accordingly; it is at least necessary that such a probability, or here, at most, a small possibility, translate into a concrete benefit for the patient which she can be said to have lost as a result of the doctor's fault.

In my view, the evidence amply supports the trial judge's finding that the appellant's fault could not be said to have caused Mrs. Dupuis' death seven years after the first diagnosis of cancer of the breast. Unfortunately, I must agree with the trial judge that all the evidence clearly confirms the stubborn and virulent nature of this disease.

I am less convinced, however, by the judge's implicit findings regarding the pain, anguish and suffering which the appellant's fault allegedly caused to Mrs. Dupuis. I have decided as a matter of law that proper causal analysis requires the judge to examine closely all elements of the damage, and with the greatest respect for the trial judge who was faced with a complex and difficult case, I find it necessary to reconsider his findings in this more narrow respect.

First, I am convinced that Mrs. Dupuis experienced a type of psychological suffering which was directly related to the appellant's failure to inform his patient of her condition. From 1975 until her death, she experienced the horrible rhythms of her disease and the regular and seemingly ineffectual treatments and medications in the knowledge that things might have been different had she known earlier and been treated earlier. Her chances may not have been sufficient for the law, but they were very real to her, no doubt. I

la patiente si elle avait été bien renseignée et suivie par le médecin. Je ne puis cependant accepter les conclusions de la Cour d'appel sur le montant des dommages-intérêts.

Le juge Jacques fixe les dommages-intérêts à 50 000 \$ en raison du mince espoir de survie que la science médicale accordait à M^{me} Dupuis si elle avait été renseignée et suivie de plus près et, par conséquent, traitée à temps et de manière appropriée. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, je ne crois pas qu'il convienne de se concentrer sur le degré de probabilité de réussite et d'accorder l'indemnité en conséquence; il est à tout le moins nécessaire que pareille probabilité ou, comme ici, la mince possibilité, se traduise, pour la patiente, en un avantage concret que, peut-on dire, elle a perdu par la faute du médecin.

À mon avis, la preuve étaye amplement la conclusion du juge de première instance qu'il est impossible d'affirmer que la faute du médecin a causé le décès de M^{me} Dupuis sept ans après le premier diagnostic de cancer du sein. Malheureusement, je dois être d'accord avec le juge de première instance que l'ensemble de la preuve confirme manifestement le caractère malin et tenace de cette maladie.

Je trouve cependant moins convaincantes les conclusions du juge de première instance quant aux souffrances et à l'angoisse que la faute de l'appellant aurait causées à M^{me} Dupuis. Je suis arrivé à la conclusion qu'en droit la bonne analyse du lien causal exige du juge qu'il examine de près tous les éléments du préjudice, et en toute déférence pour le juge de première instance qui était saisi d'une affaire complexe et difficile à trancher, j'estime nécessaire de réexaminer ses conclusions sur ce point plus restreint.

D'abord je suis convaincu que M^{me} Dupuis a enduré une sorte de souffrance psychologique directement reliée à l'omission de l'appellant de la renseigner sur son état. De 1975 jusqu'à son décès, elle a subi l'horrible progression de sa maladie et la régularité et l'inefficacité apparente des traitements et des médicaments, tout en sachant que les choses auraient pu être différentes si elle avait su et si elle avait été traitée plus tôt. Ses chances n'étaient peut-être pas suffisantes en droit, mais elles étaient certainement

think that it was also probable that the pain which she experienced as a result of the advancing disease was all the more distressing given that knowledge. While she was a person who was concerned with her health and prepared to seek the best medical evidence and abide by it, she was denied the opportunity and choice of doing so by reason of the appellant's failure to inform her. This led, for instance, to her continued use of contraception pills which she would have been advised against had her condition been known. I would therefore agree with Vallerand J.A.'s specific recognition of psychological damages, and, given the exceptional nature of this case, I would increase the amount in question to \$10,000.

Furthermore, I am of the view that while the death caused by cancer was not caused by the appellant's failure to follow up on his patient, it is probable that Mrs. Dupuis was denied the benefit of earlier treatment which would have translated into some real improvement in her admittedly terminal condition. I note, for example, that expert witnesses for both parties stated that proper and timely treatment would probably have provided for the patient a better quality of life even in the face of such a malignant condition.

Dr. Jacques Cantin, expert witness for the respondent, stated the following in the course of his testimony:

[TRANSLATION] There is a second aspect to patient follow-up, namely the notion of quality of life.

Certainly, patients have been followed very regularly and die all the same, but if they are properly followed, and recurrences are detected early, the patient may have a better quality of life. I will explain.

If, for example, you have a patient whose first recurrence of the disease is one or two (2) pulmonary metastases, if the problem is taken at the start, when there are two (2) or three (3) small images on the lung, it is an easier problem for us to handle, the situation is not as serious for the patient as if, for example, the patient comes to us with water in her lungs: her quality of life will not be the same. We will prevent her having a lot of problems.

très réelles dans son esprit. Je crois qu'il est aussi probable que les souffrances qu'elle a subies à cause de la progression de la maladie ont été d'autant plus éprouvantes qu'elle avait cette connaissance. Étant une personne préoccupée de sa santé et prête à chercher les meilleurs avis médicaux et à les mettre en pratique, elle a été privée de l'occasion et de la possibilité de le faire à cause de l'omission de l'appelant de la renseigner. Ainsi, elle a continué à prendre des pilules anticonceptionnelles ce qui lui aurait été déconseillé si elle avait connu son état. Je suis donc d'avis d'accepter la reconnaissance précise par le juge Vallerand du préjudice psychologique et, en raison de la nature exceptionnelle de l'espèce, j'augmenterais le montant en question à 10 000 \$.

De plus, j'estime que même si le décès causé par le cancer n'est pas dû à l'omission de l'appelant d'assurer le suivi de sa patiente, il est probable que M^{me} Dupuis a été privée de l'avantage d'un traitement précoce qui aurait signifié pour elle une amélioration réelle de son état certes terminal. Je note, par exemple, que les témoins experts des deux parties ont affirmé qu'un traitement adéquat, administré en temps opportun, aurait probablement procuré à la patiente une meilleure qualité de vie même dans un état aussi grave.

Le Dr Jacques Cantin, témoin expert de l'intimée, affirme dans son témoignage:

Il y a une deuxième dimension au suivi d'un malade. C'est la notion de la qualité de vie.

Il est bien sûr que les malades qui sont suivis très régulièrement et qui vont mourir pareil mais s'ils sont très bien suivis, et que les récidives sont dépistées très tôt, la malade va peut-être avoir une meilleure qualité de vie. Je m'explique.

Si, par exemple, vous avez une malade dont la première manifestation de récidive va être une ou deux (2) métastases pulmonaires, si on prend le problème au début, quand il y a deux (2), trois (3) petites images sur le poumon, c'est un problème plus facile à embarquer pour nous autres, les dimensions pour la malade sont moins grandes que si, par exemple, la malade nous arrive, elle a de l'eau dans les poumons, sa qualité de vie ne sera pas la même. On va lui éviter beaucoup de problèmes.

If, for example, this patient—I suggest it is possible that if we catch it when she only has these small local recurrences, well, the problems that she has are fewer than theoretically if we wait until she has an invasion of the cervical plexus with a Claude Bernard Horner, and the other dimension that I would like to pass on to the judge, it is not true that this will necessarily cure more people, but in any case often the quality of patients' lives at the time they suffer recurrences can be better.

Dr. Roger Poisson, one of the appellant's expert witnesses, was even more confident on this score:

[TRANSLATION] ... [patients] live for several years in a more comfortable way than in the past, without the rate of survival being necessarily improved that much. I think it is mainly ... the quality of life which is improved. ...

... Now, to answer the judge ... it has to be admitted that survival rates in breast cancer ... have unfortunately not improved very much ... and, you know, it is ironic because despite the advance in surgery, radiotherapy and so on ... survival rates unfortunately remain too stable. On the other hand, quality of life has I think improved a great deal.

The improvement in the quality of life may not have been great, but I believe that deprivation of such a real and probable improvement should be recognized and compensated. I believe that \$7,500 would be appropriate for the damage represented by the diminished quality of life which Mrs. Dupuis experienced as a result of the appellant's fault.

V—Disposition

I would allow the appeal in part and order the appellant to pay respondent \$17,500 with interest and the additional indemnity pursuant to art. 1078.1 C.C.L.C. beginning April 1, 1983 and with costs throughout.

Si, par exemple, ce malade-là, je postule comme possible que si on la dépiste quand elle a uniquement ces petites récurrences locales, bien, les problèmes qu'elle a sont moins grands que théoriquement si on attend qu'elle ait un envahissement du plexus cervical avec un Claude Bernard Horner, et l'autre dimension que je veux transmettre à Monsieur le Juge, ce n'est pas juste que ça va nécessairement guérir plus de monde mais c'est que de toute façon, souvent la qualité de vie des malades au moment où ils vont récidiver, va pouvoir être meilleure.

Le Dr Roger Poisson, un des témoins experts de l'appelant, est encore plus optimiste sur ce point:

... [les patientes] vivent plusieurs années d'une façon plus confortable que dans le passé sans que pour ça les survies soient nécessairement tellement améliorées. Je crois que c'est surtout [...] la qualité de vie qui est améliorée ...

... Maintenant, pour répondre à Monsieur le Juge, là [...] il faut avouer que les courbes de survie dans le cancer du sein [...] ont malheureusement assez peu évolué [...] et disons que c'est ironique parce que malgré l'avance de la chirurgie, de la radiothérapie et ainsi de suite [...] les courbes de survie restent malheureusement trop stables. Alors, par contre, en ce qui concerne la qualité de vie je pense que ça s'est beaucoup amélioré.

L'amélioration de la qualité de vie aurait pu ne pas être considérable, mais je crois qu'il faut reconnaître qu'il y a eu privation d'une amélioration à ce point réelle et probable qu'il faut accorder une indemnité à cet égard. Je crois que la somme de 7 500 \$ conviendrait à l'égard du préjudice représenté par la diminution de qualité de vie que M^{me} Dupuis a subie par la faute de l'appelant.

V—Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de condamner l'appelant à payer à l'intimée 17 500 \$ plus les intérêts et l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1078.1 C.c.B.-C. depuis le 1^{er} avril 1983, le tout avec dépens dans toutes les cours.

English version of the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—For the reasons given by Jacques J.A., I agree with the majority of the Court of Appeal that the civil law recognizes that the damage resulting from loss of chance is compensable in this case. Although I would have been inclined to award more modest damages, I do not think that I should substitute my opinion on this question for that of the majority of the Court of Appeal. I would accordingly dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed in part with costs, LA FOREST J. dissenting.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondent: Robinson, Sheppard, Montréal.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Pour les motifs prononcés par le juge Jacques de la Cour d'appel, je suis d'accord avec la majorité de la Cour d'appel que le droit civil reconnaît que le préjudice résultant de la perte d'une chance est indemnisable en l'espèce. Quoique j'aurais été porté à accorder des dommages-intérêts plus modestes, je ne crois pas qu'il y a lieu de substituer mon opinion sur cette question à celle de la majorité de la Cour d'appel. Donc, je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens, le juge LA FOREST étant dissident.

Procureurs de l'appellant: McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Robinson, Sheppard, Montréal.