

John Reibl (Plaintiff) Appellant;

and

Robert A. Hughes (Defendant) Respondent.

1980: June 5; 1980: October 7.

Present: Laskin C.J. and Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

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

Battery — Consent — Disclosure — Endarterectomy to reduce risk of later stroke — Risk of stroke or death during or in aftermath of surgery — Stroke suffered causing paralysis — No disclosure save for advice that possibility of stroke greater without operation — Whether or not consent valid — Whether or not battery.

Physicians and surgeons — Negligence — Duty of care — Disclosure — Causation — Endarterectomy to reduce risk of stroke — Risk of stroke or death during or in aftermath of surgery — Stroke suffered causing paralysis — No disclosure save for advice that possibility of stroke greater without operation — Respondent aware of appellant's concern about the vesting of his pension — Whether or not respondent negligent.

While or immediately after undergoing serious but competently performed surgery, Reibl suffered a massive stroke causing paralysis on the right side of the body and impotence. Stroke, paralysis, or even death, were among the risks attending both this surgery or its aftermath and the patient's refusal to undergo the operation. In answering the patient's query about the possibility of stroke, the surgeon did not inform him of his chance of being paralyzed during or shortly after the operation but stressed that the chances of paralysis were greater if the patient did not undergo surgery. The patient testified that he would have foregone this elective surgery until a lifetime retirement pension had vested in a year and a half, and would have opted for a shorter, normal life rather than a longer one as a cripple. The nature of the information provided by the respondent surgeon and its adequacy in the circumstances were central to the matters considered by the Court.

Reibl, at trial, recovered damages in both battery and negligence, despite his formal consent to the surgery, on the ground that his was not an "informed consent"; he had claimed that he had not been informed of stroke and paralysis as a result of the operation. The Ontario Court

John Reibl (Demandeur) Appelant;

et

Robert A. Hughes (Défendeur) Intimé.

1980: 5 juin; 1980: 7 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Voies de fait — Consentement — Divulgation — Endartériectomie pour réduire le risque d'attaque ultérieure — Risque d'attaque ou de décès pendant ou après l'opération — Attaque causant la paralysie — Aucune divulgation sauf l'avis que le risque d'attaque est supérieur à défaut d'opérer — Consentement valide ou non — Voies de fait ou non.

Médecins et chirurgiens — Négligence — Obligation de diligence — Divulgation — Causalité — Endartériectomie pour réduire le risque d'attaque — Risque d'attaque ou de décès pendant ou après l'opération — Attaque causant la paralysie — Aucune divulgation sauf l'avis que le risque d'attaque est supérieur à défaut d'opérer — Intimé conscient de l'inquiétude de l'appelant au sujet de son droit à une pension — Négligence ou non de l'intimé.

Pendant ou immédiatement après une opération grave mais pratiquée selon les règles de l'art, Reibl a été victime d'un accident cérébro-vasculaire qui l'a laissé paralysé du côté droit et invalide. Le risque d'un accident cérébro-vasculaire, d'une paralysie et même de la mort était présent à la fois pendant l'opération ou après et si le patient refusait de la subir. En répondant aux questions du patient sur le risque d'accident cérébro-vasculaire, le chirurgien ne l'a pas informé des risques de paralysie durant ou après l'opération, mais a souligné que le risque de paralysie était plus grand si le patient ne subissait pas l'opération. En témoignage, le patient a déclaré qu'il aurait renoncé à cette opération facultative jusqu'à ce qu'il ait acquis un droit à une pension à vie un an et demi plus tard, et aurait choisi une vie plus courte et normale de préférence à une vie plus longue d'invalide. La nature des renseignements donnés par le chirurgien intimé et leur suffisance dans les circonstances vont au cœur des questions considérées par la Cour.

En première instance, Reibl a reçu des dommages-intérêts pour voies de fait et négligence malgré son consentement formel à l'opération, parce que son consentement n'était pas un «consentement éclairé»; il a fait valoir qu'il n'avait pas été informé des risques d'accident

of Appeal ordered a new trial on both liability and damages but ruled out battery as a possible ground of liability. Only liability was disputed before this Court. Defendant respondent sought both to hold the judgment in appeal and to vary it by dismissal. The time elapsed since the physical damage was suffered made a new trial undesirable.

Held: The appeal should be allowed.

In the absence of good reasons to order a new trial on liability alone, the proper course was either to restore the judgment at trial on either or both grounds upon which it proceeded or to relieve the defendant respondent of his ability.

The popularization of the term "informed consent" for what was, in essence, a duty of disclosure of certain risks or therapy influenced the retention of battery as a ground of liability, even where there was express consent which was not exceeded. The distinction between situations where a failure of duty of disclosure would support an action of battery and where such failure was indicative of negligence alone was, however, not only difficult to apply but also incompatible with the elements of the cause of action in battery. Such actions, in respect of surgical or other medical treatment, should be confined to those cases where surgery or treatment had been performed or given without any consent or, emergency situations aside, beyond the consent given. This standard comprehended cases where there was misrepresentation of the surgery or treatment for which consent was elicited and a different surgical procedure or treatment was carried out. In situations where it was alleged that attendant risks that should have been disclosed were not communicated to the patient and yet the surgery or other medical treatment carried out was that to which the plaintiff consented (assuming no basis of liability on the ground of negligence), the consent was not vitiated by the failure of disclosure so as to make the surgery or other treatment an unprivileged, unconsented to and intentional invasion of the patient's bodily integrity. In spite of the temptation to say that the genuineness of consent to medical treatment depended on proper disclosure of the risks which it entailed, unless there had been misrepresentation or fraud to secure consent to the treatment, a failure to disclose the attendant risks,

cérébro-vasculaire ou de paralysie résultant de l'opération. La Cour d'appel de l'Ontario a ordonné un nouveau procès tant sur la responsabilité que sur les dommages-intérêts, mais a écarté les voies de fait comme fondement possible de la responsabilité. La responsabilité est la seule question en litige devant cette Cour. Le défendeur intimé cherche à faire confirmer le jugement attaqué et à le faire modifier par le rejet de l'action. Vu le temps écoulé depuis que les dommages corporels sont survenus, un nouveau procès devient indésirable.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

En l'absence de bonnes raisons pour ordonner un nouveau procès sur la seule question de la responsabilité, il faut alors décider si l'on doit rétablir le jugement de première instance sur l'un ou l'autre de ses fondements ou sur les deux, ou s'il faut exonérer le défendeur de toute responsabilité.

La vulgarisation de l'expression «consentement éclairé» pour ce qui est, au fond, un devoir de divulguer certains risques de la chirurgie ou de la thérapie joue un rôle dans la reconnaissance des voies de fait comme fondement de la responsabilité, même lorsqu'il y a eu consentement exprès qu'on n'a pas outrepassé. La distinction entre la situation où un manquement au devoir de divulguer appuie une action fondée sur les voies de fait et celle où ce manquement dénote seulement de la négligence est non seulement difficile à appliquer mais également incompatible avec les éléments du droit d'action pour voies de fait. Les actions relatives à une opération ou à un autre traitement médical devraient être limitées aux cas où l'opération a été pratiquée ou le traitement administré sans aucun consentement ou, exception faite des urgences, si l'on est allé au-delà du consentement donné. Cette norme comprendrait les cas où il y a eu une présentation inexacte de l'opération ou du traitement pour lequel un consentement a été obtenu et une intervention chirurgicale ou un traitement différent. Dans les situations où l'on allègue que les risques que comporte l'opération ou le traitement n'ont pas été divulgués au patient alors qu'ils auraient dû l'être, mais que l'opération pratiquée ou le traitement administré est bien ce à quoi le demandeur a consenti (en présumant que la responsabilité ne peut être fondée sur la négligence), l'omission de divulguer ne vici pas le consentement de sorte que l'opération ou le traitement constitue une atteinte injustifiée, non autorisée et volontaire de l'intégrité physique du patient. Malgré qu'il soit tentant de dire que l'authenticité du consentement à un traitement médical est fonction de la divulgation adéquate des risques qu'il comporte, en l'absence de présentation inexacte ou de fraude pour obtenir le consentement au traitement, l'omission de divulguer les risques que com-

however serious, should go to negligence rather than battery.

When dealing with the standard of disclosure of risks, it would be going too far to say "the manner in which the nature and degree of risk was explained to a particular patient was better left to the judgment of the doctor in dealing with the man before him". To allow expert medical evidence to determine what risks were material and to be disclosed and what risks were not material, would be to hand over to the medical profession the entire question of the duty of disclosure, including whether there was a breach of that duty. Expert medical evidence was, of course, relevant to findings as to risks that resided in or were a result of recommended surgery or other treatment. Testing the standard of disclosure of risks by expert medical evidence was not determinative because the patient could have expressed concerns to the doctor which the doctor would be obliged to meet in a reasonable way. What the doctor knew or should have known that the particular patient deemed relevant to a decision whether or not to undergo prescribed treatment went equally to his duty of disclosure as did the material risks recognized as a matter of required medical knowledge. The materiality of non-disclosure of certain risks to an informed decision was a matter for the trier of fact—a matter on which there would be probably medical evidence but also other evidence from the patient or other member of his family.

On the issue of causation, the Court considered objectively how far the balance in the risks of surgery or no surgery was in favour of undergoing surgery. The failure of proper disclosure pro and con and any special considerations affecting the particular patient became very material. Merely because medical evidence established the reasonableness of a recommended operation did not mean that a reasonable person in the patient's position would necessarily agree to it if proper disclosure had been made of the risks attendant upon it, balanced by those against it. The patient's particular situation and the degree to which the risk of surgery or no surgery were balanced would reduce the force, on objective appraisal, of the surgeon's recommendation. In deciding what decision a reasonable person in the patient's position would have made, the patient's particular position should be considered objectively and not subjectively.

Here, a reasonable person in the plaintiff's position would, on the balance of probabilities, have opted

porte l'opération quelle que soit leur importance, devrait relever de la négligence et non des voies de fait.

Quant à la norme de divulgation des risques, ce serait aller trop loin de dire qu'il est préférable de laisser à la discrétion du médecin la façon d'expliquer à un patient donné la nature et le degré de risque que comporte l'intervention». Permettre que les témoignages des médecins experts déterminent quels sont les risques importants et, donc, ceux à divulguer et quels risques ne sont pas importants, équivaut à confier à la profession médicale toute la question de la portée du devoir de divulguer, y compris celle de savoir s'il y eut manquement à ce devoir. Bien sûr, les témoignages des médecins experts sont pertinents aux conclusions sur les risques inhérents à l'opération ou autre traitement envisagé, ou qui en résultent. Mettre à l'épreuve des experts médicaux la divulgation des risques n'est pas concluant parce que le patient peut avoir exprimé des inquiétudes au médecin et ce dernier est tenu d'y répondre de façon raisonnable. Le devoir de divulgation du médecin s'applique aussi bien à ce qu'il sait ou devrait savoir qu'un certain patient considère pertinent à la décision de subir ou non le traitement prescrit, qu'aux risques importants que les connaissances médicales requises permettent d'identifier. L'importance de la non-divulgation de certains risques sur le consentement éclairé est une question qui relève de l'arbitre des faits, question sur laquelle il y aura probablement des témoignages de médecins mais également d'autres témoignages, dont celui du patient ou de membres de sa famille.

Sur la question de causalité, la Cour s'est demandé objectivement dans quelle mesure la prépondérance des risques de l'opération sur ceux de l'absence d'opération pèse en faveur de l'intervention chirurgicale. Le défaut de bien divulguer le pour et le contre et toute considération spéciale touchant un patient donné deviennent très pertinents. Ce n'est pas parce que la preuve médicale établit le caractère raisonnable de l'opération envisagée qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient accepterait nécessairement de la subir, si on lui divulguait de façon adéquate les risques que comporte l'opération comparés aux risques de ne pas la subir. La situation particulière du patient et l'équilibre des risques que présente l'opération ou l'absence d'opération réduiraient, dans une évaluation objective, l'effet de la recommandation du chirurgien. En décidant quelle décision aurait prise une personne raisonnable placée dans la situation du patient, la situation particulière du patient doit être considérée objectivement et non subjectivelement.

En l'espèce, une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur aurait, suivant la prépondérance

against the surgery rather than undergoing it at the particular time.

Hopp v. Lepp, [1980] 2 S.C.R. 192; *Kelly v. Hazlett* (1976), 15 O.R. (2d) 290; *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92, considered.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, ordering a new trial on both liability and damages. Appeal allowed.

D. W. Goudie, Q.C., for the plaintiff, appellant.

D. K. Laidlaw, Q.C., and *C. L. Campbell, Q.C.*, for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The plaintiff appellant, then 44 years of age, underwent serious surgery on March 18, 1970 for the removal of an occlusion in the left internal carotid artery, which had prevented more than a fifteen per cent flow of blood through the vessel. The operation was competently performed by the defendant respondent, a qualified neurosurgeon. However, during or immediately following the surgery the plaintiff suffered a massive stroke which left him paralyzed on the right side of his body and also impotent. The plaintiff had, of course, formally consented to the operation. Alleging, however, that his was not an "informed consent", he sued for damages and recovered on this ground in both battery and negligence. The trial judge, Haines J., awarded a global sum of \$225,000.

A majority of the Ontario Court of Appeal ordered a new trial on both liability and damages. Speaking through Brooke J.A. (Blair J.A. concurring) the Court ruled out battery as a possible ground of liability on the facts of the case. Jessup J.A., dissenting in part, would have ordered a new trial on damages alone, accepting the judgment at trial on liability.

des probabilités, choisi de ne pas subir l'opération à ce moment particulier.

Jurisprudence: Arrêts examinés: *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Kelly v. Hazlett* (1976), 15 O.R. (2d) 290; *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹, qui a ordonné un nouveau procès tant sur la responsabilité que sur les dommages-intérêts. Pourvoi accueilli.

D. W. Goudie, c.r., pour le demandeur, appellant.

D. K. Laidlaw, c.r., et *C. L. Campbell, c.r.*, pour le défendeur, intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le demandeur appellant, alors âgé de 44 ans, a subi une intervention chirurgicale grave le 18 mars 1970 pour faire supprimer une obstruction à l'artère carotide interne gauche, qui avait réduit à quinze pour cent la circulation sanguine dans le vaisseau. L'opération a été pratiquée selon les règles de l'art par le défendeur intimé, un neurochirurgien compétent. Cependant, au cours de l'opération ou immédiatement après, le demandeur a été victime d'un accident cérébro-vasculaire qui l'a laissé paralysé du côté droit et invalide. Le demandeur avait, bien sûr, consenti formellement à l'opération. Toutefois, il a introduit une action en dommages-intérêts fondée sur la négligence et les voies de fait, alléguant que son consentement n'était pas un «consentement éclairé». En première instance, le juge Haines lui a accordé une indemnité globale de \$225,000.

La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a ordonné un nouveau procès tant sur la responsabilité que sur les dommages-intérêts. Par la voix du juge Brooke (aux motifs duquel le juge Blair a souscrit), la Cour a écarté les voies de fait comme fondement possible de la responsabilité, compte tenu des faits. Le juge Jessup, dissident en partie, aurait ordonné un nouveau procès sur la seule question des dommages-intérêts, acceptant le jugement de première instance sur la responsabilité.

¹ (1978), 89 D.L.R. (3d) 112, (1978), 21 O.R. (2d) 14.

¹ (1978), 89 D.L.R. (3d) 112, (1978), 21 O.R. (2d) 14.

On the hearing of the appeal by this Court, leave to come here having been obtained by the plaintiff, counsel for the defendant respondent agreed to accept the award of damages and limited his contestation to liability, seeking not only to hold the judgment in appeal but a "variation" thereof by way of dismissal of the action. Although, strictly speaking, the claim for a variation should have been made the subject of a cross-appeal, counsel for the appellant took no objection and I see no reason why I should not regularize the claim for dismissal *nunc pro tunc*. Indeed, neither counsel wished to have a new trial, an understandable position when the physical damage suffered took place more than ten years ago. Unless, therefore, there are good reasons to support the order for a new trial on liability alone, the proper course is to determine whether to restore the judgment at trial on either or both grounds upon which it proceeded or whether the defendant should be relieved of liability.

It is now undoubted that the relationship between surgeon and patient gives rise to a duty of the surgeon to make disclosure to the patient of what I would call all material risks attending the surgery which is recommended. The scope of the duty of disclosure was considered in *Hopp v. Lepp*², at p. 210, where it was generalized as follows:

In summary, the decided cases appear to indicate that, in obtaining the consent of a patient for the performance upon him of a surgical operation, a surgeon, generally, should answer any specific questions posed by the patient as to the risks involved and should, without being questioned, disclose to him the nature of the proposed operation, its gravity, any material risks and any special or unusual risks attendant upon the performance of the operation. However, having said that, it should be added that the scope of the duty of disclosure and whether or not it has been breached are matters which must be decided in relation to the circumstances of each particular case.

The Court in *Hopp v. Lepp, supra*, also pointed out that even if a certain risk is a mere possibility which ordinarily need not be disclosed, yet if its occurrence carries serious consequences, as for

A l'audition du pourvoi par cette Cour, suite à l'autorisation d'interjeter appel obtenue par le demandeur, l'avocat du défendeur intimé a consenti à accepter l'indemnité accordée et à limiter sa contestation à la responsabilité, cherchant non seulement à faire confirmer le jugement attaqué mais à le faire «modifier» par le rejet de l'action. Bien que, strictement parlant, la demande de modification eût dû faire l'objet d'un pourvoi incident, l'avocat de l'appelant ne s'y est pas opposé et je ne vois pas pourquoi je ne régulariserais pas cette demande de rejet *nunc pro tunc*. En fait, ni l'un ni l'autre des avocats ne désirent un nouveau procès, ce qui se comprend bien puisqu'il s'est écoulé plus de dix ans depuis que les dommages corporels sont survenus. Donc, à moins que de bonnes raisons n'appuient l'ordonnance de nouveau procès sur la seule question de la responsabilité, il faut alors décider si l'on doit rétablir le jugement de première instance sur l'un ou l'autre de ses fondements ou sur les deux, ou s'il faut exonérer le défendeur de toute responsabilité.

Il n'y a plus de doute maintenant que la relation entre un chirurgien et son patient fait naître chez le chirurgien le devoir de divulguer au patient ce que j'appellerai tous les risques importants que présente l'opération recommandée. La portée du devoir de divulguer a été examinée dans l'arrêt de cette Cour *Hopp c. Lepp*², à la p. 210; elle y est énoncée comme suit:

En résumé, la jurisprudence indique qu'en obtenant le consentement d'un patient à une opération chirurgicale sur sa personne, un chirurgien doit, généralement, répondre aux questions précises que lui pose le patient sur les risques courus et doit, sans qu'on le questionne, lui divulguer la nature de l'opération envisagée, sa gravité, tous risques importants et tous risques particuliers ou inhabituels que présente cette opération. Cependant, ceci dit, il faut ajouter que l'étendue du devoir de divulguer et la question de savoir s'il y a eu manquement sont des questions qu'il faut décider en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier.

Dans l'arrêt *Hopp c. Lepp*, précité, la Cour a également fait remarquer que même si un certain risque ne constitue qu'une simple possibilité qu'il n'est généralement pas nécessaire de divulguer, on

² [1980] 2 S.C.R. 192.

[1980] 2 R.C.S. 192.

example, paralysis or even death, it should be regarded as a material risk requiring disclosure.

In the present case, the risk attending the surgery or its immediate aftermath was the risk of a stroke, of paralysis and, indeed, of death. This was, without question, a material risk. At the same time, the evidence made it clear that there was also a risk of a stroke and of resulting death if surgery for the removal of the occlusion was refused by the patient. The delicacy of the surgery is beyond question, and its execution is no longer in any way faulted. (I would note here that in this Court no issue was raised as to the adequacy of post-operative care.) How specific, therefore, must the information to the patient be, in a case such as this, to enable him to make an "informed" choice between surgery and no surgery? One of the considerations weighing upon the plaintiff was the fact that he was about a year and a half away from earning a lifetime retirement pension as a Ford Motor Company employee. The trial judge noted (to use his words) that "due to this tragedy befalling him at the time it did, he was not eligible for certain extended disability benefits available under the collective agreement between the Ford Motor Company of Canada, Limited and its hourly employees of ten years' standing". At the time of the operation, the plaintiff had 8.4 years' service with his employer. He stated in his evidence that if he had been properly informed of the magnitude of the risk involved in the surgery he would have elected to forego it, at least until his pension had vested and, further, he would have opted for a shorter normal life than a longer one as a cripple because of the surgery. Although elective surgery was indicated for the condition from which the plaintiff suffered, there was (as the trial judge found) no emergency in the sense that immediate surgical treatment was imperative.

doit le considérer comme un risque important qu'il faut divulguer, si sa réalisation entraîne des conséquences graves, par exemple, la paralysie ou la mort.

En l'espèce, l'opération ou ses suites présentaient le risque d'un accident cérébro-vasculaire, d'une paralysie et même de la mort. C'était, sans aucun doute, un risque important. Par ailleurs, il ressort clairement de la preuve que si le patient refusait l'opération pour supprimer l'obstruction, il risquait également de subir un accident cérébro-vasculaire pouvant entraîner la mort. Il ne fait aucun doute que cette opération est très délicate et on ne prétend plus du tout qu'elle a été pratiquée incorrectement. (Je ferais remarquer que la question de la suffisance des soins postopératoires n'a pas été soulevée devant cette Cour.) Donc, dans une situation telle la présente, jusqu'où doit aller la précision des renseignements pour permettre au patient de faire un choix «clairé» sur la question de savoir s'il doit subir l'opération ou refuser de la subir? Un des facteurs importants pour le demandeur était le fait qu'il ne restait environ qu'un an et demi à courir pour qu'il ait droit à une pension à vie en tant qu'employé de Ford Motor Company. Le juge de première instance a fait remarquer (pour reprendre ses paroles) que [TRADUCTION] «à cause de la tragédie dont il a été victime à ce moment précis, il ne peut recevoir certaines indemnités pour incapacité prolongée prévues par la convention collective entre Ford Motor Company of Canada Limited et ses employés payés à l'heure ayant dix ans d'ancienneté». Au moment de l'opération, le demandeur travaillait pour son employeur depuis 8.4 ans. Il a déclaré dans son témoignage que, si on l'avait bien renseigné sur l'ampleur du risque que présentait l'opération, il aurait décidé de ne pas la subir, du moins pas avant d'avoir droit à sa pension et, de plus, il aurait choisi une vie normale plus courte de préférence à une vie plus longue d'invalidité à cause de l'opération. Bien qu'une intervention chirurgicale facultative ait été indiquée dans l'état du demandeur, il n'y avait (comme l'a conclu le juge de première instance) aucune urgence nécessitant un traitement chirurgical immédiat.

This brings me back to the question of the nature of the information provided by the respondent surgeon to the plaintiff and its adequacy in the circumstances. I will deal, in turn, with (1) the findings and conclusion of the trial judge on this issue; (2) whether, even on his findings, there was a basis for imposing liability for battery; (3) the assessment made by the Court of Appeal in ordering a new trial; (4) the evidence in the case, which consisted, in support of the plaintiff's case, mainly of the testimony of the plaintiff and of two neurosurgeons, Dr. Irving Schacter and Dr. Robert Elgie, and portions of the examination for discovery of the defendant and, in support of the defendant's case, the testimony of the defendant and of a neurosurgeon, Dr. William Lougheed, who were the only two witnesses called for the defendant; (5) the duty of disclosure and review of the findings below and (6) whether causation was established.

1. The Findings of the trial judge

The trial judge approached the question of proper disclosure of the attendant risks by first defining the scope of the duty of disclosure. He said this:

In respect of a claim in negligence, the issue of informed consent to treatment is a concomitant of the physician's duty of care. A surgeon's duty to exercise due skill and care in giving his patient reasonable information and advice with respect to the risks specifically attendant on a proposed operative procedure arises out of the special relationship between them. It is a particular case of the duty which is cast on professional persons in a fiduciary position called upon specifically or by implication to give information or advice to a client intending and entitled to rely on his statements to determine his course: *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Kenny v. Lockwood* [1937] O.R. 142. That duty does not require warning the patient of the dangers incident to or possible in any surgical procedure, such as the dangers of anaesthesia or the risk of infection, matters which men of ordinary knowledge are presumed to appreciate. It relates to the specific risks within the surgeon's knowledge peculiar to the contemplated treatment. The scope of this professional duty of care is defined by the evaluation of a variety of inter-related factors which bear uniquely on each case, factors such as the presence of an emergency requiring immediate

Cela me ramène à la question de la nature des renseignements donnés par le chirurgien intimé au demandeur et leur suffisance dans les circonstances. J'examinerai tour à tour, (1) les constatations et la conclusion du juge de première instance sur cette question; (2) la question de savoir si, vu ses constatations, la conclusion de responsabilité pour voies de fait était fondée; (3) l'évaluation faite par la Cour d'appel pour ordonner un nouveau procès; et (4) la preuve en l'espèce qui, à l'appui des prétentions du demandeur, comprend principalement son témoignage et celui de deux neurochirurgiens, les Dr Irving Schacter et Robert Elgie, et des extraits de l'interrogatoire préalable du défendeur et, à l'appui des arguments du défendeur, comprend son témoignage et celui d'un neurochirurgien, le Dr William Lougheed, les deux seuls témoins cités par le défendeur; (5) le devoir de divulguer et l'examen des conclusions des cours d'instance inférieure et (6) la question de savoir si le lien de causalité a été établi.

1. Les constatations du juge de première instance

Le juge de première instance a abordé la question de la divulgation adéquate des risques que comporte l'opération en précisant tout d'abord la portée du devoir de divulguer. Il a dit:

[TRADUCTION] Relativement à une réclamation fondée sur la négligence, la question du consentement éclairé à un traitement est concomitante de l'obligation de diligence du médecin. L'obligation de compétence et de prudence du chirurgien qui informe et conseille suffisamment son patient sur les risques particuliers que présente l'intervention chirurgicale envisagée, découle de la relation qui existe entre eux. C'est un exemple particulier du devoir imposé aux membres des professions libérales qui sont placés dans une situation fiduciaire et sont appelés, expressément ou implicitement, à fournir des renseignements ou des conseils à un client qui désire être guidé dans sa décision et qui a le droit de l'être: *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Kenny v. Lockwood*, [1937] O.R. 142. Ce devoir n'exige pas que l'on informe le patient des dangers inhérents ou possibles que présente toute intervention chirurgicale, tels les dangers de l'anesthésie, le risque d'infection, questions dont toute personne raisonnable est présumée consciente. Il concerne les risques précis connus du chirurgien et propres au traitement envisagé. La portée de ce devoir professionnel de diligence est déterminée par l'évaluation de nombreux facteurs intimement liés dont

treatment; the patient's emotional and intellectual make-up, and his ability to appreciate and cope with the relevant facts; the gravity of the known risks, both in terms of their likelihood and the severity of this realization. The difficulty evident for the independent evaluation of these factors by a lay tribunal has caused the law of this jurisdiction to leave the definition of the scope of this duty in any particular case a matter essentially of medical judgment, one to be determined by the court on the basis of expert medical evidence.

The trial judge then proceeded to make his findings, as follows:

I find, on the basis of the expert evidence of Doctors Schacter and Elgie, that in the circumstances of this case, the duty of the surgeon as defined by accepted general practice in the neurosurgical community was to explain to the patient the problem presented by stenosis [that is, narrowing] in such an artery, and because of the serious possible complications to the central nervous system, to do his best to explain to the patient the specific risks inherent in arterial surgery of this kind, with sufficient attention to anatomical and statistical detail to import to the patient an understanding of the degree of risk which he faced of either dying as a result of the operation or of suffering a stroke that might leave him disabled. It was further the duty of the surgeon in these circumstances to explain to the patient the risks of continuing without surgery. The choice whether to proceed was then one which the patient would make for himself, armed, albeit, with what both experts agreed would be the surgeon's recommendation to proceed, but aware, nevertheless, that for good reason there was an acceptable option to forego the procedure.

The duty of which I speak is not one which in the circumstances was difficult to execute. As I have indicated, the plaintiff is an intelligent man and fully capable of following a simple but sufficient explanation of the risk he was being asked to undertake. I am satisfied had Dr. Hughes said to the plaintiff calling him in and a sketch if necessary to clarify his meaning—"I propose to remove a partial plug in an artery a few inches from your brain. There is a risk that as a result a fragment of tissue may slip into your brain and if it does, you have a 4 per cent chance of dying and a further 10 per cent chance of having a stroke", there is no question the plaintiff would flatly have refused. The plaintiff was entitled to know that risk and the defendant owed a duty to disclose it to him. I am left with no doubt, after evaluating the testimony of the plaintiff and

l'importance est particulière à chaque cas, comme une urgence exigeant un traitement immédiat, le tempérament et le niveau intellectuels du patient, sa capacité d'apprécier les faits pertinents et de s'y adapter, la gravité des risques connus, selon à la fois leur probabilité et leur intensité s'ils se réalisent. La difficulté évidente qu'éprouve un tribunal non spécialisé à évaluer lui-même ces facteurs, a fait qu'en ce domaine du droit, on a laissé la détermination de la portée de ce devoir dans chaque cas particulier au jugement médical, question que les cours doivent trancher en se fondant sur le témoignage de médecins experts.

Le juge de première instance a ensuite tiré les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] Compte tenu des témoignages des experts, les Dr Schacter et Elgie, je suis d'avis que, dans les circonstances de l'espèce, le devoir du chirurgien, défini par la pratique générale reconnue dans la collectivité neurochirurgicale, consistait à expliquer au patient le problème que présentait la sténose [soit le rétrécissement] de cette artère et, en raison des graves complications possibles pour le système nerveux central, à expliquer le mieux possible au patient les risques précis inhérents à ce type de chirurgie artérielle, en fournissant suffisamment de données anatomiques et statistiques pour permettre au patient de comprendre l'importance du risque qu'il courait, soit de mourir des suites de l'opération soit d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire qui pourrait le rendre invalide. Dans ces circonstances, le chirurgien devait également expliquer au patient les risques que comportait le refus de subir l'opération. La décision face à l'opération relevait alors du patient qui, les experts l'ont reconnu, armé de la recommandation du chirurgien de subir l'opération, serait néanmoins conscient que, pour un bon motif, il lui était possible d'y renoncer.

Il n'était pas difficile, dans les circonstances, de s'acquitter du devoir dont je parle. Comme je l'ai fait remarquer, le demandeur est un homme intelligent et tout à fait capable de suivre une explication simple mais suffisante du risque qu'on lui demandait de prendre. Je suis convaincu que si le Dr Hughes avait fait venir son patient et lui avait dit, se servant d'un croquis explicatif au besoin—«J'ai l'intention de supprimer une obstruction partielle dans une artère à quelques pouces de votre cerveau. Il se pourrait que, par suite de cette intervention, un fragment de tissus pénètre dans votre cerveau et, dans ce cas, vous avez 4 pour cent de chances de mourir et 10 pour cent d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire», il ne fait aucun doute que le demandeur aurait catégoriquement refusé. Le demandeur avait le droit de connaître ce risque et le défendeur avait le

his wife, and that of the defendant, as well as the relevant portions of the transcript of the defendant's examination for discovery that the defendant fell short in his performance of this duty in two material respects. First, I find that although the defendant did impart to the plaintiff an understanding of the mechanics of the operation, to the extent that the plaintiff was made aware that pluggage was to be surgically removed from an artery leading to his brain, the defendant did not take sufficient care to communicate to the plaintiff the purpose of the operation. I find that as a result the plaintiff was probably left with the misunderstanding that the operation was being undertaken to alleviate his headaches and hypertension and to permit him to function effectively at his job. Further, and most importantly, I find that the defendant did not take sufficient care to convey to the plaintiff and assure that the plaintiff understood the gravity, nature and extent of risks specifically attendant on the endarterectomy, in particular the risk that as a result of the operation he could die or suffer a stroke of varying degrees of severity. The defendant's evidence on this issue suffers from the understandable inconsistencies and vagueness that the passage of six and one-half years of time will import. What, on balance, I take from his evidence however is that he informed the plaintiff that he would be better off to have the operation than not. At best, the ambiguity of his language I find was such that it would likely convey, even to a patient whose command of English was more perfect than was the plaintiff's, the understanding that the single relevant area of concern was the relative likelihood of a healthy existence in the coming years with, as opposed to without, the surgery. I find that he did not address with the attention required of him the specific risks of an adverse result of the operation itself. The plaintiff was left with the impression that the operation carried no risks of consequence, other than those incidental to any surgical procedure. I find further, that as a result of the defendant's breach of duty, the plaintiff gave his assent to the performance of the operation, an assent which I am convinced from the evidence he would not have given had the defendant's aforesaid duty not been performed in the negligent manner which I have described.

For the reasons above stated, I am also of the view that the defendant is liable in battery.

2. Liability for Battery

In my opinion, these findings do not justify the imposition of liability for battery. The popularization of the term "informed consent" for what is, in

devoir de le lui divulguer. Je n'ai aucun doute, après avoir évalué les témoignages du demandeur et de son épouse, celui du défendeur de même que les extraits pertinents de l'interrogatoire préalable du défendeur, que le défendeur a manqué à son devoir à deux points de vue importants. Tout d'abord, je conclus que, bien qu'il ait fait comprendre la marche de l'opération au demandeur de sorte que celui-ci savait qu'on allait pratiquer une opération pour supprimer l'obstruction d'une artère menant au cerveau, le défendeur n'a pas suffisamment expliqué au demandeur le but de l'opération. Par conséquent, je conclus que le demandeur a probablement été laissé sous la fausse impression que l'opération visait à soulager ses maux de tête, à réduire sa tension artérielle et à lui permettre de travailler normalement. De plus, et ce qui est plus important, je suis d'avis que le défendeur ne s'est pas suffisamment soucié de faire comprendre au demandeur, et de s'assurer qu'il avait compris la gravité, la nature et l'étendue des risques précis que comporte l'endartériectomie, en particulier le risque de décès ou d'accident cérébro-vasculaire plus ou moins grave que peut entraîner l'opération. Le témoignage du défendeur sur cette question présente les incohérences et les imprécisions compréhensibles que le passage de six ans et demi ne manque pas de produire. Tout bien considéré, je retiens de son témoignage qu'il a dit au demandeur qu'il serait préférable qu'il subisse l'opération. En mettant les choses au mieux, je suis d'avis que l'ambiguité de ses explications était telle qu'elle était susceptible de laisser croire, même à un patient qui maîtrise mieux la langue anglaise que le demandeur, que le seul facteur important était la probabilité relative d'une vie en bonne santé dont il jouirait au cours des prochaines années grâce à l'opération et dont il se priverait en y renonçant. Je suis d'avis qu'il n'a pas expliqué avec toute l'attention qu'il devait les risques précis que pouvait entraîner l'échec de l'opération. Le demandeur a donc eu l'impression que l'opération ne comportait aucun risque important, sauf les risques inhérents à toute intervention chirurgicale. Je conclus également que c'est par suite de la violation du devoir du défendeur que le demandeur a consenti à subir l'opération et je suis convaincu, compte tenu de la preuve, qu'il n'aurait pas donné ce consentement n'eût été la négligence susmentionnée du défendeur dans l'exécution de son devoir.

Pour ces motifs, je suis également d'avis que le défendeur est responsable de voies de fait.

2. La responsabilité pour voies de fait

A mon avis, ces constatations ne justifient pas la conclusion de responsabilité pour voies de fait. La vulgarisation de l'expression «consentement

essence, a duty of disclosure of certain risks of surgery or therapy appears to have had some influence in the retention of battery as a ground of liability, even in cases where there was express consent to such treatment and the surgeon or therapist did not go beyond that to which consent was given. It would be better to abandon the term when it tends to confuse battery and negligence. Haines J., the trial judge, adopted the distinction drawn by Morden J., as he then was, in *Kelly v. Hazlett*³ between situations where a failure in the duty of disclosure would support an action of battery and where such a failure is indicative of negligence alone. Morden J. said this at pp. 312-13:

It appears to me that it is reasonable to look at the matter of informed consent, as far as an alleged battery is concerned, from the point of view of what information was communicated. If the basic nature and character of the operation performed is substantially that of which the plaintiff was advised, and then agreed to, then there has not been an unconsented to invasion of the person of the plaintiff, regardless of any failure to disclose any collateral risks flowing from the operation. However, such failure, if it can be shown to have resulted in damage to the patient, and was not justified by reasonable medical considerations, may properly be subject-matter for a claim based on negligence.

However, it has to be recognized that this test has both its practical and, perhaps, its policy frailties. In some cases it may be difficult to distinguish, and separate out, the matter of consequential or collateral risks from the basic nature and character of the operation or the procedure to be performed. This may possibly have been the case in *Halushka v. University of Saskatchewan* [(1965), 53 D.L.R. (2d) 436]. The more probable the risk the more it could be said to be an integral feature of the nature and character of the operation. Further, even if a risk is truly collateral, but still material, it could be said that its disclosure is so essential to an informed decision to undergo the operation that lack of such disclosure should vitiate the consent.

That judge said earlier in his reasons (at p. 310) that "The issue of 'informed' consent can arise in both battery and negligence cases: with respect to

éclairé» pour ce qui est, au fond, un devoir de divulguer certains risques de la chirurgie ou de la thérapie paraît avoir joué un certain rôle dans la reconnaissance des voies de fait comme fondement de la responsabilité, même lorsqu'il y a eu consentement exprès au traitement et que le chirurgien ou le thérapeute a agi dans le cadre du consentement donné. Il serait préférable d'abandonner l'expression lorsqu'elle tend à confondre voies de fait et négligence. Le juge Haines en première instance a adopté la distinction faite par le juge Morden, tel était alors son titre, dans l'arrêt *Kelly v. Hazlett*³ entre la situation où un manquement au devoir de divulguer appuie une action fondée sur les voies de fait et celle où ce manquement dénote seulement de la négligence. Le juge Morden s'est exprimé comme suit aux pp. 312 et 313:

[TRADUCTION] A mon sens, il est raisonnable d'examiner la question du consentement éclairé, pour ce qui est des allégations de voies de fait, sous l'angle des renseignements donnés. Si la nature et le caractère mêmes de l'opération pratiquée sont en substance ce qui avait été recommandé au demandeur et ce à quoi il a consenti, alors il n'y a pas eu atteinte à la personne du demandeur sans son consentement, indépendamment de toute omission de divulguer les risques indirects qu'entraîne l'opération. Toutefois, si l'on peut établir que cette omission a causé un préjudice au patient et qu'aucun motif médical raisonnable ne la justifiait, elle peut faire l'objet d'une réclamation fondée sur la négligence.

Toutefois, il faut reconnaître que ce critère présente des faiblesses aussi bien théoriques que pratiques. Dans certains cas, il sera difficile de distinguer et de dissocier la question des risques consécutifs ou indirects de la nature et du caractère mêmes de l'opération ou de l'intervention prévue. C'était peut-être la situation dans *Halushka v. University of Saskatchewan* [(1965), 53 D.L.R. (2d) 436]. Plus le risque est probable plus l'on peut dire qu'il fait partie intégrante de la nature et du caractère de l'opération. De plus, même si un risque est réellement indirect, tout en étant important, on peut dire que sa divulgation est à ce point essentielle à une décision éclairée de subir l'opération que le défaut de le divulguer vici le consentement.

Ce juge avait dit plus tôt dans ses motifs (à la p. 310) que [TRADUCTION] «la question du consentement «éclairé» peut se présenter à la fois dans les

³ (1976), 15 O.R. (2d) 290.

³ (1976), 15 O.R. (2d) 290.

the former a lack of proper information communicated by the doctor to the patient can vitiate an apparent consent while, with respect to the latter, failure to see to it that the patient is properly advised can amount, in certain circumstances, to an act of negligence".

I find the attempted distinction not only very difficult of application but also as incompatible with the elements of the cause of action in battery. The tort is an intentional one, consisting of an unprivileged and unconsented to invasion of one's bodily security. True enough, it has some advantages for a plaintiff over an action of negligence since it does not require proof of causation and it casts upon the defendant the burden of proving consent to what was done. Again, it does not require the adducing of medical evidence, although it seems to me that if battery is to be available for certain kinds of failure to meet the duty of disclosure there would necessarily have to be some such evidence brought before the Court as an element in determining whether there has been such a failure.

The well-known statement of Cardozo J. in *Schloendorff v. Society of New York Hospital*⁴, at pp. 129-30 and at p. 93 respectively, that "Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages" cannot be taken beyond the compass of its words to support an action of battery where there has been consent to the very surgical procedure carried out upon a patient but there has been a breach of the duty of disclosure of attendant risks. In my opinion, actions of battery in respect of surgical or other medical treatment should be confined to cases where surgery or treatment has been performed or given to which there has been no consent at all or where, emergency situations aside, surgery or treatment has been performed or given beyond

actions fondées sur les voies de fait et dans celles fondées sur la négligence: pour les premières, le défaut du médecin de donner des renseignements suffisants à son patient peut vicier le consentement apparent, alors que, pour les dernières, l'omission de s'assurer qu'un patient est bien informé peut équivaloir, dans certaines circonstances, à un acte de négligence».

La distinction qu'on a voulu faire est, à mon avis, non seulement d'application très difficile mais également incompatible avec les éléments du droit d'action pour voies de fait. L'acte délictuel est intentionnel, puisque c'est une atteinte injustifiée et non autorisée à la sécurité physique d'une personne. Il est vrai qu'elle offre à un demandeur certains avantages dont il ne bénéficie pas dans une action fondée sur la négligence puisqu'elle n'exige pas la preuve de la causalité et qu'elle impose au défendeur l'obligation de prouver qu'il y a eu consentement à ce qui a suivi. Ici encore la preuve médicale n'est pas nécessaire, bien qu'il me semble que si l'on invoque les voies de fait lorsqu'il y a eu certains manquements au devoir de divulguer, il faudrait qu'une preuve de cette nature soit faite devant le tribunal pour lui permettre de décider s'il y a eu un tel manquement.

Dans l'arrêt *Schloendorff v. Society of New York Hospital*⁴, aux pp. 129 et 130 et à la p. 93 respectivement, le juge Cardozo a déclaré que [TRADUCTION] «tout être humain adulte et sain d'esprit a le droit de décider ce que doit subir son propre corps; un chirurgien qui pratique une opération sans le consentement de son patient commet des voies de fait pour lesquelles il est possible de dommages-intérêts». On ne peut étendre la portée de cette déclaration bien connue au-delà de sa teneur littérale pour appuyer une action fondée sur les voies de fait lorsqu'un patient a consenti à subir l'intervention chirurgicale pratiquée sur lui, mais qu'il y a eu violation du devoir de divulguer les risques qu'elle comportait. A mon avis, les actions fondées sur les voies de fait relatives à une opération ou à un autre traitement médical devraient être limitées aux cas où l'opération a été pratiquée ou le traitement administré sans aucun consentement.

⁴ (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.

⁴ (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.

that to which there was consent.

This standard would comprehend cases where there was misrepresentation of the surgery or treatment for which consent was elicited and a different surgical procedure or treatment was carried out. See, for example, *Marshall v. Curry*⁵ (consent given to operation to cure hernia; doctor removes patient's testicle; action in battery); *Murray v. McMurchy*⁶ (consent given to a caesarian operation; doctor goes on and sterilizes the patient; doctor liable for trespass to the person); *Mulloy v. Hop Sang*⁷ (doctor told to repair hand and not to amputate; performs amputation; held liable in trespass); *Winn v. Alexander and the Soldiers' Memorial Hospital*⁸ (consent given to caesarian; doctor goes further and sterilizes the patient); *Schweizer v. Central Hospital et al.*⁹ (patient consented to operation on his toe; doctor operated on back instead (spinal fusion); doctor liable for trespass to the person).

In situations where the allegation is that attendant risks which should have been disclosed were not communicated to the patient and yet the surgery or other medical treatment carried out was that to which the plaintiff consented (there being no negligence basis of liability for the recommended surgery or treatment to deal with the patient's condition), I do not understand how it can be said that the consent was vitiated by the failure of disclosure so as to make the surgery or other treatment an unprivileged, unconsented to and intentional invasion of the patient's bodily integrity. I can appreciate the temptation to say that the genuineness of consent to medical treatment depends on proper disclosure of the risks which it entails, but in my view, unless there has been misrepresentation or fraud to secure consent to the

ment ou, exception faite des urgences, lorsque l'opération ou le traitement va au-delà de ce à quoi le patient a consenti.

Cette norme comprendrait les cas où il y a eu une présentation inexacte de l'opération ou du traitement pour lequel un consentement a été obtenu et une intervention chirurgicale ou un traitement différent. Voir par exemple, *Marshall v. Curry*⁵ (consentement à une opération pour traiter une hernie; le médecin procède à l'ablation des testicules du patient; action pour voies de fait); *Murray v. McMurchy*⁶, (consentement à une césarienne; le médecin pratique la stérilisation de la patiente; le médecin est responsable d'atteinte à l'intégrité physique de la personne); *Mulloy v. Hop Sang*⁷, (on demande au médecin de remettre une main en état, et non pas d'amputer; il procède à l'amputation; il est jugé responsable d'atteinte à l'intégrité physique); *Winn v. Alexander and the Soldiers' Memorial Hospital*⁸ (consentement à une césarienne; le médecin procède ensuite à la stérilisation de la patiente); *Schweizer v. Central Hospital et al.*⁹ (le patient consent à une opération à l'orteil; le médecin pratique une opération dans le dos (arthrodèse); le médecin est responsable d'atteinte à l'intégrité physique de la personne).

Dans les situations où l'on allègue que les risques que comporte l'opération ou le traitement n'ont pas été divulgués au patient alors qu'ils auraient dû l'être, mais que l'opération pratiquée ou le traitement administré est bien ce à quoi le demandeur a consenti (la responsabilité ne peut être fondée sur la négligence pour l'opération ou le traitement recommandé compte tenu de l'état du patient), je ne comprends pas comment on peut dire que l'omission de divulguer vici le consentement de sorte que l'opération ou le traitement constitue une atteinte injustifiée, non autorisée et volontaire à l'intégrité physique du patient. Je comprends qu'il soit tentant de dire que l'authenticité du consentement à un traitement médical est fonction de la divulgation adéquate des risques qu'il comporte, mais, à mon avis, en l'absence de

⁵ [1933] 3 D.L.R. 260.

⁶ [1949] 2 D.L.R. 442.

⁷ [1935] 1 W.W.R. 714.

⁸ [1940] O.W.N. 238.

⁹ (1974), 53 D.L.R. (3d) 494.

⁵ [1933] 3 D.L.R. 260.

⁶ [1949] 2 D.L.R. 442.

⁷ [1935] 1 W.W.R. 714.

⁸ [1940] O.W.N. 238.

⁹ (1974), 53 D.L.R. (3d) 494.

treatment, a failure to disclose the attendant risks, however serious, should go to negligence rather than to battery. Although such a failure relates to an informed choice of submitting to or refusing recommended and appropriate treatment, it arises as the breach of an anterior duty of due care, comparable in legal obligation to the duty of due care in carrying out the particular treatment to which the patient has consented. It is not a test of the validity of the consent.

présentation inexacte ou de fraude pour obtenir le consentement au traitement, l'omission de divulguer les risques que comporte l'opération quelle que soit leur importance, devrait relever de la négligence et non des voies de fait. Bien que cette omission ait trait au choix éclairé de subir ou de refuser le traitement approprié et recommandé, elle se présente comme la violation d'une obligation antérieure de diligence comparable, en termes d'obligation juridique, à l'obligation de diligence dans l'administration du traitement particulier auquel a consenti le patient. Ce n'est pas un critère de la validité du consentement.

3. The Assessment of the Court of Appeal

Brooke J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal, noted, quite properly, that "The duty [of disclosure] to the patient is determined by the court and the evidence of the expert witnesses, if accepted, is relevant to determining whether or not the defendant has discharged that duty. To be actionable [in negligence] the defendant's failure in his duty of care must cause the plaintiff loss and damage". He went on to examine the reasons of Haines J. and made the following observations upon that trial judge's determination:

In finding that the plaintiff was left with the impression that the surgery carried no risk of consequence other than those in any surgical procedure I think it must be assumed that the learned trial judge has rejected the defendant's explanation that the plaintiff was aware of the risk of a stroke as a risk of the surgery. Of some importance, the learned trial judge makes no specific finding of credibility and indeed does not disbelieve the defendant's evidence that he thought the plaintiff understood the risk. However, the learned trial judge did not put his judgment simply on the failure to warn, but also on the failure to take sufficient care to discuss the degree of risk. He relied upon the evidence of doctors Elgie and Schacter and it is my respectful view that, having regard for the emphasis which the learned trial judge places upon the statistical details, he has misunderstood the real significance of the evidence of these two doctors. Doctors Schacter and Elgie appear to have taken a similar approach to the question of explaining the risks of the surgery, but the emphasis is not on statistical detail. Dr. Elgie alone made reference to statistics in discussing the manner in which he would advise his patient when seeking a consent to perform this

3. L'évaluation de la Cour d'appel

Le juge Brooke, qui s'est exprimé au nom de la majorité de la Cour d'appel, a fait remarquer avec raison que [TRADUCTION] «Le devoir envers le patient [celui de divulguer] est déterminé par la Cour et, s'il est accepté, le témoignage des experts sert à déterminer si le défendeur s'en est acquitté. Pour qu'il y ait un droit d'action [fondé sur la négligence], le manquement du défendeur à son devoir de diligence doit causer des pertes et un préjudice au demandeur». Il a ensuite examiné les motifs de jugement du juge Haines et en a commenté comme suit la décision:

[TRADUCTION] A mon avis, vu la conclusion que le demandeur avait l'impression que l'opération ne présentait que les risques et conséquences possibles de toute intervention chirurgicale, on doit présumer que le savant juge de première instance a rejeté l'explication du défendeur que le demandeur savait que l'opération pouvait causer un accident cérébro-vasculaire. Il importe de noter que le savant juge de première instance ne se prononce pas sur la crédibilité et, en fait, qu'il ne met pas en doute l'affirmation du défendeur portant qu'il croyait que le demandeur comprenait le risque. Toutefois, le savant juge de première instance n'appuie pas seulement son jugement sur l'absence de mise en garde, mais également sur le fait que le défendeur n'a pas pris soin d'expliquer suffisamment le degré de risque. Il s'est appuyé sur les témoignages des docteurs Elgie et Schacter et, avec égards, je crois que, compte tenu de l'importance que le savant juge de première instance accorde aux données statistiques, il n'a pas saisi l'importance réelle des témoignages de ces deux médecins. Les docteurs Schacter et Elgie ont apparemment abordé de façon analogue la question de l'explication des risques de l'opération, mais l'accent ne portait pas sur les don-

operation and in this respect his answer was different from that of Dr. Schacter.

Brooke J.A. was highly critical of the use of unexplained statistics which appeared to be directed to the degree of risk involved in the particular surgery. This is what he said in that respect:

One need only look at the contrast in the evidence of the statistics quoted by Dr. Hughes and Dr. Elgie to demonstrate the confusion that could arise from their use. When asked in cross-examination, Dr. Hughes' figure as to the incidence of death because of surgery was 4%, which was equal to Dr. Elgie's highest figure where he put the range between 2 and 4% and with respect to the incidence of stroke causing paralysis or transient weakness, Dr. Hughes put the figure at 10% which was five times Dr. Elgie's lowest figure and almost two and one half times his highest figure. Taken cumulatively, Dr. Hughes' figure at 14% is more than three times Dr. Elgie's lowest estimate and almost twice his highest. They were really very different. The reason for the difference went unexplained. No one asked the doctors. And yet the trial judge referred principally in his reasons, and particularly in testing the defendant's conduct, to the statistics recounted by Dr. Hughes, which there was no suggestion the doctor attempted to use. If the difference is based solely or partly on the personal experience of the surgeons, and there is in the evidence some reason suggested that this may be so, then perhaps the explanation lies in the nature of the cases that each has dealt with and that the chance of survivorship of those undertaken by one was less than the other. If this is so, there may have been good reason not to mention statistics to the patient, but rather to simply contrast his position if he undertakes the surgery with that of not undertaking it and urge him to proceed because of his youth and strength giving some assurance of survivorship. I do not think the evidence justifies the statement made by the learned trial judge and I would hesitate to lay down any such requirements, for in my view statistics can be very misleading. The manner in which the nature and degree of risk is explained to a particular patient is better left to the judgment of the doctor in dealing with the man before him. Its adequacy can be simply tested.

nées statistiques. Seul le Dr Elgie a parlé de statistiques en expliquant de quelle façon il conseillerait un patient dont il cherche à obtenir le consentement pour pratiquer cette opération et, à cet égard, sa réponse est différente de celle du Dr Schacter.

Le juge Brooke a fait une critique sévère de l'utilisation de statistiques non expliquées qui paraissent se rapporter au degré de risque que comporte une opération particulière. Voici ce qu'il a dit à cet égard:

[TRADUCTION] Il suffit de remarquer à quel point les statistiques données par les docteurs Hughes et Elgie dans leur témoignage varient pour démontrer la confusion qui pourrait résulter de leur utilisation. En contre-interrogatoire le Dr Hughes a répondu qu'il évaluait à 4 pour cent la possibilité de décès résultant de l'opération, ce qui correspond au plus haut pourcentage donné par le Dr Elgie qui la situe entre 2 et 4 pour cent. Relativement aux accidents cérébro-vasculaires entraînant la paralysie ou une invalidité temporaire, le Dr Hughes a évalué la possibilité à 10 pour cent, ce qui est cinq fois le plus petit pourcentage donné par le Dr Elgie et presque deux fois et demi son pourcentage le plus élevé. Cumulativement, les pourcentages du Dr Hughes totalisent 14 pour cent ce qui est trois fois plus que l'évaluation le plus basse du Dr Elgie et deux fois plus que son évaluation la plus haute. Elles diffèrent vraiment beaucoup. On n'a pas expliqué la raison de cette différence. Personne ne l'a demandé aux médecins. Et pourtant, dans ses motifs et, en particulier, dans son analyse de la conduite du défendeur, le juge de première instance a mentionné principalement les statistiques données par le Dr Hughes bien que l'on n'ait pas allégué que le médecin ait voulu s'en servir. Si la différence résulte uniquement ou partiellement de l'expérience personnelle des chirurgiens, comme semblent l'indiquer certains éléments de preuve, alors peut-être s'explique-t-elle par la nature des cas rencontrés par chacun des médecins, et les chances de survie dans les cas traités par l'un d'eux étaient inférieures à celles des cas traités par l'autre. Si tel est le cas, il y avait peut-être de bonnes raisons de ne pas mentionner de statistiques au patient, mais de simplement comparer sa situation s'il subit l'opération et s'il refuse de la subir, et de l'encourager à la subir compte tenu de son jeune âge et de sa force qui lui assuraient des chances de survie. Je ne crois pas que la preuve justifie la déclaration du savant juge de première instance et j'hésiterais à formuler de telles exigences car, à mon avis, les statistiques peuvent être très trompeuses. Il est préférable de laisser à la discrétion du médecin la façon d'expliquer à un patient donné la nature et le degré de risque que comporte l'intervention. La suffisance de l'explication est facile à vérifier.

I think the Ontario Court of Appeal went too far, when dealing with the standard of disclosure of risks, in saying, as it did in the passage of its reasons just quoted, that "the manner in which the nature and degree of risk is explained to a particular patient is better left to the judgment of the doctor in dealing with the man before him". Of course, it can be tested by expert medical evidence but that too is not determinative. The patient may have expressed certain concerns to the doctor and the latter is obliged to meet them in a reasonable way. What the doctor knows or should know that the particular patient deems relevant to a decision whether to undergo prescribed treatment goes equally to his duty of disclosure as do the material risks recognized as a matter of required medical knowledge.

It is important to examine this issue in greater detail. The Ontario Court of Appeal appears to have adopted a professional medical standard, not only for determining what are the material risks that should be disclosed but also, and concurrently, for determining whether there has been a breach of the duty of disclosure. This was also the approach of the trial judge, notwithstanding that on the facts he found against the defendant. (Indeed, the trial judge seems also to have overstated the duty of disclosure. The Court of Appeal, in contrast, seems to have understated it. Generally, the failure to mention statistics should not affect the duty to inform nor be a factor in deciding whether the duty has been breached.) To allow expert medical evidence to determine what risks are material and, hence, should be disclosed and, correlatively, what risks are not material is to hand over to the medical profession the entire question of the scope of the duty of disclosure, including the question whether there has been a breach of that duty. Expert medical evidence is, of course, relevant to findings as to the risks that reside in or are a result of recommended surgery or other treatment. It will also have a bearing on their materiality but this is not a question that is to be concluded on the basis of the expert medical evidence alone. The issue under consideration is a different issue from that involved where the question is whether the doctor carried out his professional activities by

Je crois que la Cour d'appel de l'Ontario est allée trop loin pour ce qui est de la norme de divulgation des risques lorsqu'elle dit, dans le passage susmentionné de ses motifs, que [TRADUCTION] «il est préférable de laisser à la discrétion du médecin la façon d'expliquer à un patient donné la nature et le degré de risque que comporte l'intervention». Bien sûr, on peut la mettre à l'épreuve du témoignage de médecins experts, mais cela non plus n'est pas concluant. Le patient peut avoir exprimé des inquiétudes au médecin et ce dernier est tenu d'y répondre de façon raisonnable. Le devoir de divulgation du médecin s'applique aussi bien à ce qu'il sait ou devrait savoir qu'un certain patient considère pertinent à la décision de subir ou non le traitement prescrit, qu'aux risques importants que les connaissances médicales requises permettent d'identifier.

Il importe d'examiner plus à fond cette question. La Cour d'appel de l'Ontario a adopté une norme médicale professionnelle non seulement pour déterminer les risques importants à divulguer mais également, et concurremment, pour déterminer s'il y a eu manquement au devoir de divulguer. C'est également la façon dont le juge de première instance a abordé la question, même si sa conclusion sur les faits est défavorable au défendeur. (En réalité, le juge de première instance semble avoir donné une trop grande portée au devoir de divulguer. La Cour d'appel, au contraire, semble l'avoir trop restreint. De façon générale, le défaut de mentionner des statistiques ne devrait pas influer sur le devoir de divulguer ni constituer un facteur dans la décision de savoir s'il y a eu manquement au devoir.) Permettre que les témoignages des médecins experts déterminent quels sont les risques importants et, donc, ceux à divulguer et, corrélativement, quels risques ne sont pas importants, équivaut à confier à la profession médicale toute la question de la portée du devoir de divulguer, y compris celle de savoir s'il y a eu manquement à ce devoir. Bien sûr, les témoignages des médecins experts sont pertinents aux conclusions sur les risques inhérents à l'opération ou autre traitement envisagé, ou qui en résultent. Ils seront également utiles pour déterminer l'importance des risques, mais cette question ne doit pas être résolue sur la seule foi des témoignages des médecins experts. La

applicable professional standards. What is under consideration here is the patient's right to know what risks are involved in undergoing or foregoing certain surgery or other treatment.

The materiality of non-disclosure of certain risks to an informed decision is a matter for the trier of fact, a matter on which there would, in all likelihood, be medical evidence but also other evidence, including evidence from the patient or from members of his family. It is, of course, possible that a particular patient may waive aside any question of risks and be quite prepared to submit to the surgery or treatment, whatever they be. Such a situation presents no difficulty. Again, it may be the case that a particular patient may, because of emotional factors, be unable to cope with facts relevant to recommended surgery or treatment and the doctor may, in such a case, be justified in withholding or generalizing information as to which he would otherwise be required to be more specific.

A useful summary of issues on which medical evidence in non-disclosure cases remains significant is found in a comment, "New Trends in Informed Consent?" (1975), 54 Neb. L. Rev. 66, at pp. 90-91, where, after noting that medical evidence should not control determination of the breach of the standard of care, it continued, as follows (referring to *Canterbury v. Spence, infra*):

Even *Canterbury* specifically notes that expert testimony will still be required, in all but the clearest instances, to establish (1) risks inherent in a given procedure or treatment, (2) the consequences of leaving the ailment untreated, (3) alternative means of treatment and their risks, and (4) the cause of the injury suffered by the plaintiff-patient. Finally, if the defendant-physician claims a privilege, expert testimony is needed to show the existence of (1) an emergency which would eliminate the need for obtaining consent, and (2) the impact upon the patient of risk disclosure where a full disclosure appears medically unwarranted.

question en litige ici diffère de celle qui se présente lorsqu'il s'agit de savoir si le médecin a exercé son activité professionnelle conformément aux normes professionnelles applicables. Il s'agit ici d'examiner quels sont les droits du patient de connaître les risques que comporte sa décision d'accepter ou de refuser de subir une opération ou un traitement.

L'importance de la non-divulgation de certains risques sur le consentement éclairé est une question qui relève de l'arbitre des faits, question sur laquelle il y aura vraisemblablement des témoignages de médecins, mais également d'autres témoignages, dont celui du patient ou de membres de sa famille. Certes, il est possible qu'un patient donné écarte la question des risques et soit tout à fait disposé à subir l'opération ou traitement, quels qu'ils soient. Pareille situation ne présente aucune difficulté. Encore une fois, il se peut qu'en raison de facteurs émotifs, un patient donné soit incapable de faire face aux faits pertinents à l'opération ou au traitement envisagé et, dans un tel cas, le médecin peut être justifié de taire ou de généraliser des renseignements qui devraient normalement être plus précis.

Un commentaire intitulé «*New Trends in Informed Consent?*» (1975), 54 Neb. L. Rev. 66, aux pp. 90, 91, donne un résumé utile des questions sur lesquelles le témoignage de médecins demeure important dans les cas de non-divulgation. Après avoir fait remarquer que le témoignage de médecins ne devrait pas dicter la décision relative au manquement à la norme de diligence, l'auteur poursuit (en mentionnant l'arrêt *Canterbury v. Spence*, cité plus loin):

[TRADUCTION] Même dans l'arrêt *Canterbury* on dit formellement que le témoignage d'experts demeurera nécessaire, sauf dans les cas les plus clairs, pour établir (1) les risques inhérents à une intervention ou à un traitement donné, (2) les conséquences de l'absence de traitement, (3) les traitements possibles et leurs risques et (4) la cause du préjudice subi par le patient demandeur. Finalement, si le médecin défendeur revendique une exception, le témoignage d'experts sera nécessaire pour établir l'existence (1) d'une urgence qui éliminerait la nécessité d'obtenir le consentement et (2) l'effet sur le patient de la divulgation de risques lorsqu'une divulgation complète paraît médicalement injustifiée.

The learned Justice of Appeal also was of the view that the reference to statistics, and the positioning of a requirement that the defendant should have put before the patient what he said in evidence as to the percentage likelihood of a stroke or death, resulted in an improper finding on causation. I quote a portion of his reasons in this connection, as follows:

The statistics would have to be explained to the patient and then discussed in relation to his position if he did not have the surgery. Would the view of the learned trial judge have been any different if resort had been made to Dr. Elgie's statistics or to the statistics quoted by both doctors? Does this not simply reveal the confusion that probably would result to a patient who is attempting to reconcile the doctor's recommendation to proceed with an unexplained gross figure of 14% risk?

I think the learned trial judge has failed to appreciate the approach taken by both of Dr. Elgie and Dr. Schacter, which was to present a comprehensive statement of the position to the patient.

Brooke J.A. referred to portions of the evidence given by Dr. Elgie and by Dr. Schacter and summarized it in these given words:

As I understand the evidence of Dr. Elgie it is an explanation to the patient that he runs a greater risk of death or a stroke in the present year if he does not have the surgery than he would run if he were to have it and that the risk would continue in that way. Dr. Schacter's evidence is to the same effect. It is my opinion the evidence did not justify the use of the proposition by which the trial judge decided the plaintiff's case and determined whether the defendant's conduct was negligence, and if so, if the negligence caused the plaintiff's loss and damage.

Judgment in this type of case is difficult because it is really based on consideration of hindsight.

He proceeded then to consider a line of American cases on causation, including the leading case of *Canterbury v. Spence*¹⁰, certiorari denied¹¹, *Cobbs v. Grant*¹² and *Barnette v. Potenza*¹³ and commented on them as follows:

Le savant juge de la Cour d'appel est également d'avis que la mention de statistiques, de même que l'affirmation que le défendeur aurait dû fournir au patient les renseignements qu'il a donnés en témoignage quant au pourcentage d'accident cérébro-vasculaire ou de décès, a entraîné une conclusion erronée sur la causalité. Voici un extrait de ses motifs sur ce point:

[TRADUCTION] Il faudrait que les statistiques soient expliquées au patient et ensuite examinées par rapport à sa situation s'il ne subit pas l'opération. L'opinion du savant juge de première instance aurait-elle été différente s'il avait tenu compte des statistiques du Dr Elgie ou de celles des deux médecins? Cela n'indique-t-il pas la confusion dans laquelle serait plongé un patient qui essayerait de concilier la recommandation du médecin de subir l'opération et une possibilité globale inexpliquée de 14 pour cent de risques?

J'estime que le savant juge de première instance n'a pas tenu compte de la méthode suivie par les Dr Elgie et Schacter, qui consistait à présenter une déclaration générale de la situation au patient.

Le juge Brooke a mentionné certains extraits des témoignages qu'ont rendus les Dr Elgie et Schacter et les a résumés comme suit:

[TRADUCTION] Si je comprends bien le témoignage du Dr Elgie, il s'agit d'expliquer au patient qu'il s'expose à un plus grand risque d'accident cérébro-vasculaire ou de décès au cours de l'année s'il ne subit pas l'opération qu'il ne s'y expose en la subissant, et que ce risque se maintiendrait. Le témoignage du Dr Schacter va dans le même sens. Je suis d'avis que la preuve ne justifie pas le recours à la proposition aux termes de laquelle le juge de première instance a statué sur les arguments du demandeur et a déterminé si le défendeur avait été négligent et, le cas échéant, si cette négligence avait causé une perte ou un préjudice au demandeur.

Un jugement dans ce type d'affaire est difficile parce qu'il est généralement fondé sur un examen en rétrospective.

Il a ensuite examiné une série d'arrêts américains sur la causalité, y compris l'arrêt qui fait autorité *Canterbury v. Spence*¹⁰, certiorari refusé¹¹, *Cobbs v. Grant*¹² et *Barnette v. Potenza*¹³ et a fait les commentaires suivants:

¹⁰ (1972), 464 F. 2d 772.

¹¹ 409 U.S. 1064.

¹² (1972), 502 P.2d 1.

¹³ (1974), 359 N.Y.S. 2d 432.

In actions for negligence our courts have adopted a subjective test. Referring to the above cases I must not be taken as adopting or suggesting the adoption of the doctrine of informed consent as it has developed in some of the courts of the United States of America. The references made at this point are for the value of the discussion on the question of proof. The experience above reported should not be ignored as those courts were driven to this conclusion because justice could not be done between the parties other than by such an objective approach. It is never too late in the day to change. I think a safe practice here is to test the plaintiff's case objectively before proceeding to consider it subjectively.

Was the defendant's negligence the cause of the plaintiff's loss? If he is able to show that he has suffered loss as a result of the recommended treatment and he (or at least a reasonable man in his position) would not have consented if the required disclosure was made, damages may be awarded. In my respectful view, the learned trial judge really did not deal with this issue properly.

It was on this ground that he ordered a new trial.

If Canadian case law has so far proceeded on a subjective test of causation, it is in courts other than this one that such an approach has been taken: see *Koehler et al. v. Cook*¹⁴, at p. 767; *Kelly v. Hazlett, supra*, at p. 320. The matter is *res integra* here. An alternative to the subjective test is an objective one, that is, what would a reasonable person in the patient's position have done if there had been proper disclosure of attendant risks. The case for the objective standard has been tersely put in the following passage from a comment in (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548, at p. 550, entitled "Informed Consent—A Proposed Standard for Medical Disclosure":

Since proximate causation exists only if disclosure would have resulted in the patient's foregoing the proposed treatment, a standard must be developed to determine whether the patient would have decided against the treatment had he been informed of its risks. Two possible standards exist: whether, if informed, the particular patient would have foregone treatment (subjective)

[TRADUCTION] Dans les actions fondées sur la négligence, nos tribunaux ont adopté un critère subjectif. Quant aux arrêts susmentionnés, on ne doit pas croire que j'adopte ou que je propose l'adoption de la doctrine du consentement éclairé que certains tribunaux américains ont élaborée. Les renvois faits à ce stade-ci visent à enrichir la discussion sur la question de la preuve. Il ne faudrait pas écarter l'expérience relatée ci-dessus puisque ces tribunaux ont été amenés à conclure de la sorte parce que seule l'adoption d'un critère objectif pouvait permettre de faire justice aux parties. Il n'est jamais trop tard pour apporter des changements. Je crois que c'est une pratique prudente ici d'analyser les arguments du demandeur de façon objective avant de les examiner de façon subjective.

La négligence du défendeur a-t-elle causé le préjudice subi par le demandeur? S'il est capable d'établir qu'il a subi un préjudice par suite du traitement et qu'il (ou du moins un homme raisonnable dans sa situation) n'y aurait pas consenti en connaissance de cause, il a droit à des dommages-intérêts. Je suis respectueusement d'avis que le savant juge de première instance n'a pas examiné cette question correctement.

Il s'est fondé sur ce moyen pour ordonner un nouveau procès.

Si la jurisprudence canadienne a jusqu'à maintenant suivi un critère de causalité subjectif, ce sont des tribunaux, autre que cette Cour, qui ont adopté cette façon de voir: voir *Koehler et al. v. Cook*¹⁴, à la p. 767; *Kelly v. Hazlett*, précité, à la p. 320. Cette question est encore inexplorée ici. L'alternative au critère subjectif est le critère objectif, c'est-à-dire ce qu'une personne raisonnable dans la situation du patient aurait fait si les risques que comporte l'opération avaient été bien divulgués. Les arguments en faveur de la norme objective ont été énoncés avec concision dans le passage suivant tiré d'un commentaire paru à (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548, à la p. 550, intitulé «Informed Consent—A Proposed Standard for Medical Disclosure»:

[TRADUCTION] Puisque la causalité directe n'existe que si la divulgation avait amené le patient à refuser le traitement envisagé, il faut élaborer une norme pour déterminer si le patient aurait refusé de subir le traitement si on l'avait informé des risques. Deux normes possibles existent: ce patient donné aurait-il refusé le traitement s'il avait été renseigné (considération subjec-

¹⁴ (1975), 65 D.L.R. (3d) 766.

¹⁴ (1975), 65 D.L.R. (3d) 766.

tive view); or whether the average prudent person in plaintiff's position, informed of all material risks, would have foregone treatment (objective view). The objective standard is preferable, since the subjective standard has a gross defect: it depends on the plaintiff's testimony as to his state of mind, thereby exposing the physician to the patient's hindsight and bitterness.

However, a vexing problem raised by the objective standard is whether causation could ever be established if the surgeon has recommended surgery which is warranted by the patient's condition. Can it be said that a reasonable person in the patient's position, to whom proper disclosure of attendant risks has been made, would decide against the surgery, that is, against the surgeon's recommendation that it be undergone? The objective standard of what a reasonable person in the patient's position would do would seem to put a premium on the surgeon's assessment of the relative need for the surgery and on supporting medical evidence of that need. Could it be reasonably refused? Brook J.A. appeared to be sensitive to this problem by suggesting a combined objective-subjective test.

I doubt that this will solve the problem. It could hardly be expected that the patient who is suing would admit that he would have agreed to have the surgery, even knowing all the accompanying risks. His suit would indicate that, having suffered serious disablement because of the surgery, he is convinced that he would not have permitted it if there had been proper disclosure of the risks, balanced by the risks of refusing the surgery. Yet, to apply a subjective test to causation would, correlative, put a premium on hindsight, even more of a premium than would be put on medical evidence in assessing causation by an objective standard.

I think it is the safer course on the issue of causation to consider objectively how far the balance in the risks of surgery or no surgery is in favour of undergoing surgery. The failure of proper disclosure pro and con becomes therefore very material. And so too are any special considerations affecting the particular patient. For exam-

tive)?; ou une personne prudente placée dans la situation du demandeur, connaissant tous les risques importants, aurait-elle refusé le traitement (considération objective)? La norme objective est préférable puisque la norme subjective présente un défaut flagrant: elle est subordonnée au témoignage du demandeur quant à son état d'esprit, exposant le médecin à l'analyse rétrospective du patient et à sa rancœur.

Cependant, la norme objective pose un problème troublant, savoir si l'on pourrait établir la causalité lorsque le chirurgien a recommandé une opération qui est justifiée par l'état du patient. Pouvons-nous dire qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient, à qui les risques que comporte l'opération auraient été bien divulgués, déciderait de ne pas subir l'opération contrairement à la recommandation du chirurgien? La norme objective de ce qu'une personne raisonnable ferait dans la situation du patient semble donner un avantage à l'évaluation du chirurgien quant à la nécessité relative de l'opération et à la preuve médicale à l'appui de cette nécessité. Pouvait-on raisonnablement refuser de la subir? Le juge Brooke a perçu ce problème lorsqu'il a suggéré un critère à la fois objectif et subjectif.

Je doute que cela résolve le problème. On peut difficilement s'attendre à ce que le patient qui intente une poursuite admette qu'il aurait consenti à l'opération même en connaissant tous les risques qu'elle comportait. Sa poursuite tend à indiquer, que gravement handicapé suite à l'opération, il est convaincu qu'il n'y aurait pas consenti si on lui avait bien divulgué les risques de l'opération comparés aux risques que présentait le refus de la subir. Cependant, l'application d'un critère subjectif à la causalité aurait pour effet corrélatif d'accorder un avantage à l'examen en rétrospective, un avantage encore plus grand que celui dont bénéficierait la preuve médicale si on évaluait la causalité selon une norme objective.

J'estime que le parti le plus sûr sur la question de la causalité est de se demander objectivement dans quelle mesure la prépondérance des risques de l'opération sur ceux de l'absence d'opération pèse en faveur de l'intervention chirurgicale. Le défaut de bien divulguer le pour et le contre devient donc très pertinent. Il en est de même de

ple, the patient may have asked specific questions which were either brushed aside or were not fully answered or were answered wrongly. In the present case, the anticipation of a full pension would be a special consideration, and, while it would have to be viewed objectively, it emerges from the patient's particular circumstances. So too, other aspects of the objective standard would have to be geared to what the average prudent person, the reasonable person in the patient's particular position, would agree to or not agree to, if all material and special risks of going ahead with the surgery or foregoing it were made known to him. Far from making the patient's own testimony irrelevant, it is essential to his case that he put his own position forward.

The adoption of an objective standard does not mean that the issue of causation is completely in the hands of the surgeon. Merely because medical evidence establishes the reasonableness of a recommended operation does not mean that a reasonable person in the patient's position would necessarily agree to it, if proper disclosure had been made of the risks attendant upon it, balanced by those against it. The patient's particular situation and the degree to which the risks of surgery or no surgery are balanced would reduce the force, on an objective appraisal, of the surgeon's recommendation. Admittedly, if the risk of foregoing the surgery would be considerably graver to a patient than the risks attendant upon it, the objective standard would favour exoneration of the surgeon who has not made the required disclosure. Since liability rests only in negligence, in a failure to disclose material risks, the issue of causation would be in the patient's hands on a subjective test, and would, if his evidence was accepted, result inevitably in liability unless, of course, there was a finding that there was no breach of the duty of disclosure. In my view, therefore, the objective standard is the preferable one on the issue of causation.

In saying that the test is based on the decision that a reasonable person in the patient's position would have made, I should make it clear that the

toute considération spéciale touchant un patient donné. Par exemple, le patient peut avoir posé des questions précises qui ont été écartées ou auxquelles on a partiellement ou faussement répondu. En l'espèce, l'espérance d'une pension intégrale serait une considération spéciale qui, bien qu'on doive la considérer objectivement, se dégage de la situation particulière du patient. De même, d'autres aspects de la norme objective devraient être appliqués à ce qu'une personne prudente, une personne raisonnable placée dans la situation particulière du patient, accepterait ou refuserait si elle connaissait tous les risques importants ou particuliers que comporte l'opération ou l'absence d'opération. Ainsi, loin d'être non pertinent, le témoignage du patient est essentiel à sa réclamation.

L'adoption d'une norme objective ne signifie pas que la question de la causalité est entièrement dans les mains du chirurgien. Ce n'est pas parce que la preuve médicale établit le caractère raisonnable de l'opération envisagée qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient accepterait nécessairement de la subir, si on lui divulguait de façon adéquate les risques que comporte l'opération comparés aux risques de ne pas la subir. La situation particulière du patient et l'équilibre des risques que présente l'opération ou l'absence d'opération réduiraient, dans une évaluation objective, l'effet de la recommandation du chirurgien. D'ailleurs, si le risque que présente le refus de subir l'opération était considérablement plus grave pour un patient que les risques qu'elle comporte, la norme objective favorisera sans conteste l'exonération du chirurgien qui n'a pas fait la divulgation requise. Puisque la responsabilité repose seulement sur la négligence, lorsqu'il y a défaut de divulguer les risques importants, la question de la causalité dépendra du patient selon le critère subjectif, et l'acceptation de son témoignage entraînera inévitablement la responsabilité à moins, bien sûr, que l'on ait conclu qu'il n'y a pas eu manquement au devoir de divulguer. Il est donc préférable, à mon avis, d'appliquer la norme objective à la question de la causalité.

En disant que le critère est fondé sur la décision qu'aurait prise une personne raisonnable placée dans la situation du patient, je dois préciser que les

patient's particular concerns must also be reasonably based; otherwise, there would be more subjectivity than would be warranted under an objective test. Thus, for example, fears which are not related to the material risks which should have been but were not disclosed would not be causative factors. However, economic considerations could reasonably go to causation where, for example, the loss of an eye as a result of non-disclosure of a material risk brings about the loss of a job for which good eyesight is required. In short, although account must be taken of a patient's particular position, a position which will vary with the patient, it must be objectively assessed in terms of reasonableness.

4. The Evidence

I am driven to look at the evidence by reason of the different views taken of it at trial and on appeal. Moreover, the view taken by the majority of the Court of Appeal is indicative more of an exoneration of the defendant than as supportive of the order made for a new trial. So far as the duty of disclosure and its alleged breach are concerned, the crucial evidence is not so much that of Dr. Elgie and Dr. Schacter or that of Dr. Lougheed but, rather, the evidence of the plaintiff and that of the defendant as it relates to what the defendant told the plaintiff and what concerns, if any, the plaintiff communicated to the defendant before the surgery was performed.

The plaintiff began to have severe headaches in the spring of 1969. His wife's doctor was Dr. Szabo who, like the plaintiff, was of Hungarian extraction. The plaintiff went to see Dr. Szabo who examined him and found he had high blood pressure and gave him certain pills to take. There was no improvement and Dr. Szabo suggested that the plaintiff go into hospital for a complete check-up. While there, it was discovered that he also had diabetes. After a stay in hospital he went back to work. However, his headaches persisted and on Dr. Szabo's recommendation he went back into hospital in February, 1970. The plaintiff came under the care not only of Dr. Szabo, but also of a specialist, Dr. Orr, who had diagnosed the diabetes during the plaintiff's previous stay in hospital. He

inquiétudes particulières du patient doivent également avoir un fondement raisonnable; sinon, la marge de subjectivité serait supérieure à celle permise dans un critère objectif. Ainsi, par exemple, les craintes non reliées aux risques importants qui n'ont pas été divulgués bien qu'ils eussent dû l'être, ne seraient pas des facteurs de causalité. Toutefois, on pourrait rattacher des considérations économiques à la causalité lorsque, par exemple, la perte d'un œil suite à la non-divulgation de risques importants entraîne la perte d'un emploi qui requiert une bonne vision. En bref, bien que l'on doive tenir compte de la situation particulière d'un patient, situation qui variera selon le patient, il faut l'évaluer objectivement en fonction de ce qui est raisonnable.

4. La preuve

Je dois donc maintenant examiner la preuve compte tenu des divergences d'opinion qu'elle a suscitées en première instance et en appel. De plus, l'opinion de la majorité de la Cour d'appel semble plutôt favoriser l'exonération du défendeur qu'une ordonnance de nouveau procès. En ce qui concerne le devoir de divulguer et le manquement imputé, la preuve fondamentale n'est pas tellement constituée des témoignages du Dr. Elgie et du Dr. Schacter ou celui du Dr. Lougheed, mais plutôt de ceux du demandeur et du défendeur puisqu'ils rapportent ce que le défendeur a dit au demandeur et les inquiétudes possibles dont ce dernier a fait part au défendeur avant que ne soit pratiquée l'opération.

Le demandeur a commencé à souffrir de maux de tête violents au printemps 1969. Le médecin de son épouse était le Dr. Szabo qui, comme le demandeur, est d'origine hongroise. Le demandeur est allé consulter le Dr. Szabo qui l'a examiné, a diagnostiqué de l'hypertension et lui a prescrit des médicaments. Il n'y a pas eu d'amélioration et le Dr. Szabo a conseillé au demandeur d'aller subir un examen médical complet à l'hôpital. On y a découvert qu'il souffrait également de diabète. Après un séjour à l'hôpital il est retourné au travail. Cependant, ses maux de tête persistaient et, sur la recommandation du Dr. Szabo, il est retourné à l'hôpital en février 1970. Le demandeur a été confié aux soins du Dr. Szabo et d'un spécialiste, le Dr. Orr, qui avait diagnostiqué le diabète au cours

underwent more tests and was put on a strict diet and his headaches abated. His continuing high blood pressure caused anxiety to the doctors and Dr. Hughes, the defendant, was brought in by Dr. Orr with Dr. Szabo's concurrence.

The defendant first saw the plaintiff in hospital on March 6, 1970. The plaintiff's headaches had come back and, on examining him, Dr. Hughes said the indications were that there was a blockage in the left arteries at his neck. On March 10, 1970, an arteriogram was taken and Dr. Hughes verified that there was a narrowing of the left carotid artery to such an extent as to permit only about fifteen per cent of the normal blood flow through the artery, which leads to the brain. Dr. Hughes advised an operation and the plaintiff signed a consent form a few days before the operation was performed. It had been postponed for several days to meet the plaintiff's convenience to enable him to see his lawyer about his house mortgage.

I reproduce now the plaintiff's evidence as to what information Dr. Hughes gave him about the operation prior to its performance. The relevant questions and answers on the examination in chief begin at p. 117 of volume 1 of the case on appeal:

Q. You told us Dr. Hughes told you he had to do an operation to cut out the bad part?

A. Yes.

Q. What else at that time did Dr. Hughes say to you and what did you say to him?

A. Well, the way he was telling me this is something in the beginning and he also told me about this much he has to cut out of here (indicating).

Q. You are indicating about three-quarters of an inch.

HIS LORDSHIP: About three-quarters of an inch?

A. I guess so.

Q. As a tool and die maker you would know?

A. This wasn't a thing you put a measurement on. To give an idea, I put it like this (indicating).

du séjour antérieur du demandeur à l'hôpital. Il a subi d'autres examens et a été astreint à un régime sévère et ses maux de tête se sont calmés. Son hypertension tenace inquiétait les médecins et, avec le consentement du Dr Szabo, le Dr Orr a fait appel au Dr Hughes, le défendeur.

Le défendeur a vu le demandeur pour la première fois à l'hôpital le 6 mars 1970. Le demandeur souffrait à nouveau de maux de tête et, en l'examinant, le Dr Hughes a dit qu'il semblait y avoir une obstruction dans les artères gauches au niveau du cou. Le 10 mars 1970, un artériogramme a été pris et le Dr Hughes a constaté un rétrécissement tellement important de l'artère carotide gauche que seulement quinze pour cent de la circulation sanguine normale passait par l'artère qui irrigue le cerveau. Le Dr Hughes a conseillé une opération et le demandeur a signé une formule de consentement quelques jours avant que l'opération ne soit pratiquée. Elle a été retardée de plusieurs jours afin de permettre au demandeur de rencontrer son avocat au sujet de l'hypothèque de sa maison.

Je reproduis maintenant le témoignage du demandeur relativement aux renseignements que le Dr Hughes lui a donnés sur l'opération. On trouve les questions et réponses pertinentes dans l'interrogatoire principal à partir de la p. 117 du volume 1 du dossier d'appel:

[TRADUCTION] Q. Vous nous avez dit que le Dr Hughes vous avait dit qu'il devait pratiquer une opération pour enlever la partie abîmée?

R. Oui.

Q. le Dr Hughes vous a-t-il dit quelque chose d'autre à l'époque et que lui avez-vous dit?

R. Bien, la façon dont il me disait que c'était à la première phase et il m'a également dit qu'il devait enlever à peu près cette longueur-ci (le témoin indique).

Q. Vous indiquez environ trois quarts de pouce.

SA SEIGNEURIE: Environ trois quarts de pouce?

Q. Je crois.

Q. En tant qu'outilleur-ajusteur vous devez savoir?

R. Ce n'était pas quelque chose que l'on pouvait mesurer. Pour donner une idée, je dirais environ ceci (le témoin indique).

MR. HOWIE: What else did Dr. Hughes say to you and what did you say to him?

A. He said, "The artery is like a rubber hose. You have to cut it out, pull it together and there is a little operation, and you are a strong, young, healthy man, and in 10 days you are able to go back to work."

Q. What did you say?

A. I was thinking, "Only it is about 10 days to go to Easter and if it is like that I would be able to be with my family at Eastertime" and I said, "Go ahead and do it".

Q. Where was this?

A. In the room where I was in hospital.

Q. Dr. Hughes came to your room?

A. Yes.

Q. Was there anyone else in the room?

A. Probably a roommate because there was 2 beds in that room.

Q. Is that the end of the conversation or was there anything else?

A. Right there there wasn't anything else.

Q. You wanted to talk to someone else about it?

A. It was like that. We were talking about it with my roommate and at the same time his wife was there for a visit and she was asking me what my problem was and I told her just a headache with bending down that it starts and she says, "I have the same problem". She said, "I have the same problem more than 20 years with that kind of headache you have. They want to operate on me and I was afraid to go through with it. I didn't go for the operation." She also was telling me in that case there had to be replaced a plastic tube for the artery. I was thinking about it and maybe I thought I would get in touch with Dr. Hughes and ask him about it. I was asking for him through the head nurse and somehow I was able to see Dr. Hughes again.

Q. Did you talk to Dr. Szabo about it at some time?

A. Dr. Szabo was every day there and I was asking him a question about that and he said, "Look, I don't know much about it. If I knew that I would be a specialist myself. You are in good hands with Dr. Hughes and do whatever he tells you."

Q. Do you remember any other conversation at that time with Dr. Szabo about the operation or what was involved or any risks of the operation?

M^e HOWIE: Le Dr Hughes vous a-t-il dit quelque chose d'autre et que lui avez-vous dit?

R. Il a dit «L'artère est comme un boyau de caoutchouc. Il faut la couper, la réunir à nouveau et voilà une petite opération, et vous êtes un homme fort, jeune, en bonne santé et dans 10 jours vous pourrez retourner au travail».

Q. Qu'avez-vous dit?

R. Je pensais, «Seulement, dans 10 jours environ ce sera Pâques et si tout se passe ainsi je serai avec ma famille pour Pâques» et j'ai dit «Allez-y et faites l'opération».

Q. Où cela se passait-il?

R. Dans ma chambre à l'hôpital.

Q. Le Dr Hughes est venu dans votre chambre?

R. Oui.

Q. Y avait-il quelqu'un d'autre dans la chambre?

R. Sans doute un compagnon de chambre puisqu'il y avait deux lits dans la chambre.

Q. Est-ce la fin de la conversation ou s'il y a eu quelque chose d'autre?

R. Oui, il n'y a rien eu d'autre.

Q. Vous vouliez en parler avec quelqu'un d'autre?

R. C'était comme ceci. Nous en parlions mon compagnon de chambre et moi alors que son épouse lui rendait visite et elle m'a demandé de quoi je souffrais. Je lui ai dit que ce n'était qu'un mal de tête qui commençait lorsque je me penchais et elle a dit «J'ai le même problème». Elle a dit «J'ai le même problème depuis plus de 20 ans avec ce même genre de mal de tête que vous avez. Ils ont voulu m'opérer, mais j'ai eu peur de subir l'opérations et j'ai refusé de la subir.» Elle m'a également dit que dans ce cas, il fallait remplacer l'artère par un tube de plastique. J'y ai pensé et je me suis dit que je devrais peut-être essayer de voir le Dr Hughes et lui poser des questions à ce sujet. Je me suis adressé à l'infirmière en chef et j'ai réussi à revoir le Dr Hughes.

Q. En avez-vous à un certain moment discuté avec le Dr Szabo?

R. Le Dr Szabo venait tous les jours et je lui ai posé une question à ce sujet et il a répondu «Écoutez, je ne sais pas grand chose là-dessus. Si je savais cela je serais spécialiste moi-même. Vous êtes en bonnes mains avec le Dr Hughes et faites ce qu'il vous dit».

Q. Vous rappelez-vous d'autres conversations que vous auriez eues à l'époque avec le Dr Szabo concernant l'opération ou ce qu'elle impliquait ou les risques qu'elle comportait?

- A. There wasn't anything mentioned about any kind of risk.
- Q. You have told us you wanted to see Dr. Hughes again to talk about it?
- A. Yes.
- Q. Did Dr. Hughes come back to your room?
- A. Yes, he did once and he said, "That's a different case, because that lady is not a young person like you." It was far away gone already with her and mine was just in the beginning. He said, "You don't have to worry about that. There is no plastic tube which would have to be replaced in that cut."
- Q. What discussions did you have about any risks of the operation?
- A. Honestly, I didn't have any doubt about it. I didn't even think there was going to be any risk. Somehow I don't have anything to do with doctors and operations. I didn't even think about it.
- Q. Did he talk to you about what would happen if you didn't have the operation?
- A. Yes, he said, "It is up to you if you want to have it or not. You can live a few years. You can live about 7 or 10 years or longer. One of these days once you are going to fall on your nose, and that's it. If you are going to do it now in the beginning you are not going to have any problem later."
- Q. Did Dr. Hughes say anything else about any risks of the operation?
- A. He didn't mention anything.
- At pp. 121 and 124 there are the following questions and answers:
- Q. If you had known and if you had been told that there was risk of having a stroke as a result of this operation, what would your decision have been about having the operation?
- A. May I say something? For one thing I didn't even know what a stroke is. Secondly, if I have to choose for a short life and live like a normal person or life [sic] the rest of it like a cripple I would have chosen to live a short life and be a normal person. I wouldn't drag myself around the way I am doing now.
- R. Il n'a été question d'absolument aucun risque.
- Q. Vous nous avez dit que vous désiriez revoir le Dr Hughes pour en discuter?
- R. Oui.
- Q. Le Dr Hughes est-il revenu à votre chambre?
- R. Oui, il est venu une fois et a dit «C'est une situation différente, parce que cette dame n'est pas jeune comme vous». Le problème était déjà très grave chez elle alors que chez moi il n'en était qu'à sa première phase. Il a dit «Vous n'avez pas à vous inquiéter de cela. Il ne sera pas nécessaire d'installer un tube de plastique dans cette coupure».
- Q. Quelles discussions avez-vous eues concernant les risques de l'opération?
- R. En toute honnêteté, je n'avais aucun doute à ce sujet. Je n'ai même pas pensé qu'il y avait des risques. D'une manière ou d'une autre, je n'ai jamais eu à voir de médecin ni à subir d'opération. Je n'y ai même pas pensé.
- Q. Vous a-t-il dit ce qu'il arriverait si vous ne subiriez pas l'opération?
- R. Oui, il a dit «C'est à vous de décider si vous désirez subir l'opération ou non. Vous pouvez vivre quelques années. Vous pouvez vivre encore sept ou dix ans. Un de ces jours vous tomberez sur le nez et voilà. Si vous le faites maintenant, dans la première phase, vous n'aurez pas de problème plus tard».
- Q. Le Dr Hughes a-t-il mentionné autre chose au sujet des risques de l'opération?
- R. Il n'a rien mentionné.
- Nous trouvons aux pp. 121 et 124 les questions et réponses suivantes:
- [TRADUCTION] Q: Si vous aviez su et si l'on vous avait dit qu'un accident cérébro-vasculaire pouvait résulter de cette opération, quelle décision auriez-vous prise?
- R. Puis-je dire quelque chose? Tout d'abord je ne savais même pas ce qu'était un accident cérébro-vasculaire. Deuxièmement, si j'avais eu à choisir entre vivre une vie courte comme une personne normale ou vivre comme un handicapé le reste de mes jours, j'aurais choisi une vie courte et d'être une personne normale. Je n'aurais pas à me traîner comme je le fais maintenant.

Q. Was there any other conversation with Dr. Hughes before the operation took place on the Wednesday?

A. Honestly I can't recall anything.

Following the operation, which resulted in the paralysis suffered by the plaintiff, he saw Dr. Hughes on two occasions, as the following excerpts from his evidence in chief show:

Q. You say you saw Dr. Hughes after the operation, a week or so after the operation?

A. First I was asking for him and I was trying to tell my wife that I wanted to see the doctor who operated on me and she understood and we were both asking for him. The head nurse came in and said, "He isn't back from his holiday and as soon as he is back, we will get in contact with him."

Q. Did Dr. Hughes eventually come in to see you?

A. Yes, I was in the wheelchair out of the room and I saw him passing by and I called him and he came there and I said, "Look at me, how I am," and he said, "Nothing to worry about. It is all going to come back." He looked at my hand and tried to open my fingers. He said, "Try to move it," and there was no movement. He said, "Don't worry, it will all come back." He was probably trying to cheer me up.

Q. Did you see Dr. Hughes again?

A. I saw him once much later after they transferred me to the Shedoek Rehabilitation Centre. This was the first week and after that they let me home. Someone picked me up and delivered me home. This was a Saturday or Sunday. I don't know exactly the date. Sunday night I have to be back at Shedoek again. I was so desperate I wanted to see Dr. Hughes very much and I said to my wife, "Take me to his office and I want to speak to him about it. What is going to happen with me." I didn't get back to the hospital. I went to his office, and without any appointment, and I said, "I have to speak with him.". [sic] Then I saw him and I asked him how and what and how come I am lined up like a cripple.

Q. What did Dr. Hughes say?

A. Dr. Hughes said, "This just didn't work out." He said, "I'm sorry.". [sic] He also put the stethoscope [sic] on and saying there is still not everything all right. He still heard a movement. He said, "I'm sorry, this didn't work out," and I said, "How come it didn't work out?" and he said,

Q. Avez-vous eu d'autres conversations avec le Dr Hughes avant l'opération le mercredi?

R. En toute honnêteté, je ne peux me souvenir de rien.

Après l'opération, qui a entraîné la paralysie dont souffre le demandeur, ce dernier a vu le Dr Hughes à deux reprises tel qu'il appert des extraits suivants de son témoignage principal:

[TRADUCTION] Q. Vous dites que vous avez vu le Dr Hughes après l'opération, environ une semaine après?

R. Tout d'abord j'ai demandé à le voir et j'essayais de dire à mon épouse que je voulais voir le médecin qui m'avait opéré, elle a compris et nous demandions tous les deux à le voir. L'infirmière en chef est venue et a dit «Il est en vacances, dès son retour nous communiquerons avec lui».

Q. Le Dr Hughes est-il finalement venu vous voir?

R. Oui, j'étais en chaise roulante à l'extérieur de ma chambre et je l'ai vu passer, je l'ai appelé, il est venu et je lui ai dit «Regardez-moi, vous voyez mon état», et il a dit «Ne vous en faites pas. Tout va se rétablir». Il a regardé ma main et a essayé d'ouvrir mes doigts. Il a dit «Essayez de les bouger», et il n'y avait pas de mouvement. Il a dit «Ne vous en faites pas, tout va se rétablir». Il essayait sans doute de me remonter le moral.

Q. Avez-vous revu le Dr Hughes?

R. Je l'ai vu une autre fois beaucoup plus tard après avoir été transféré au Shedoek Rehabilitation Centre. C'était la première semaine, après qu'ils m'ont laissé rentrer chez moi. Quelqu'un est venu me chercher et m'a ramené à la maison. C'était un samedi ou un dimanche. Je ne sais pas exactement la date. Le dimanche soir je devais revenir à Shedoek à nouveau. J'étais tellement désespéré et je voulais vraiment voir le Dr Hughes et j'ai dit à mon épouse, «Emmène-moi à son bureau je veux lui parler de cela. Que va-t-il m'arriver». Je ne suis pas retourné à l'hôpital. Je suis allé à son bureau sans rendez-vous et j'ai dit «Je dois lui parler». Alors je l'ai vu et je lui ai demandé comment et pourquoi j'en étais venu à être un handicapé.

Q. Que vous a répondu le Dr Hughes?

R. Le Dr Hughes a dit «Cela n'a tout simplement pas réussi». Il a dit «Je regrette». Il a également placé le stéthoscope et a dit que tout n'était pas encore très bien. Il entendait encore un mouvement. Il a dit «Je regrette, cela n'a pas réussi», et j'ai dit «mais pourquoi cela n'a-t-il pas réussi?» Et il a dit

"Look, you've been working at Ford Motor Company and many times you try to do a job and for some reason it just doesn't work out. A screw goes the other way in and they have to replace it or do something about it." I said, "That's fine. Let's do it with me, too. Go all over again and put me on the table and make an operation and get it done, whatever you missed, whatever went wrong with your work." He said, "No, I'm not going to do that. If I am doing it, you may end up dead. I'm not going to touch you any more." That's what he said.

Q. Did you discuss with him anything about telling you that this might occur?

A. I said, "You put it to me so simply like there is nothing to it," and he said, "Yes, that is what I thought first. There was another blockage, not just there on your neck, but a small blockage up in your brain and I couldn't get to it and that caused the problem," he said. He said, "I wouldn't touch this. I am not able to get to that." I said, "Why didn't you tell me the first time there isn't this one blockage but another one that you couldn't touch?" I really didn't get an answer for that. My wife was telling him and asking him questions, too, and her question was, "Why didn't you tell him about the risk he would be taking on the operation?" He answered my wife, "I wouldn't tell none of my patients the risk because this would scare him, or something like that."

I come now to the cross-examination of the plaintiff on the matter of the information or disclosure given or made to him by Dr. Hughes. The transcript of evidence, volume 1, beginning at p. 156 is as follows, starting with a reference to the arteriogram:

Q. He told you that he was going to perform a test that involved putting some dye into your veins?

A. Yes.

Q. He explained what he was going to do?

A. Yes.

Q. You were content because you felt Dr. Hughes knew what he was doing to let him go ahead with it?

A. I trust him all the way through.

"Voici, vous avez travaillé pour Ford Motor Company et vous essayez plusieurs fois de faire un travail et pour une raison inconnue ça ne réussit pas. Une vis va dans la mauvaise direction et il faut la remplacer ou autrement remédier au problème". J'ai dit «C'est bien. Faisons la même chose avec moi aussi. Recommencez tout à zéro et mettez moi sur la table, opérez et faites-le, ce que vous avez raté, ce qui n'a pas réussi dans votre travail». Il a dit «Non, je ne le ferai pas. Si je le faisais, vous pourriez en mourir. Je ne vous toucherai plus». Voilà ce qu'il a dit.

Q. Avez-vous parlé avec lui pour lui dire qu'il aurait pu vous prévenir de cette éventualité?

R. J'ai dit «Vous m'avez présenté la chose comme étant toute simple comme s'il n'y avait rien à craindre», et il a dit «Oui, c'est ce que j'ai d'abord pensé. Il y avait une autre obstruction, pas seulement celle au niveau de votre cou, mais une autre petite obstruction dans votre cerveau et je n'ai pas pu l'atteindre, c'est ce qui a causé le problème». Il a dit «Je n'y toucherai pas. Je ne peux pas l'atteindre». J'ai dit «Pourquoi ne m'avez-vous pas dit la première fois qu'il n'y avait pas seulement cette obstruction mais qu'il y en avait une autre que vous ne pouviez atteindre?» Je n'ai pas vraiment obtenu de réponse à cette question. Mon épouse lui parlait et lui posait également des questions et sa question était «Pourquoi ne l'avez-vous pas prévenu du risque qu'il courrait en subissant l'opération?» Il a répondu à mon épouse «Je ne dirais pas à un de mes patients le risque qu'il court parce que cela l'effrayerait ou quelque chose comme cela».

J'en viens maintenant au contre-interrogatoire du demandeur sur la question des renseignements que lui a donnés le Dr Hughes ou de la divulgation qu'il lui a faite. Voici la transcription des notes sténographiques du témoignage, volume 1, aux pp. 156 et suiv.; elles commencent par une mention de l'artériogramme:

[TRADUCTION] Q. Il vous a dit qu'il vous ferait passer un examen qui consistait à introduire de la teinture dans vos veines?

R. Oui.

Q. Il vous a expliqué ce qu'il allait faire?

R. Oui.

Q. Vous vous sentiez rassuré parce que vous aviez l'impression que le Dr Hughes savait ce qu'il faisait?

R. Je lui ai fait confiance tout au long.

Q. A day or so after that time you had the test?

A. Yes.

Q. You had another discussion with Dr. Hughes?

A. Yes.

Q. At that time Dr. Hughes told you that you had a narrowing in the artery on the left side of your neck?

A. Yes.

Q. Did you understand what that was?

A. In a way I wasn't too sure about it because this was something new for me. I was thinking about it and asking him, and also the patient who was in, something about it. After the doctor goes everyone is interested in what is going on and what happens. We were talking about it.

Q. When Dr. Hughes told you you had a narrowing in the artery in your neck, did you understand what he was saying?

A. I understand the artery. I don't know how this comes in and what is the cause. I didn't have the slightest idea, what it is, because this was something new what I heard from him.

Q. Did he use any medical term or just tell you you had a narrowing?

A. I think he tried to tell me and this is too much for me to understand.

Q. He tried to and because of the English problem you were not able to understand?

A. I couldn't understand.

Q. I take it you were content to take his advice?

A. Certainly.

Q. Did he tell you that the amount of blood that was going through your artery had diminished or had fallen away and there wasn't as much blood going through as should be going through?

A. Yes, and he said on the left side in my brain I have a plug and that caused all my problems. That is what he told me.

Q. High blood pressure. You didn't understand, I take it, exactly what he was getting at?

A. Honestly, I thought only that the blood I am getting in my brain caused my headache and the dizziness, and everything else.

Q. That is what you thought?

A. Yes.

Q. I take it you didn't clearly understand?

Q. Vous avez subi l'examen environ un jour plus tard?

R. Oui.

Q. Vous avez eu une autre conversation avec le Dr Hughes?

R. Oui.

Q. À cette époque le Dr Hughes vous a dit que vous aviez un rétrécissement dans l'artère du côté gauche du cou?

R. Oui.

Q. Avez-vous compris ce que c'était?

R. D'une certaine façon je n'étais pas trop certain parce que c'était nouveau pour moi. J'y ai pensé et je lui ai posé des questions à ce sujet de même qu'à mon compagnon. Après le départ du médecin tout le monde est intéressé à ce qui se passe et à ce qui est arrivé. Nous en parlions.

Q. Lorsque le Dr Hughes vous a dit que vous aviez un rétrécissement d'une artère du cou, avez-vous compris ce qu'il disait?

R. J'ai compris l'artère. Je ne sais pas comment cela se produit et ce qui en est la cause. Je n'avais pas la moindre idée de ce que c'était parce que, ce qu'il m'a dit, était quelque chose de nouveau.

Q. A-t-il employé des expressions médicales ou a-t-il simplement dit que vous aviez un rétrécissement?

R. Je crois qu'il a essayé de me dire mais je ne pouvais pas comprendre.

Q. Il a essayé mais vous ne pouviez pas comprendre à cause de l'anglais?

R. Je ne pouvais pas comprendre.

Q. Si je comprends bien son conseil vous suffisait?

R. Bien sûr.

Q. Vous a-t-il dit que la circulation sanguine dans votre artère avait diminué ou était inférieure à ce qu'elle devrait être?

R. Oui, et il a dit que du côté gauche de mon cerveau il y avait une obstruction qui était la cause de tous mes problèmes. C'est ce qu'il m'a dit.

Q. L'hypertension. Ai-je raison de dire que vous n'avez pas compris où il voulait en venir exactement?

R. Honnêtement, j'ai simplement pensé que le sang qui s'acheminait vers mon cerveau causait les maux de tête et les étourdissements et tout le reste.

Q. C'est ce que vous pensiez?

R. Oui.

Q. Si je comprends bien, cela n'était pas clair pour vous?

- A. No, I wasn't sure about it.
- Q. You also had some discussions with Dr. Hughes as to what he would do to help the blood flow in your neck?
- A. That is correct.
- Q. I take it from what you told us yesterday that he suggested there was an operation that he could perform?
- A. Yes.
- Q. He also suggested to you that your problem might become worse or more difficult if you waited rather than having the operation done now?
- A. That is right.
- Q. Was that all said at the one time after the tests? Did he go through all of that?
- A. This was when he saw all the results of the tests and he was telling me all that.
- Q. I take is that, as you have described, after that time, after the discussion with Dr. Hughes, you got talking with other patients in the room?
- A. Yes.
- Q. You talked to Dr. Hughes again?
- A. I asked him to talk it over.
- Q. When you talked to him again you had some concern as to what was involved in the surgery?
- A. Yes.
- Q. What did you ask Dr. Hughes.
- A. Honestly, the tube for that woman was mentioned to him.
- Q. He said he didn't need to use that?
- A. Because it was just in the beginning.
- Q. Did he mention another patient across the hall that he had operated on?
- A. A similar older person and he had to do something like that on him and I don't know where he had to do it. I don't think it was the same case as mine. He has not any doubt about it, mine will go honestly. He said, "You are young and strong and it is just in the beginning".
- Q. What Dr. Hughes told you was that your problems would be less if you had the surgery done?
- A. Right away.
- Q. Than if you waited and he told you what might happen if you waited?
- R. Non, je n'en étais pas certain.
- Q. Vous avez également eu des conversations avec le Dr Hughes concernant ce qu'il ferait pour faciliter la circulation sanguine dans le cou?
- R. C'est exact.
- Q. Si j'ai bien compris ce que vous nous avez dit hier, il a laissé entendre que c'était une opération qu'il pouvait pratiquer?
- R. Oui.
- Q. Il vous a également laissé entendre que votre problème deviendrait plus grave ou plus complexe si vous attendiez que si vous subissiez l'opération maintenant?
- R. C'est exact.
- Q. Est-ce que cela vous a été dit en une fois après les examens? A-t-il parlé de tout cela?
- R. C'est après avoir vu tous les résultats des examens qu'il m'a dit tout cela.
- Q. Si je comprends bien, comme vous l'avez décrit, après ce moment-là, après la conversation que vous avez eue avec le Dr Hughes, vous avez parlé avec d'autres patients dans la chambre?
- R. Oui.
- Q. Avez-vous reparlé au Dr Hughes?
- R. Je lui ai demandé d'en reparler.
- Q. Lorsque vous lui avez reparlé, vous aviez certaines inquiétudes concernant l'opération?
- R. Oui.
- Q. Qu'avez-vous demandé au Dr Hughes?
- R. Honnêtement, je lui ai mentionné le tube pour cette femme.
- Q. Il a dit qu'il n'avait pas besoin de l'utiliser?
- R. Parce que ce n'était qu'à la première phase.
- Q. Vous a-t-il parlé d'un patient de l'autre côté du couloir qu'il avait opéré?
- R. Une personne plus âgée, comme l'autre, à qui il avait dû faire quelque chose du même genre je ne sais où. Je crois que son cas était différent du mien. Il n'avait aucun doute que tout se passerait bien pour moi. Il a dit «Vous êtes jeune et fort et ce n'est qu'à la première phase».
- Q. Le Dr Hughes vous a dit que vos problèmes seraient moins grave si vous subissiez l'intervention?
- R. Tout de suite.
- Q. Que si vous attendiez et il vous a dit ce qui pourrait arriver si vous attendiez?

A. If I would wait a couple of years more I may be in the shoes as the other person he was worried about.

Q. What had happened to that other person?

A. Honestly, I never saw him or was talking with that person. I saw him from a far distance. I never spoke to him about it.

Q. It went further than that, didn't it. Dr. Hughes told you you might fall down, that you might pass out, or have a headache?

HIS LORDSHIP: Ask those singly.

MR. CAMPBELL: You told us yesterday that Dr. Hughes had told you something about what might happen if you waited and you said you might fall on your nose?

A. Yes, if I let it go on for years, then one of these days it is going to be so bad that I just going to pass out, fall down, and I would lay there and I would be dead after that. It is not something tomorrow or next day or in a month if I let it go on.

Q. At some point in time that is what was going to happen?

A. Yes.

Q. He explained the risk?

A. It is a risk to wait a few more years, for 5 or 7 years. We were talking about it.

Q. Did you ask him anything else about the operation, as to how he was going to do it or what was going to be done?

A. Honestly, I didn't ask him. He was pointing it out where he had the operation. He was pointing it out with his finger, right there, he said (indicating).

Q. Did he tell you what he was going to do?

A. He said this is the artery and this is the pluggage and he has to remove the bad part of the artery. The only thing what I don't like, he didn't tell me a second pluggage was in my brain somewhere. He just talked about only this one on which he would operate. I said, "Dr. Hughes, why didn't you tell me about the other one, too" because he said, "That is something I couldn't touch," and that has caused the problem.

Q. You understood that you had that at the time?

A. I didn't know before the operation. He was telling me this only after I was paralyzed.

R. Si j'attendais deux ans ou plus, je serais peut-être dans la même situation que l'autre personne dont l'état l'inquiétait.

Q. Qu'est-il advenu de cette autre personne?

R. Honnêtement, je ne l'ai jamais vue et je ne lui ai jamais parlé. Je l'ai aperçue de loin. Je ne lui ai jamais parlé de cela.

Q. La conversation est allée plus loin que cela, n'est-ce pas? Le Dr Hughes vous a dit que vous pouviez tomber, que vous pouviez mourir, ou avoir des maux de tête?

SA SEIGNEURIE: Posez une seule question à la fois.

M^e CAMPBELL: Vous nous avez dit hier que le Dr Hughes vous avait parlé de ce qui pourrait arriver si vous attendiez et vous avez dit que vous pourriez tomber sur le nez?

R. Oui, si j'attends plusieurs années, un de ces jours ma situation sera tellement mauvaise que je perdray conscience, je tomberai, et je serai étendu là et je serai mort. Ce n'est pas quelque chose pour demain ni le jour suivant ni dans un mois si j'attends.

Q. A un certain moment, c'est ce qui devait vous arriver?

R. Oui.

Q. A-t-il expliqué le risque?

R. C'est un risque que d'attendre quelques années de plus, cinq ou sept ans. Nous en avons parlé.

Q. Lui avez-vous posé d'autres questions concernant l'opération, savoir de quelle façon il procéderait ou ce qu'il allait faire?

R. Honnêtement, je ne lui ai pas demandé. Il indiquait où serait l'opération, il l'indiquait avec son doigt, juste ici (le témoin indique).

Q. Vous a-t-il dit ce qu'il ferait?

R. Il a dit voici l'artère et voici l'obstruction, il devait enlever la partie abîmée de l'artère. La seule chose que je n'aime pas c'est qu'il ne m'a pas dit que j'avais une seconde obstruction quelque part dans le cerveau. Il n'a parlé que de celle qu'il devait opérer. J'ai dit «Dr Hughes, pourquoi ne m'avez-vous pas parlé de l'autre également» il a dit parce que «C'est quelque chose que je ne pouvais atteindre», et c'est ce qui a causé le problème.

Q. Vous avez compris que c'était ce que vous aviez à l'époque?

R. Je ne l'ai pas su avant l'opération. Il m'a dit cela seulement après ma paralysie.

Q. He hadn't told you before the operation that you had anything in your brain?

A. He didn't tell me anything about that.

Q. Are you saying you had it there at that time?

A. He told me so. When he was certain after the tests, he said the pluggage was here and he saw already the other one too, but he didn't tell me about it.

Q. How do you know that he saw that at that time?

A. He said it himself in his office after I saw him.

Q. Did he saw [sic] it was there from the beginning?

A. Yes, it was already there. He saw it on the test when he called [sic] my brain.

Q. When Dr. Hughes was telling you about what he was going to do in the operation and why he thought you should have an operation, did you understand everything that he was saying to you?

A. I understand the reason why he wants to do it and I agree also if he do it in time there may not be any problems later on. I was willing to go through with it.

Q. Did you have any discussions with Dr. Hughes about the possibility of being paralyzed?

A. No. That word paralyzed or stroke was never in my mind and I didn't know anything about it before I was already done and saw people with that problem.

Q. Did you know what the word meant?

A. This time I didn't know.

Q. You don't know whether it was used by Dr. Hughes or not?

A. I didn't hear from anybody. Not from Dr. Hughes or Dr. Szabo, paralyzing and stroke never occurred. No one mentioned it to me.

Q. You didn't understand what they meant?

A. Even so, I didn't understand because I don't have anything to do with it.

Q. Whatever they said along those lines you would not have understood?

A. They personally did not mention it to me, even the words they didn't mention. They didn't use words like paralyzing or stroke to me. The only concern was to get my blood pressure down to normal and

Q. Il ne vous avait pas mentionné avant l'opération que vous aviez quelque chose au cerveau?

R. Il ne m'a rien dit à ce sujet.

Q. Voulez-vous dire que c'était là à ce moment-là?

R. C'est ce qu'il m'a dit. Lorsqu'il a eu la certitude d'après les examens, il a dit que l'obstruction était ici et il voyait déjà l'autre également, mais il ne m'en a pas parlé.

Q. Comment savez-vous qu'il voyait l'autre à ce moment-là?

R. Il me l'a dit lui-même à son bureau lorsque je l'ai vu.

Q. Vous a-t-il dit que c'était là depuis le début?

R. Oui, c'était déjà là. Il l'a vu à l'examen de mon cerveau.

Q. Lorsque le Dr Hughes vous a dit ce qu'il ferait pendant l'opération et pourquoi il croyait que vous devriez subir une opération, avez-vous compris tout ce qu'il vous disait?

R. J'ai compris pourquoi il voulait la pratiquer et j'ai reconnu également que s'il le faisait à temps il n'y aurait peut-être pas de problème plus tard. Je voulais me faire opérer.

Q. Avez-vous discuté avec le Dr Hughes de la possibilité de paralysie?

R. Non. Les mots paralysie ou accident cérébro-vasculaire ne me sont jamais venus à l'esprit et je ne savais rien à ce sujet avant d'en être une victime et de voir d'autres gens victimes de ce problème.

Q. Saviez-vous ce que signifiait le mot?

R. A ce moment-là je ne savais pas.

Q. Vous ne savez pas si le Dr Hughes l'a employé ou non?

R. Je n'ai entendu personne l'employer. Ni le Dr Hughes ni le Dr Szabo, les mots paralysie et accident cérébro-vasculaire n'ont jamais été prononcés. Personne ne me les a mentionnés.

Q. Vous ne saviez pas ce qu'ils voulaient dire?

R. Même à cela, je n'ai rien compris parce qu'ils me sont tout à fait étrangers.

Q. Quoi qu'ils aient pu dire sur ce sujet, vous n'auriez pas compris?

R. Eux-mêmes ne me l'ont pas mentionné, ils n'ont même pas prononcé les mots. Ils n'ont pas employé en me parlant de mots comme paralysie ou accident cérébro-vasculaire. Leur seul souci était de rétablir ma pression sanguine à la normale et c'est pourquoi ils m'ont prescrit des pilules et si ces

that is why they got pills and if the pills didn't help they would have to find out another way.

Q. Did you have any discussions with him about the operation?

A. Not with Dr. Orr.

Q. What about Dr. Szabo?

A. He was the one. I asked him in bold language in mine and in English and with Dr. Szabo I understand enough English. I said, "If you don't know how to pronounce it in Hungarian try to explain it to me in English". His answer was, "You are in good hands and if I would know the answer for it I would be a specialist myself."

Q. I take it you can't recall anything else that Dr. Szabo said?

A. Nothing else.

There is one piece of evidence from the patient's wife, when examined in chief, which supports what he himself said in reference to a visit made to the defendant's office after the operation. The transcript, volume 2 of the case, at pp. 314-15 shows the following:

Q. You say you spoke to Dr. Hughes about 2 months after the operation?

A. Yes.

Q. Whereabouts was that conversation?

A. In his office.

Q. Who was present?

A. Only my husband and me and him. I took my husband.

Q. The three of you?

A. Yes.

Q. Tell me about that conversation?

A. Well, it was a long one. It was mostly like we wanted to find out what was going on, what is this thing we are into because we had no idea what we were into. He said that the operation didn't work out, that he promised him that he will have everything back in his arm and right side, even though he won't be painting or drawing like he used to, and that is very painful for him. My husband wanted him to do another operation on him to fix him up and he said he can't do it because there is another blockage in the back of the head. He showed it. There is a tiny blockage. I asked him, "Why didn't you warn my husband because he

dernières n'avaient aucun effet ils devaient trouver un autre moyen.

Q. Avez-vous eu une autre conversation avec lui concernant l'opération?

R. Non pas avec le Dr. Orr.

Q. Et quant au Dr. Szabo?

R. C'était lui. Je lui ai demandé en langage direct, le mien et l'anglais et, avec le Dr. Szabo, je comprenais suffisamment d'anglais. J'ai dit «Si vous ne savez pas comment prononcer le mot en hongrois essayez de me l'expliquer en anglais». Il a répondu «Vous êtes en bonnes mains et si je connaissais la réponse à cela je serais spécialiste moi-même».

Q. Si je comprends bien, vous ne vous souvenez de rien d'autre que vous aurait dit le Dr. Szabo?

R. Rien d'autre.

Dans le témoignage que l'épouse du patient a donné en interrogatoire principal, il y a un élément de preuve qui appuie ce qu'il a lui-même dit au sujet d'une visite au bureau du défendeur après l'opération. Voici ce que l'on trouve dans les notes sténographiques, volume 2 du dossier, aux pp. 314 et 315:

[TRADUCTION] Q. Vous avez dit que vous avez parlé au Dr. Hughes environ deux mois après l'opération?

R. Oui.

Q. Où s'est déroulée cette conversation?

R. Dans son bureau.

Q. Qui était présent?

R. Seulement mon mari, moi-même et lui. J'ai amené mon mari.

Q. Tous les trois?

R. Oui.

Q. Parlez-moi de cette conversation?

R. Bien elle a été très longue. C'est comme si nous avions essayé de savoir ce qui se passait, ce qui nous était arrivé, parce que nous n'en avions aucune idée. Il a dit que l'opération n'avait pas réussi, il lui a promis que tout se rétablirait dans son bras et son côté droit, même s'il ne pouvait plus peindre ou dessiner comme il en avait l'habitude, et c'est très pénible pour lui. Mon mari voulait qu'il pratique une autre opération afin de le rétablir et il a dit qu'il ne pouvait pas parce qu'il y avait une autre obstruction à l'arrière de la tête. Il nous l'a montrée. Il y a une toute petite obstruction. Je lui ai demandé «Pourquoi n'avez-vous pas

would rather have died than take the operation which cripples him" and he said, "Mrs. Reibl, I never tell these things to my patients."

Q. Did he say why not?

A. No, he didn't. Maybe; I don't know. It was a nightmare.

Q. Do you remember anything else with respect to the conversation which you had with Dr. Hughes?

A. He said something about my husband's work; "When you work you do some mistakes, too, don't you, which can't be corrected?" My husband said, "If I have a screw in wrong I take it out and put it right. You do the same," and he said he can't.

There was no cross-examination on this evidence.

Counsel for the plaintiff completed his case, having called Dr. Schacter and Dr. Elgie and other witnesses, by reading into the record portions of the examination for discovery of the defendant. I refer to the transcript of evidence, volume 2, at pp. 325 *et seq.*:

"Q. All right. Now this lesion you discovered through the arteriogram would you describe it as asymptomatic?

A. Yes, I would.

Q. What do you mean by asymptomatic?

A. Well, not causing any detectable neurological dysfunction or abnormality."

"Q. And how many have you carried out or performed before you performed this one on the plaintiff, John Reibl?

A. That is, up to 1970?

Q. Yes.

A. Somewhere around 60 or 70.

Q. And how many of those have been asymptomatic patients?

A. Oh, 4 or 5, I think.

Q. Now of those 60 or 70 that you carried out, what incidents of stroke have there been?

A. At the time of or during surgery or post-operatively?

Q. During surgery?

prévenu mon mari parce qu'il aurait préféré mourir plutôt que d'avoir cette opération qui l'a laissé handicapé» et il a dit «M^{me} Reibl, je ne dis jamais ces choses à mes patients».

Q. Vous a-t-il dit pourquoi?

R. Non, il n'a rien dit. Peut-être; je ne sais pas. C'était un cauchemar.

Q. Vous souvenez-vous d'autre chose au sujet de la conversation que vous avez eue avec Dr Hughes?

R. Il a parlé du travail de mon mari; «Lorsque vous travaillez vous faites des erreurs, également, n'est-ce pas, qu'il est impossible de corriger?» Mon mari a dit «Si je place une vis incorrectement je l'enlève et je la remets. Faites de même», et il a dit qu'il ne le pouvait pas.

Il n'y a pas eu de contre-interrogatoire sur ce témoignage.

Ayant fait témoigner les Dr Schacter et Elgie, l'avocat du demandeur a terminé sa preuve en lisant, pour qu'ils soient versés au dossier, certains extraits de l'interrogatoire préalable du défendeur. Il s'agit des notes sténographiques, volume 2, aux pp. 325 et suiv.:

[TRADUCTION] «Q. Très bien. Décririez-vous la lésion que vous a permis de découvrir l'artériogramme comme asymptomatique?

R. Oui, je la décrirais ainsi.

Q. Que voulez-vous dire par asymptomatique?

R. C'est-à-dire qui ne cause pas de mauvais fonctionnement ou d'anomalie neurologique décelable.»

«Q. Combien en avez-vous pratiqué avant celle que vous avez pratiqué sur le demandeur, John Reibl?

R. C'est-à-dire jusqu'en 1970?

Q. Oui.

R. Environ 60 ou 70.

Q. Combien y avait-il de patients asymptomatiques parmi ceux-là?

R. Oh, 4 ou 5, je crois.

Q. Parmi ces 60 ou 70 combien d'accidents cérébro-vasculaires se sont produits?

R. Au moment de l'opération ou après celle-ci?

Q. Pendant l'opération?

A. Well, it's hard to tell really whether anything happens at the time of the actual surgery or whether it's some phase in the next hour or two during a recovery period, they're still under the anaesthetic, and so on, but I think it would be somewhere 10 to 15 per cent. Of course, this takes in a long period of time and we were operating originally on patients who had massive strokes that we learned later not to be operating on, so statistics generally improve as the years go on."

R. C'est difficile de dire réellement si quelque chose s'est produit pendant l'opération ou dans l'heure ou les deux heures qui suivent l'opération pendant la période de réveil, alors que le patient est encore sous l'effet de l'anesthésie, etc., mais je crois qu'il s'agit d'environ 10 à 15 pour cent. Cela s'échelonne bien sûr sur une longue période de temps et nous opérions auparavant des patients qui avaient été victimes d'accidents cérébro-vasculaires graves, ce que l'expérience nous a appris à ne plus faire, aussi, les statistiques s'améliorent avec le temps.»

«Q. The 4 or 5 asymptomatic patients, had any of them suffered a stroke?

A. Yes.

Q. What number?

A. Just the one, just one.

Q. You're not including Mr. Reibl in that?

A. No, one before that.

Q. And of the 60 or 70 that you performed how many died from the surgery?

A. Well, again a lot of these were early. I would say probably it would be 8 to 9, 8 to 10, I'll say.

Q. All right. And then was there any medical data or writings available to you as of March, 1970, to indicate what incidents of risk there was generally in carrying out this type of surgical procedure?

A. At that time the mortality rate was getting pretty low. It was less than 4 per cent. The morbidity rate was still around 10 per cent.

Q. By morbidity you mean those in which a stroke occurred?

A. Some complication of operation or immediate problem."

«Q. Well, then, at that time what was your opinion as to the risk involved in this form of surgery?

A. I felt at that time the, perhaps I can put it this way, that the risk of a patient becoming paralyzed was greater without the surgery than it was with surgery and this is actually the way it was presented to the patient.

Q. Well, leaving out the risk to himself if he did not have the surgery, what risk did you see was attendant on the surgery itself?

A. Well, the possibility of a stroke.

«Q. Parmi ces 4 ou 5 patients asymptomatiques, certains ont-ils été victimes d'accidents cérébro-vasculaires?

R. Oui.

Q. Combien?

R. Un seulement, un seulement.

Q. Sans compter M. Reibl?

R. Non, un avant lui.

Q. Parmi les 60 ou 70 que vous avez opérés combien sont morts des suites de l'opération?

R. Bon, il s'agit pour la plupart des premières opérations. Je dirais probablement 8 ou 9 ou 8 à 10.

Q. Très bien. En mars 1970, existait-il des données médicales ou des documents pour indiquer quel genre de risques résultait généralement de ce type d'intervention chirurgicale?

R. A cette époque, le taux de mortalité avait beaucoup diminué. Il était inférieur à 4 pour cent. Le taux de morbidité se situait encore aux environs de 10 pour cent.

Q. Par morbidité vous voulez dire ceux qui sont victimes d'un accident cérébro-vasculaire?

R. Des complications de l'opération ou des problèmes immédiats.»

«Q. Alors, à cette époque, que pensiez-vous du risque que comportait ce type d'opération?

R. J'estimais à l'époque que, en d'autres mots, que le risque de paralysie chez un patient était plus grand s'il n'y avait pas d'opération qu'il ne l'était avec l'opération et c'est en réalité ce qui a été dit au patient.

Q. Bien, mis à part le risque qu'il courrait lui-même s'il ne subissait pas l'opération, quels risques comportait l'opération elle-même, à votre avis?

R. Bien, la possibilité d'un accident cérébro-vasculaire.

Q. And what did you think in terms of percentage that risk was?

A. In my own mind, and I don't believe I gave him any specific figure other than the fact that he was better one way than the other, around the 10 to 15 per cent."

Going now, My Lord, to page 28, questions 249 to 252:

"Q. Doctor, we cannot ask you that at the moment. You finished the operation. When did you next see the patient?

A. It was within about an hour in the intensive care unit. Again, I keep these people in the intensive care unit for the first night and I was making some rounds after we finished the operation and then it would be about 4:30 I think. When I went back to the intensive care unit and he was starting to come around at that time.

Q. Was there any symptoms then of—

A. Yes, the girls had just finished checking him as a matter of fact when I went into the intensive care unit and they felt that his grip, the hand grip on the right side was somewhat weak.

Q. Yes, and what did you do?

A. So I examined him again at that time and his right arm was weak and I felt that his right leg was showing some minimal weakness at that time.

Q. He is still unconscious at this point?

A. He was starting to rouse. I wouldn't say he was actually conscious, perhaps, but he was certainly starting to make sounds and talk sort of thing."

"Q. It was apparent then that he suffered a stroke?

A. It appeared that he was actually having one.

Q. When you saw him?

A. He was into a stroke evolution, yes."

"Q. So then, in effect, he had paralysis of the right side?

A. That's correct.

Q. What's the medical term for that?

Q. A combien évalueriez-vous ce risque en pourcentage?

R. A mon avis, je ne crois pas lui avoir donné de chiffre précis sauf lui avoir dit ce qu'il était préférable qu'il fasse, à environ 10 ou 15 pour cent.»

Votre Seigneurie, nous nous reportons maintenant à la p. 28, aux questions 249 à 252:

"Q. Docteur, nous ne pouvons vous poser cette question pour l'instant. Vous avez terminé l'opération. Quand avez-vous vu le patient pour la première fois ensuite?

R. Au cours de l'heure suivante, aux soins intensifs. Je répète que je garde ces patients aux soins intensifs pour la première nuit et je faisais une visite après avoir terminé l'opération, il devait être environ 4 h 30 je crois. Quand je suis retourné aux soins intensifs, il commençait à s'éveiller à ce moment.

Q. Y avait-il alors des symptômes de—

R. Oui, de fait, les filles venaient de l'examiner lorsque je suis arrivé aux soins intensifs et elles trouvaient que la poigne, la poigne de sa main droite était plutôt faible.

Q. Oui, et qu'avez-vous fait?

R. Alors je l'ai examiné à nouveau à ce moment et son bras droit était faible et j'ai trouvé que sa jambe droite présentait une faiblesse minimale à ce moment-là.

Q. Était-il toujours inconscient à ce moment-là?

R. Il commençait à s'éveiller. Je ne dirais pas qu'il était réellement conscient, peut-être, mais il commençait certainement à émettre des sons et à parler en quelque sorte.»

"Q. Était-il alors évident qu'il avait été victime d'un accident cérébro-vasculaire?

R. Il semblait être victime d'un accident cérébro-vasculaire à ce moment-là.

Q. Lorsque vous l'avez vu?

R. Un accident cérébro-vasculaire était en cours, oui.»

Q. Alors, il était vraiment paralysé du côté droit?

R. C'est exact.

Q. Quelle est l'expression médicale pour désigner cela?

A. Hemiplegia."

"Q. Did you ever have any further conversation with the plaintiff Mr. Reibl after your last examination of him while he was in the hospital in 1970?

A. Yes, he came into my office on May 4th, 1970. . . .

Q. Can you tell me what was said as best as you can recall?

A. Well, he was concerned really at that time that he didn't feel that we had told him that this possibility of weakness might happen after the operation. It seemed to be almost fixed with him."

"Q. Did you make any notes of the conversation this time?

A. I have some notes here. I don't think there is anything specifically about what he said but I have some notes about what he did, tool and die maker. He couldn't work in Canada as a tool and die maker because of the language problem and again the other thing that was really quite upsetting to him was that he had been working at Ford for 8½ years and it required something like 10 years before he could get on a pension program and this, of course, bothered him quite a bit. He had been unhappy with the rehabilitation. He mentioned this. He didn't think they were doing enough for him at Shedoke Centre [a rehabilitation centre] and I have a note that he was not encouraged, meaning more or less depressed. He says he will probably never get back to Ford."

"Q. Dr. Hughes, the surgery that you performed, did you consider it in any way an emergency form of surgery; that is, to meet a condition of emergency that then existed?

A. No."

The defendant, Dr. Hughes, examined in chief spoke of the detection of a bruit, that is, a sound of noise, in the plaintiff's left carotid artery as a result of an initial examination. Then followed a reference to the arteriogram which disclosed a narrowing of the artery, with a consequent substantial decrease of the flow of blood. His evidence in chief then continued as follows, beginning at p. 334 of volume 2 of the case on appeal:

R. L'hémiplégie."

"Q. Avez-vous eu d'autres conversations avec le demandeur M. Reibl après le dernier examen que vous lui avez fait lors de son séjour à l'hôpital en 1970?

R. Oui, il est venu à mon bureau le 4 mai 1970. . . .

Q. Pouvez-vous me relater la conversation au meilleur de votre souvenir?

R. Bien, il était vraiment contrarié à ce moment parce qu'il ne croyait pas qu'on lui avait dit que cette possibilité de faiblesse pourrait résulter de l'opération. Cela semblait une idée fixe chez lui."

"Q. Avez-vous pris des notes de la conversation cette fois?

R. J'ai quelques notes ici. Je ne crois pas qu'il y ait quoi que ce soit de précis sur ce qu'il a dit, mais j'ai des notes au sujet de son travail, outilleur-ajusteur. Il ne pouvait pas travailler au Canada comme outilleur-ajusteur à cause de la barrière linguistique et aussi, ce qui l'inquiétait vraiment était le fait qu'il avait travaillé chez Ford pendant huit ans et demi et qu'il fallait quelque chose comme dix ans avant de pouvoir bénéficier du plan de pension et cela bien sûr l'inquiétait sérieusement. Il était mécontent de la rééducation. Il l'a mentionné. Il ne croyait pas que l'on s'occupait suffisamment de lui au Shedoke Centre [un centre de rééducation], et j'ai noté qu'il n'avait pas bon moral, ce qui signifie plus ou moins qu'il était déprimé. Il dit qu'il ne retournerait probablement jamais chez Ford."

"Q. Dr Hughes, considérez-vous que l'opération que vous avez pratiquée était d'une certaine façon une opération d'urgence, c'est-à-dire une opération visant à remédier à une situation d'urgence qui existait alors?

R. Non."

Dans son interrogatoire principal, le Dr Hughes, le défendeur, a parlé de la détection d'un bruit ou d'un son dans l'artère carotide gauche du demandeur au cours d'un examen initial. Il a ensuite parlé de l'artériogramme qui a révélé un rétrécissement de l'artère d'où une diminution substantielle de la circulation sanguine. Son témoignage principal se poursuit comme suit, à la p. 334 du volume 2 du dossier d'appel:

Q. Having visualized that through the process of the arteriogram, did you have an opinion as to what was the appropriate action to take?

A. Yes, I felt that even though this narrowing of the artery was not causing any obvious neurological deficit, or any neurological problems at that particular time, that he probably should have this removed to prevent a stroke some time in the future.

Q. In your opinion, and let's talk about it in terms of 1970, what did the future hold for him if the surgery was not undertaken as opposed to the risk if it was?

A. I think I can say that at that time we had some definite evidence that leaving an artery in this condition alone would definitely have an increased risk of a stroke in the next several years.

Q. What were you able to determine about his vascular system and his condition in that respect?

A. There was a small plaque higher up in the artery on the same side. There was another very small one on the right side just at the level of the division of the main artery.

Q. Did he show any neurological deficits at all?

A. No, he didn't. I believe there was a brain wave test taken at the time he was in hospital previously which was within normal limits.

Q. Did you discuss with the plaintiff having the operation?

A. Yes, I did.

Q. The operation being the one which was ultimately undertaken?

A. That is correct.

Q. An endarterectomy?

A. Yes.

Q. When did you discuss his undergoing the operation and what did you say to him?

A. I think it was the next day after the arteriogram. At that time we were doing the angiograms quite often in the early afternoon so they were still fairly drowsy the rest of the afternoon and you didn't have a chance to talk to them about it. So it is the next day you talk to the patient.

Q. This is 6 years ago and you don't have a note of it?

A. No.

Q. What did you say?

[TRADUCTION] Q. Ayant visualisé cela au moyen de l'artériogramme, aviez-vous une opinion quant à la procédure appropriée?

R. Oui. J'étais d'avis que, même si ce rétrécissement de l'artère ne causait aucune déficience neurologique évidente ou aucun problème neurologique à ce moment-là, il fallait sans doute le faire disparaître pour prévenir un accident cérébro-vasculaire plus tard.

Q. A votre avis, et reportons-nous à l'année 1970, que lui réservait le futur s'il ne subissait pas l'opération par opposition au risque s'il la subissait?

R. Je peux dire, je crois, qu'à cette époque, nous avions des preuves certaines que laisser une artère dans cet état présentait certainement un risque plus grand d'accident cérébro-vasculaire au cours des années suivantes.

Q. Qu'avez-vous pu déterminer relativement à son système vasculaire et à son état à cet égard?

R. Il y avait une petite plaque plus haut dans l'artère du même côté. Il y en avait une autre, très petite, du côté droit juste au niveau de la division de l'artère principale.

Q. Manifestait-il un déficit neurologique?

R. Non, aucun. Lors de son séjour antérieur à l'hôpital il avait passé, je crois un électro-encéphalogramme dont le résultat était normal.

Q. Avez-vous parlé de l'opération avec le demandeur?

R. Oui, je lui en ai parlé.

Q. De l'opération qui a finalement été pratiquée?

R. Oui, c'est exact.

Q. Une endartériectomie?

R. Oui.

Q. Quand lui avez-vous parlé de l'opération qu'il devait subir et que lui avez-vous dit?

R. Je crois que c'était le lendemain de l'artériogramme. À cette époque, nous faisions les angiogrammes très souvent en début d'après-midi de sorte qu'ils étaient encore assez endormis le reste de l'après-midi et vous n'aviez pas la possibilité de leur en parler. Aussi, vous parlez au patient le lendemain.

Q. Il y a 6 ans de cela et vous n'avez pas pris de notes?

R. Non.

Q. Qu'avez-vous dit?

A. I talked to him about the fact that there was a narrowing in the artery, that only 10 or 15 per cent of the blood was getting through, and I felt the chances of preventing a stroke were better by having the operation than if we left him alone, in which case he might have a stroke within a few years.

Q. Did you use any statistics at all?

A. I didn't use any actual figures. I used my knowledge that there was a trend in these directions.

Q. In that first conversation did he have any questions or queries at all?

A. No, he didn't.

Q. Did he give you an answer at that time?

A. I believe he said he wanted to have something done. I think he was very concerned about his headaches at that time and I feel that he wanted something done to try to improve everything, not just this narrowing or stroke problem. He said, "Go ahead and make the arrangements".

Q. Did you indicate that his headaches were causally connected at all to the bruit?

A. I indicated to him, and he had asked me about this, and I'm not sure whether it was that talk or subsequently again, but I did tell him I didn't feel the headaches would necessarily be improved. I told him I didn't think they would be improved from the operation, as a matter of fact.

Q. Did you have more than one conversation with him on this subject of what the future held for him and explaining the operation to him?

A. Yes.

Q. How many times did you speak to him?

A. Two or three times after that first talk. Probably two more times after the first time I talked to him about the operation.

Q. Over what period of time?

A. Over another 4 or 5 days.

Q. If you can sort out the different conversations and when you said what day or when looking back over this span of time, I ask you generally what were the contents of all the discussions taken together?

A. At one stage I know Dr. Szabo was with me and we talked to the patient about this and Dr. Szabo explained to him, as best he could in Hungarian, which I don't understand; at any rate, he went

R. Je lui ai parlé du fait qu'il y avait un rétrécissement de l'artère, que seulement 10 à 15 pour cent du sang pouvait circuler, et que je croyais que les chances de prévenir un accident cérébro-vasculaire étaient meilleures s'il subissait l'opération que s'il demeurait ainsi, dans ce dernier cas il pouvait subir un accident cérébro-vasculaire dans les années suivantes.

Q. Avez-vous mentionné des statistiques?

R. Non, je n'ai pas donné de chiffres. J'ai utilisé ma connaissance des tendances en ce sens.

Q. Au cours de cette première conversation a-t-il posé des questions?

R. Non, aucune.

Q. Vous a-t-il donné une réponse à ce moment-là?

R. Je crois qu'il a dit vouloir qu'on fasse quelque chose. Je crois que ses maux de tête l'inquiétaient beaucoup à ce moment-là et j'ai l'impression qu'il désirait qu'on fasse quelque chose pour tout améliorer, pas seulement le rétrécissement ou le problème cérébro-vasculaire. Il a dit «Allez-y, prenez les dispositions nécessaires».

Q. Lui avez-vous dit que ses maux de tête étaient reliés au bruit?

R. Je lui ai dit, et il m'avait interrogé à ce sujet, et je ne suis pas certain si c'était lors de cette conversation ou par la suite, mais je lui ai dit que je ne croyais pas que ses maux de tête diminueraient nécessairement. En fait, je lui ai dit que je ne croyais pas que l'opération aurait pour effet de les atténuer.

Q. Avez-vous eu plus d'une conversation avec lui pour discuter de ce que l'avenir lui réservait et lui expliquer l'opération?

R. Oui.

Q. Combien de fois lui avez-vous parlé?

R. Deux ou trois fois après cette première conversation. Probablement deux autres fois après la première fois où je lui ai parlé de l'opération.

Q. Sur quelle période de temps?

R. Sur une période de 4 ou 5 jours.

Q. Si vous pouvez distinguer les différentes conversations et ce que vous avez dit à une occasion particulière lorsqu'on retourne en arrière, je vous demande quel était en général le contenu de l'ensemble des conversations?

R. Je sais qu'à un certain moment le Dr. Szabo était avec moi et nous avons parlé de cela au patient et le Dr. Szabo lui a expliqué, aussi bien qu'il pouvait le faire en hongrois, langue que je ne comprends

over the explanation of the operation with the patient and I think tried to relate my feeling that----

MR. HOWIE: We are in a difficult area and I appreciate what the doctor is trying to do. If he didn't understand what Dr. Szabo said I would prefer to have Dr. Szabo say it:

HIS LORDSHIP: Are you going to call him?

MR. LAIDLAW: I expect we will.

HIS LORDSHIP: Under those circumstances.

MR. LAIDLAW: Let's stick to what I can do with this doctor.

HIS LORDSHIP: He is listening to someone speaking in Hungarian?

A. Yes.

MR. LAIDLAW: First of all, were the mechanics of the operation ever explained to the plaintiff? Did you ever explain the mechanics?

A. The incision-type of thing?

Q. Even in general terms?

A. It was to remove this plug or blockage of the artery.

Q. And Dr. Szabo was present on one occasion, had you had a discussion with Dr. Szabo in his presence as to what was going to go on?

A. I talked to Dr. Szabo previously and I don't know whether it was coincidence or not, but we happened to see the patient at the same time.

HIS LORDSHIP: Did you explain to the patient in Dr. Szabo's presence and Dr. Szabo act as interpreter?

A. That is correct.

MR. LAIDLAW: What did you say to the plaintiff at the time Szabo was purporting to translate?

A. That we felt in the best interests of the patient the artery should be opened up, the blood supply restored, and then again the question came up of, "What are the chances of something happening to me, paralysis?" I am sure he used that word. I said I just felt the chances of having a stroke by not operating were better than if we did operate on him.

Q. Did he ask whether he might suffer one, in any event, as a result of the operation?

A. Yes, that is what he was asking.

Q. What did you tell him?

MR. HOWIE: That is a leading and important question.

pas; quoi qu'il en soit, il a expliqué à nouveau l'opération au patient et je crois qu'il essayait de lui transmettre mon opinion que----

ME HOWIE: Nous sommes sur un terrain difficile et je vois ce que le docteur essaie de dire. S'il n'a pas compris ce que le Dr Szabo a essayé de dire je préférerais que le Dr Szabo le dise lui-même:

SA SEIGNEURIE: Allez-vous le citer?

ME LAIDLAW: Je le crois.

SA SEIGNEURIE: Dans ces circonstances . . .

ME LAIDLAW: Tenons-nous en à ce que je peux faire avec ce témoin.

SA SEIGNEURIE: Il écoute quelqu'un qui parle en hongrois?

R. Oui.

ME LAIDLAW: Tout d'abord, aviez-vous déjà expliqué la procédure de l'opération au demandeur? Lui avez-vous expliqué la procédure?

R. L'incision par exemple?

Q. Même en termes généraux?

R. C'était pour faire disparaître cette obstruction ou blocage de l'artère.

Q. Et le Dr Szabo était présent une fois, avez-vous eu une conversation avec le Dr Szabo en sa présence sur ce qui allait se passer?

R. J'avais parlé au Dr Szabo précédemment et je ne sais pas si c'était par coïncidence ou non, mais nous avons vu le patient en même temps.

SA SEIGNEURIE: Avez-vous donné des explications au patient en présence du Dr Szabo alors que le Dr Szabo agissait comme interprète?

R. C'est exact.

ME LAIDLAW: Qu'avez-vous dit au demandeur lorsque le Dr Szabo agissait comme interprète?

R. Que nous estimions qu'il était dans l'intérêt du patient que l'artère soit opérée, que la circulation sanguine normale soit rétablie et, à nouveau la question s'est posée, «Quels sont les risques qu'il m'arrive quelque chose, la paralysie?» Je suis certain qu'il a employé ce mot. Je lui a dit qu'à mon avis, les risques de subir un accident cérébro-vasculaire étaient plus élevés s'il ne subissait pas l'opération que s'il la subissait.

Q. Vous a-t-il demandé s'il risquait d'en subir un de toute façon par suite de l'opération?

R. Oui, c'est ce qu'il demandait.

Q. Que lui avez-vous dit?

ME HOWIE: C'est une question suggestive et importante.

MR. LAIDLAW: What did you tell him?

HIS LORDSHIP: Don't lead Mr. Laidlaw, please.

MR. LAIDLAW: What did you tell him?

A. I told him again that the chances were still better of not having a stroke with the operation than they were leaving it alone.

Q. Did he have any other questions or queries at all prior to the operation concerning it?

A. I don't remember anything. He seemed to want to really get on and get this operated on and get straightened around.

The defendant went to see the plaintiff in the recovery room after the operation and noticed some weakness in the right arm. The patient was transferred to intensive care and his condition changed for the worse. Dr. Hughes was called back to see him. The doctor's evidence was the following:

Q. Was there a difference between his condition that you had seen in the recovery room?

A. Yes.

Q. The time span was about what?

A. Perhaps another half hour after he was transferred from recovery room to the intensive care unit, half an hour to three-quarters of an hour.

Q. What opinion did you hold when you saw him in the intensive care unit?

A. I felt that he was either having a stroke, and I couldn't be sure whether he had flipped off a piece of blood clot, embolism, or was starting to occlude his carotid artery. The fact that he had weakness of the right arm suggested to me that it was a small piece of clot that had flipped up from the suture line area of the operation. Because of that I felt that there was a fairly good chance we could leave well enough alone and not do anything at that particular time. When he changed for the worse, in some of the other vital signs—he was getting a brain swelling at this time—I felt at that stage we should not re-operate on him because of the very high chance of having mortality.

Q. From what cause?

A. Just from bleeding in the brain due to the fact that any area of infarction, whether from an embolus or occlusion of the artery of the neck, vascular insufficiency, does cause softening of the brain which causes weakening; the blood vessels are

ME LAIDLAW: Que lui avez-vous dit?

SA SEIGNEURIE: Ne guidez pas le témoin M^e Laidlaw, s'il-vous-plaît.

ME LAIDLAW: Que lui avez-vous dit?

R. Je lui ai répété que les risques de subir un accident cérébro-vasculaire étaient moins élevés s'il subissait l'opération que s'il demeurait dans son état actuel.

Q. A-t-il eu d'autres questions ou points d'interrogation sur ce sujet avant l'opération?

R. Je ne me souviens de rien. Il semblait vraiment vouloir que l'on s'y mette, qu'on l'opère et qu'on rétablisse tout.

Le défendeur est allé voir le demandeur dans la salle de réveil après l'opération et a remarqué une certaine faiblesse du bras droit. Le patient a été transféré à l'unité de soins intensifs et son état s'est aggravé. Le Dr Hughes a été rappelé à son chevet. Voici le témoignage du médecin:

[TRADUCTION] Q. Son était était-il différent de ce qu'il était dans la salle de réveil?

R. Oui.

Q. Combien de temps s'était-il écoulé?

R. Peut-être une autre demi-heure après son transfert de la salle de réveil à l'unité de soins intensifs, une demi-heure à trois quarts d'heure.

Q. Quelle a été votre opinion lorsque vous l'avez vu à l'unité de soins intensifs?

R. J'étais sous l'impression qu'il était en train de faire un accident cérébro-vasculaire, et je me demandais si un caillot de sang s'était déplacé, s'il faisait une embolie ou si une occlusion commençait à se former dans l'artère carotide. Sa faiblesse dans le bras droit me laissait croire qu'un petit caillot s'était détaché de la région suturée. C'est pourquoi je pensais que nous pourrions sans doute laisser les choses telles quelles et ne rien faire à ce moment précis. Lorsque son état s'est aggravé, dans certains de ses autres signes vitaux—it commençait un oedème au cerveau à ce moment—j'étais d'avis qu'il ne fallait pas le soumettre à une nouvelle opération à ce moment-là compte tenu des très grands risques de décès.

Q. A cause de quoi?

R. Simplement à cause de l'hémorragie au cerveau, puisque dans tout infarctus, qu'il résulte d'une embolie, d'une occlusion de l'artère du cou, d'une insuffisance vasculaire, entraîne un ramollissement cérébral qui entraîne la faiblesse; les

weaker, and if the blood flow is restored the extra pressure will often cause a cerebral haemorrhage.

Dr Hughes said also that within a short time, about fifteen minutes or so, and on his own observation, the plaintiff changed from being in a hemiparetic condition to a hemiplegic condition. It would be dangerous he said to re-operate on such a patient, the mortality rate being from twenty to sixty per cent. Further evidence in chief touched upon post-operative care which, as I noted early in these reasons, was not an issue in this Court.

Finally, there is the cross-examination of the defendant, which I wish to reproduce in its portions relevant to the disclosure of the risks of having or not having the recommended operation. The matter is considered in volume 2 of the case on appeal, beginning at p. 361:

- Q. I want to go to the issue of risk. First of all, would you agree with me that in 1970 you were aware of the fact that there were specific risks attendant upon the surgery that you were recommending to Mr. Reibl?
- A. Yes, there were some risks. They were really quite minimal actually.
- Q. On your examination for discovery that I read in yesterday, you indicated that it was something less than 4 per cent chance of mortality and something in the order of 10 per cent with respect to morbidity?
- A. Yes, I think it probably was even lower than that.
- Q. In 1973 you felt it was what I said; is that correct?
- A. On the discovery?
- Q. Yes?
- A. Yes.
- Q. Do you agree with me that everyone of your patients, and I do not care the operative procedure you might recommend, is entitled to give an informed consent; is that fair?
- A. Yes.
- Q. When we speak of "informed" we mean that the patient should be sufficiently aware of the risks and of the nature of the surgery in order to be able to decide to have it or not have it?
- A. That is correct.

vaisseaux sanguins sont plus faibles, et si la circulation sanguine est rétablie la pression supplémentaire causera souvent une hémorragie cérébrale.

Le Dr Hughes a également dit que dans un bref intervalle, environ quinze minutes, il avait lui-même remarqué que l'état d'hémiparésie du demandeur était devenu un état d'hémiplégie. Il serait dangereux, a-t-il dit, d'opérer à nouveau un tel patient puisque le taux de mortalité se situe entre vingt et soixante pour cent. Une autre partie du témoignage principal a porté sur les soins postopératoires qui, je l'ai dit précédemment, ne sont pas en litige devant cette Cour.

Il y a finalement le contre-interrogatoire du défendeur dont je désire reproduire ici les parties pertinentes quant à la divulgation des risques que comportait l'opération envisagée ou l'absence de cette opération. Cette question est traitée dans le volume 2 du dossier d'appel, à partir de la p. 361:

- [TRADUCTION] Q. Je désire examiner la question du risque. Tout d'abord, reconnaissiez-vous qu'en 1970 vous étiez conscient du fait que l'opération que vous recommandiez à M. Reibl comportait des risques précis?
- R. Oui, elle comportait certains risques. Ils étaient en réalité plutôt minimes.
- Q. Dans l'interrogatoire préalable dont j'ai fait lecture hier, vous indiquez que le taux de mortalité était inférieur à 4 pour cent et que le taux de morbidité se situait aux environs de 10 pour cent?
- R. Oui, je crois que c'était probablement même inférieur à cela.
- Q. En 1973, vous étiez d'avis que c'était ce que j'ai dit? Est-ce exact?
- R. A l'interrogatoire préalable?
- Q. Oui?
- R. Oui.
- Q. Reconnaissiez-vous que tous vos patients, quelle que soit l'intervention chirurgicale que vous envisagez, ont le droit de donner un consentement éclairé; est-ce juste?
- R. Oui.
- Q. Lorsque nous parlons d'"éclairé", nous voulons dire que le patient devrait être suffisamment conscient des risques et de la nature de l'opération pour pouvoir décider de la subir ou de ne pas la subir?
- R. C'est exact.

Q. Would you agree with me that that is the standard that every good neurosurgeon should operate under in terms of obtaining or not obtaining the patient's consent?

A. Yes.

Q. I want to try and make sure we understand each other. There are risks to any surgery?

A. That is correct.

Q. When we speak of the ordinary risks of surgery we refer to things like the surgeon's knife slipping and causing injury, an anaesthetic that does not work properly, a failure on the part of the anaesthetist, Any one of the dozen things that are ordinarily attendant upon surgery?

A. That is correct.

Q. When you get down to specific procedures then apart from, in effect, letting the patient know that all surgery has some risk, which most people should understand in any event, when you come down to specific procedures would you agree with me that you are under an obligation to tell your patient about specific risks?

A. Yes, it might vary a bit with the patient but generally, yes.

Q. Why do you say it would vary a bit with the patient?

A. Some patients are certainly very nervous, anxious.

Q. Frightened?

A. Frightened, yes. Others you start to explain the situation to them and they say, "I don't want to know anything about it. Let's get on and get the job done."

Q. You have had the experience very often where you have explained the specific risks attendant upon a particular procedure that you feel should be done for the patient's benefit and the patient has refused the surgery?

A. Yes.

Q. Too nervous or too scared, or whatever it is?

A. Yes.

Q. Even in situations where they have heard people have had it and are paralyzed back in Italy, out east, or somewhere else?

A. Yes.

Q. In this case it was your desire on behalf of your patient to help him?

Q. Reconnaissez-vous que c'est la norme que devrait suivre tout bon neurochirurgien pour ce qui est d'obtenir ou de ne pas obtenir le consentement du patient?

R. Oui.

Q. Je désire m'assurer que nous nous comprenons bien. Toute opération présente des risques?

R. C'est exact.

Q. Lorsque nous parlons des risques ordinaires de l'opération, nous voulons dire des choses comme le bistouri du chirurgien qui glisse et blesse, un anesthésique qui n'agit pas bien, une faute de la part de l'anesthésiste. L'un ou l'autre d'une douzaine de facteurs que comporte ordinairement une opération?

R. C'est exact.

Q. Lorsque vous en venez au déroulement précis alors, en plus d'informer le patient que toute opération présente des risques, ce que la plupart des gens devraient comprendre de toute façon, lorsque vous en venez au déroulement précis, reconnaissez-vous que vous avez l'obligation d'informer votre patient des risques précis?

R. Oui, cela peut varier un peu selon le patient mais, de façon générale, oui.

Q. Pourquoi dites-vous que cela peut varier un peu selon le patient?

R. Certains patients sont certainement très nerveux, anxieux.

Q. Effrayés?

R. Effrayés, oui. A d'autres, vous essayez d'expliquer la situation et ils disent, «je ne veux rien savoir de cela. Allons-y et faites le travail.»

Q. Vous est-il très souvent arrivé d'expliquer à un patient les risques précis que comporte l'intervention particulière que vous envisagiez dans l'intérêt du patient et que ce dernier ait refusé l'opération?

R. Oui.

Q. Trop nerveux ou trop effrayé, ou quelque chose d'autre?

R. Oui.

Q. Même dans des situations où ils ont entendu parler de gens qui l'ont subie et qui sont paralysés en Italie, dans l'est ou ailleurs?

R. Oui.

Q. Dans ce cas-ci c'était votre désir au nom de votre patient de l'aider?

A. Yes.

Q. Therefore, you were anxious that he should have the surgery in this case?

A. I felt that he would definitely benefit from it, yes.

Q. I am going to suggest to you that in this case you never did specifically tell your patient of the specific risks of this surgery?

A. I didn't even have to because the patient asked me this himself.

Q. In other words what he said to you was, and correct me if I am wrong, "Is there any chance of my being paralyzed?" or words to that effect?

A. Yes, that is correct.

Q. In other words, he raised the issue with you?

A. Yes.

Q. Did you then tell him what his chances were of being paralyzed immediately or within a day or two as a result of this surgery?

A. No, I did not tell him any specific time after surgery. I told him that the chances of being paralyzed if he did not have the operation were greater—the chances of him being paralyzed if he did not have the operation were greater than if he did have the operation.

Q. You attempted to compare risks of being paralyzed by having the surgery or not having the surgery?

A. That is correct.

Q. Am I not correct that you told him, going on to deal with what would happen if he did not have the surgery, you went on to say to him that he might very well some day, within a few years, have a stroke, or words to that effect, and fall on his nose?

A. I don't know I said, "on his nose", but at least he could fall down.

Q. Within a few years he could have a stroke if he did not have this operation and there was a pretty good chance of that occurring?

A. Yes, right.

Q. I suggest to you, however, that what you did not do was specifically tell your patient that he ran a specific risk of having a stroke and, in effect, being paralyzed if he had this operation. Do you understand the distinction?

R. Oui.

Q. Donc, vous désiriez vraiment qu'il subisse l'opération dans ce cas-ci?

R. J'étais d'avis qu'il en bénéficierait vraiment, oui.

Q. Si je vous disais qu'en l'espèce, vous n'avez jamais informé précisément votre patient des risques précis que comportait cette opération?

R. Je n'ai pas eu besoin de le faire parce que le patient m'a lui-même interrogé à ce sujet.

Q. En d'autres mots, et corrigez-moi si j'ai tort, il vous a dit, «Se pourrait-il que je reste paralysé?» ou des mots dans ce sens-là?

R. Oui, c'est exact.

Q. En d'autres mots, il a amené le sujet dans la conversation?

R. Oui.

Q. Lui avez-vous dit alors quels étaient les risques de paralysie immédiate ou dans les quelques jours suivant cette opération?

R. Non, je ne lui ai pas donné de temps précis après l'opération. Je lui ai dit que le risque d'être paralysé s'il ne subissait pas l'opération était plus grand—que le risque d'être paralysé s'il ne subissait pas l'opération était plus grand que s'il la subissait.

Q. Vous avez essayé de comparer le risque d'être paralysé suite à l'opération à celui d'être paralysé sans l'opération?

R. C'est exact.

Q. N'est-il pas vrai que vous lui avez dit, alors que vous vouliez l'informer de ce qui arriverait s'il ne subissait pas l'opération, vous lui avez dit qu'il pourrait très bien un jour, dans quelques années, être victime d'un accident cérébro-vasculaire ou d'autres mots dans ce sens-là, et tomber sur le nez?

R. Je ne sais pas si j'ai dit, «sur le nez», mais au moins qu'il pouvait tomber.

Q. Il pouvait très bien être victime d'un accident cérébro-vasculaire dans les années suivantes s'il ne subissait pas l'opération?

R. C'est cela.

Q. Toutefois, si je vous disais que ce dont vous n'avez pas spécifiquement parlé à votre patient, c'est du risque précis qu'il courrait de faire un accident cérébro-vasculaire et, en fait, d'être paralysé s'il subissait cette opération. Comprenez-vous la distinction?

A. Yes. I felt that he realized he could have had a stroke because he asked the question.

Q. Do you think he actually understood what a stroke was?

A. He said, if not "paralyzed", "weakness".

Q. Let me take you back to your examination for discovery, page 14, question 139. If my friend objects to me saying this, perhaps he will let me know. Earlier on on that page you told the court how you described to him what the procedure was that you were going to do, the description physically of what you were going to do:

"Q. Right. Then did he appear to understand what was involved?

A. Yes, he did and as a matter of fact he brought up the question of possible complications. This was the first question he asked me, "What are the chances of having a stroke?"

Did he use those words?

A. Well, if he didn't use 'stroke' he used 'paralyzed'.

Q. You don't recall specifically?

A. No, but I do realize he asked a question about the complications.

Q. You got the impression it would have to do with him being paralyzed or something of that sort?

A. Yes.

"Q. And what did you tell him?

A. I told him again, or for the first time, that the chances we felt were better, the chances of not—I guess I put it in a negative way. The chances of not having a stroke were better with surgery than if we left well enough alone.

Q. So in essence you told him that he would be better off with surgery than to carry on without it?

A. Yes."

Is that true?

A. That is true.

Q. Will you agree with me that you did not discuss with him percentages of risk, whatever else you told him about this particular procedure, of having a stroke or being paralyzed as a result of the surgery?

R. Oui. J'étais d'avis qu'il réalisait qu'il pouvait être victime d'un accident cérébro-vasculaire puisqu'il posait la question.

Q. Croyez-vous qu'il ait réellement compris ce qu'était un accident cérébro-vasculaire?

R. Il a dit, sinon le mot «paralysé», le mot «faiblesse».

Q. Revenons à votre interrogatoire préalable, page 14, question 139. Si mon confrère s'oppose à ce que je vais dire, il peut me le faire savoir. Plus haut sur cette page vous avez dit à la cour comment vous avez expliqué au patient l'intervention que vous alliez pratiquer, la description matérielle de ce que vous alliez faire:

"Q. Bon. A-t-il semblé alors comprendre de quoi il s'agissait?

R. Oui, en fait il a parlé de complications possibles. Voici la première question qu'il m'a posée, «Quels sont les possibilités d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire?»

A-t-il employé ces mots?

R. Bien, s'il n'a pas parlé «d'accident cérébro-vasculaire», il a dit «paralysé».

Q. Vous ne vous souvenez pas exactement?

R. Non, mais je me rends bien compte qu'il a posé une question concernant les complications.

Q. Vous avez eu l'impression que cela portait sur la crainte d'être paralysé ou quelque chose du genre?

R. Oui.

"Q. Et que lui avez-vous dit?

R. Je lui ai dit à nouveau, ou pour la première fois, que les chances étaient à notre avis meilleures, les chances de ne pas—J'ai utilisé la négative je crois. Les chances de ne pas subir d'accident cérébro-vasculaire étaient meilleures avec l'opération que s'il demeurait dans son état actuel.

Q. En somme, vous lui avez dit qu'il serait préférable qu'il subisse l'opération plutôt que de ne pas la subir?

R. Oui."

Est-ce exact?

R. C'est exact.

Q. Reconnaissez-vous que vous n'avez pas discuté avec lui des pourcentages de risque, indépendamment de ce que vous lui avez dit concernant cette intervention particulière, d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire ou d'être paralysé par suite de l'opération?

A. I didn't mention any statistical figures.

Q. What I am concerned about is this: the plaintiff says, "If I had known and you, Dr. Hughes, had told me, that as a result of this surgery immediately I could be paralyzed, then I would have made an entirely different decision. All I believed was that whichever way I went I was then likely ultimately to have a stroke if I had the surgery." You heard his evidence?

A. Yes.

Q. What do you say about that?

A. I don't think he put any time limit on it either.

Q. He didn't put any time limit on it. I suggest you didn't tell him that he stood the risk in a positive way, that if he had the surgery there would be the risk of his having a stroke and becoming paralyzed, in effect, immediately after the surgery?

A. I didn't say that specifically.

Q. Don't you think that your patient had the right to know this specifically in order to give you an informed consent or refuse his consent?

A. Well, I think the fact that I said that we were talking 4 or 5 years, I think, as far as having a stroke without operation, I feel we were talking about the same interval. I didn't lay down a day or two or month or year either way.

Q. Don't you think that your patient was probably left in the position in which he thought if he did not have the operation he might very well, and there was a better chance of him having the stroke within 4 or 5 years than there was if you did the surgery on him?

A. Yes.

Q. What I am suggesting is that he did not understand and you did not tell him that he stood a specific risk, if he had the surgery, of being paralyzed as a result of the surgery?

A. Again only in the fact that we discussed the risks of either having or not having surgery without a time limit on when he might have something happen post-operatively.

Q. Page 18 of the examination for discovery, question 172:

"Q. Did Mr. Reibl ever ask you whether he might come out of the operation paralyzed?"

R. Je n'ai pas donné de statistiques.

Q. Voici ce qui me préoccupe: Le demandeur dit «Si j'avais su et si vous, Dr Hughes, m'aviez dit que suite à cette opération, je pourrais être immédiatement paralysé, alors j'aurais pris une décision tout à fait différente. Tout ce que je croyais était que de toute façon si je subissais l'opération je serais éventuellement victime d'un accident cérébro-vasculaire». Vous avez entendu son témoignage?

R. Oui.

Q. Qu'en dites-vous?

R. Je ne crois pas qu'il ait mentionné de délai lui non plus.

Q. Il n'a pas mentionné de délai. N'est-il pas vrai que vous ne lui avez pas dit qu'il courrait un risque de façon positive, que s'il subissait l'opération il courrait le risque d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire et d'être paralysé, en fait, immédiatement après l'opération?

R. Je n'ai pas dit cela précisément.

Q. Ne croyez-vous pas que votre patient avait le droit de le savoir précisément afin de vous donner un consentement éclairé ou de refuser son consentement?

R. Bien, je crois que puisque nous parlions d'un délai de 4 ou 5 ans, je crois, dans la mesure où nous parlions d'un accident cérébro-vasculaire sans opération, je pense que nous parlions à peu près du même délai. Je n'ai pas mentionné un délai d'un jour ou deux, d'un mois ou d'une année ni dans un cas ni dans l'autre.

Q. Ne croyez-vous pas que votre patient était probablement sous l'impression que s'il ne subissait pas l'opération il pourrait très bien, et le risque était plus grand, être victime d'un accident cérébro-vasculaire dans les 4 ou 5 ans, que si vous l'opériez?

R. Oui.

Q. Si je vous disais qu'il n'a pas compris et que vous ne lui avez pas dit qu'il courrait un risque précis, s'il subissait l'opération, de rester paralysé?

R. Encore une fois, seulement compte tenu du fait que nous avons parlé des risques que comportait l'opération ou l'absence d'opération sans prévoir de délai pour les complications postopératoires.

Q. Page 18 de l'interrogatoire préalable, question 172:

"Q. M. Reibl vous a-t-il déjà demandé s'il pouvait être paralysé par suite de l'opération?"

A. In so many words?

Q. Or words to that effect?

A. Well, to some effect yes, he said, 'What are my chances of being paralyzed with the operation?'

Q. And did you answer that question?

A. Yes.

Q. And what did you say?

A. I told him that the chances of his being paralyzed from the operation were less than they would be if he did not have the operation."

[Q.] Is that what you say? Do you agree now that that is what you told him?

A. Yes, I would say so.

Q. Assuming that is what he said?

A. Yes.

Q. A little lower down:

"This is something I did not understand, Doctor." There was actually a discussion of paralysis, was there?

A. Yes.

Q. I took it from what you said earlier that the gist of your discussion each time was, 'Look, you run the risk of a stroke if you don't have the operation. Therefore, you are better off to have the operation than not to have it.'?

A. Yes.

Were you asked that question and did you make that answer?

A. At the time of discovery?

Q. Yes?

A. Yes.

Q. Was it true?

A. Yes.

Some of the cross-examination touched upon the question of re-operating on the plaintiff, and as to this I reproduce a single question and answer:

Q. In other words, in 1970, there were no circumstances under which you would consider re-operating on a patient where you have done a carotid endarterectomy; is that fair?

A. I think that is fair.

Dr. Hughes later reiterated that because of the "very high mortality possibilities", he would not re-operate.

R. De cette façon?

Q. Ou par d'autres mots à cet effet?

R. Bien, d'une certaine façon oui, il a dit «Quels sont les risques d'être paralysé par suite de l'opération?»

Q. Et avez-vous répondu à cette question?

R. Oui.

Q. Et quelle a été votre réponse?

R. Je lui ai dit que le risque d'être paralysé s'il subissait l'opération était inférieur au risque qu'il courrait d'être paralysé s'il ne subissait pas l'opération.»

[Q.] Est-ce ce que vous dites? Reconnaissez-vous que c'est là ce que vous lui avez dit?

R. Oui, je le crois.

Q. Si l'on tient pour acquis que c'est ce qu'il a dit?

R. Oui.

Q. Un peu plus bas:

«C'est une chose que je n'ai pas comprise, Docteur.» Vous avez réellement parlé de paralysie, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. J'ai cru comprendre de ce que vous avez dit plus tôt que le cœur de vos conversations était toujours «Regardez, vous risquez d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire si vous ne subissez pas l'opération. Donc, il est préférable que vous la subissiez.»?

R. Oui.

Vous a-t-on posé cette question et avez-vous donné cette réponse?

R. Au moment de l'interrogatoire préalable?

Q. Oui?

R. Oui.

Q. Était-ce vrai?

R. Oui.

Une partie du contre-interrogatoire porte sur la question d'opérer à nouveau le demandeur, et je reproduis une seule question-réponse:

[TRADUCTION] Q. En d'autres mots, en 1970 vous n'envisagiez, sous aucune considération, d'opérer à nouveau un patient sur lequel vous aviez pratiqué une endartériectomie de la carotide; est-ce juste?

R. Je le crois.

Le Dr Hughes a ensuite répété qu'en raison des «risques très élevés de mortalité», il n'opérerait pas à nouveau.

5. Breach of Duty of Disclosure: The Findings Below Reviewed

In my opinion, the record of evidence amply justifies the trial judge's findings that the plaintiff was told no more or understood no more than that he would be better off to have the operation than not to have it. This was not an adequate, nor a sufficient disclosure of the risk attendant upon the operation itself, a risk well appreciated by the defendant in view of his own experience that of the sixty to seventy such operations that he had previously performed, eight to ten resulted in the death of the patients. Although the mortality rate was falling by 1970, the morbidity (the sickness or disease) rate, according to Dr. Hughes, was still about ten per cent. The trial judge was also justified in finding that the plaintiff, who was concerned about his continuing headaches and who was found to be suffering from hypertension, had the impression that the surgery would alleviate his headaches and hypertension so that he could carry on with his job. Dr. Hughes made it plain in his evidence that the surgery would not cure the headaches but did not, as the trial judge found, make this plain to the plaintiff.

The foregoing findings have a basis in the evidence independent of any reliance on so-called statistics which was criticized by the majority of the Court of Appeal. Although Brooke J.A., speaking for the majority, appeared to discount the trial judge's determinations because the latter made no specific finding on credibility, it is patent to me that the trial judge's conclusions involved a weighing of the evidence and, hence, a measuring of its relative worth on the issues that he had to decide. There were inconsistencies in the defendant's evidence, as the trial judge noted in his reasons, and it was for him to reconcile them in arriving at his findings. For example, the defendant said in chief that he had told the plaintiff of the risk of a stroke during surgery and then said on cross-examination that the risks of the surgery were quite minimal. Again, on cross-examination, he said that he did not tell the patient that there

5. Le manquement au devoir de divulguer: examen des conclusions des cours d'instance inférieure

A mon avis, la preuve au dossier justifie amplement la conclusion du juge de première instance que le demandeur a été simplement informé ou a uniquement compris qu'il serait préférable de subir l'opération plutôt que de refuser de la subir. Cela n'était pas une divulgation adéquate ni suffisante du risque que comportait l'opération elle-même, un risque que le défendeur connaissait bien compte tenu de sa propre expérience: des soixante à soixante-dix opérations semblables qu'il avait antérieurement pratiquées, huit ou dix ont entraîné la mort des patients. Bien que le taux de mortalité ait été à la baisse en 1970, selon le Dr Hughes le taux de morbidité (maladie) se situait toujours aux environs de dix pour cent. Le juge de première instance était également justifié de conclure que le demandeur, qui s'inquiétait de ses maux de tête continus et qui souffrait également d'hypertension, avait l'impression que l'opération le soulagerait des maux de tête et réduirait son hypertension de sorte qu'il pourrait continuer à travailler. Le Dr Hughes a dit clairement dans son témoignage que l'opération n'éliminerait pas les maux de tête mais, comme l'a conclu le juge de première instance, il ne l'a pas expliqué aussi clairement au demandeur.

Les conclusions qui précèdent s'appuient sur la preuve, indépendamment du recours aux prétenues statistiques que la majorité de la Cour d'appel a critiqué. Bien que le juge Brooke, qui a exprimé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel, semble ne pas tenir compte des constatations du juge de première instance parce que ce dernier ne s'est pas prononcé sur la crédibilité, il est évident à mon avis qu'en parvenant à ses conclusions, le juge de première instance a pesé la preuve et a donc mesuré son importance relative sur les questions qu'il devait trancher. Le témoignage du défendeur comportait des incohérences, comme le juge de première instance l'a fait remarquer dans ses motifs, et il lui appartenait de les concilier pour parvenir à ses conclusions. Par exemple, dans son interrogatoire principal, le défendeur a dit qu'il avait informer le demandeur du risque d'un accident cérébro-vasculaire pendant l'opération et, en

was a risk of a stroke as a result of the surgery at any specific time thereafter, and he returned to an oft repeated statement that the chances of paralysis were greater without an operation than with it. (This was also the only reference by Dr. Lougheed, who testified for the defence, as to the risk involved in submitting to or foregoing the surgery. His evidence was almost exclusively related to post-operative care and whether a re-operation was feasible. He said it was not. However, as I noted earlier, post-operative care was not an issue in this Court.) Moreover, the defendant placed this risk as one within a few years and not within any immediate time. Indeed, when asked in cross-examination whether he told the patient that the surgery carried the risk of a stroke, he answered, "I didn't say that specifically". This was certainly a case in which a trial judge, here an experienced judge, was in a better position than an appellate court or this Court to determine what evidence to accept and what conclusions to draw from it.

contre-interrogatoire, il a dit que les risques de l'opération étaient assez minimes. De plus, en contre-interrogatoire, il a dit ne pas avoir informé le patient que l'opération pouvait entraîner un accident cérébro-vasculaire dans un délai précis après l'opération et il est revenu à une déclaration qu'il a souvent répétée, que les risques de paralysie étaient plus grands s'il n'opérait pas que s'il opérait. (C'est également la seule chose que le Dr Lougheed, témoin de la défense, a mentionné quant au risque que comportait l'opération ou l'absence d'opération. Son témoignage a presque uniquement porté sur les soins postopératoires et sur la question de savoir s'il était possible d'opérer à nouveau. Il a dit que ce n'était pas possible. Cependant, comme je l'ai dit plus tôt, les soins postopératoires ne sont pas en litige devant cette Cour.) De plus, le défendeur a situé la réalisation de ce risque au cours des années suivantes et non pas immédiatement. De fait, lorsqu'on lui a demandé en contre-interrogatoire s'il avait dit au patient que l'opération comportait le risque d'un accident cérébro-vasculaire il a répondu [TRADUCTION] «Je n'ai pas dit cela précisément». C'est certainement un cas où un juge de première instance, ici un juge expérimenté, est mieux placé qu'une cour d'appel ou que cette Cour pour décider quels témoignages accepter et quelles conclusions en tirer.

In the passages that I quoted above from the reasons of Brooke J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal, there are two approaches on the crucial issue whether the defendant apprised the plaintiff of the risk of a stroke from the very operation. In the first quoted passage, the learned Justice of Appeal appears to have viewed the trial judge's finding on this question as a finding that the plaintiff was not made aware of that risk. This is clearly a correct assessment of the trial judge's conclusion. However, Brooke J.A. went on to deal with the case and with the evidence as if there was a partial albeit not a sufficient disclosure of the particular risk, and he proceeded from there into an appraisal of the statistics to which the trial judge referred and found fault in their use. In the second quoted passage from the reasons of Brooke J.A., wherein he considered the statistics, he ignores the finding

Dans les passages précités des motifs du juge Brooke, qui a exprimé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel, on trouve deux façons d'aborder la question cruciale de savoir si le défendeur a prévenu le demandeur du risque d'accident cérébro-vasculaire que comportait l'opération même. Dans le premier passage cité, le savant juge d'appel a considéré la conclusion du juge de première instance sur cette question comme une conclusion que le demandeur n'a pas été mis au courant de ce risque. C'est nettement une bonne appréciation de la conclusion du juge de première instance. Toutefois, le juge Brooke poursuit son examen de l'affaire et de la preuve comme s'il y avait eu une divulgation partielle, bien qu'insuffisante, du risque particulier, ce qui l'a amené à évaluer les statistiques mentionnées par le juge de première instance et à critiquer leur utilisation. Dans le second passage cité des motifs du juge Brooke où il

of the trial judge that there was no disclosure of the risks inherent in the surgery itself. In my opinion, there was a failure by the Court of Appeal to address this point directly. In the light of the defendant's own evidence that there was a failure on his part to disclose the risk, even though the plaintiff himself raised the question of the risks he faced on the operating table, I do not see how there could be any doubt of a breach in this respect of the duty of disclosure.

Indeed, the reasons of the Court of Appeal in another passage, which I have not hitherto quoted, appear to support the trial judge's finding that there was no proper disclosure by the defendant of the risk of the surgery itself. Brooke J.A. said this on the question:

He [the defendant] did not specifically discuss the questions of death or paralysis as risks of the surgery, his explanation being that he believed the patient was aware of the risk because of questions that he asked when the surgery was being discussed. It was his view that no further detail was necessary.

In this respect then, there would seem to be concurrent findings of fact against the defendant on a central point in case.

There were a number of relevant considerations informing the findings of the trial judge, about which there was no dispute. First, there was no emergency making surgery imperative. There was no noticeable neurological deficit. The defendant himself placed the risk of a stroke as one off in the future, four to five years. Any immediate risk would be from the surgery and not from foregoing it. Moreover, it must have been obvious to the defendant that the plaintiff had some difficulty with the English language and that he should, therefore, have made certain that he was understood. Finally, there was no evidence that the plaintiff was emotionally taut or unable to accept disclosure of the grave risk to which he would be exposed by submitting to surgery. I do not see in the reasons of the majority of the Court of Appeal any evidentiary basis for challenging the findings of the trial judge on the defendant's breach of the

examine les statistiques, il ne tient pas compte de la conclusion du juge de première instance portant qu'il n'y a pas eu divulgation des risques que comportait l'opération elle-même. A mon avis, la Cour d'appel a omis d'examiner cette question directement. Compte tenu du propre témoignage du défendeur qu'il n'a pas divulgué le risque, même si le demandeur a lui-même soulevé la question des risques qu'il courait sur la table d'opération, il est à mon sens indubitable qu'il y a eu manquement à cet égard au devoir de divulguer.

En fait, les motifs de la Cour d'appel dans un autre passage, que je n'ai pas encore cité, appuient la conclusion du juge de première instance que le défendeur n'a pas divulgué adéquatement le risque que comportait l'opération elle-même. Voici ce qu'a dit le juge Brook sur cette question:

[TRADUCTION] Il [le défendeur] n'a pas parlé spécifiquement des questions de décès ou de paralysie en tant que risques que comportait l'opération; il a expliqué qu'il croyait que le patient était conscient du risque compte tenu des questions qu'il avait posées lorsqu'ils ont parlé de l'opération. Il était d'opinion qu'aucun détail supplémentaire n'était nécessaire.

Il semble donc y avoir à cet égard des conclusions de fait concordantes contre le défendeur sur une question principale en litige.

Plusieurs considérations pertinentes qui motivent les conclusions du juge de première instance n'ont pas été contestées. Tout d'abord, aucune urgence ne rendait l'opération obligatoire. On n'a remarqué aucun déficit neurologique. Le défendeur lui-même reportait à quatre ou cinq ans le risque d'un accident cérébro-vasculaire. Tout risque immédiat découlerait de l'opération et non du refus de la subir. De plus, il devait être évident pour le défendeur que le demandeur éprouvait certaines difficultés en anglais et qu'il devait donc s'assurer qu'il était compris. Finalement, aucune preuve n'indiquait que le demandeur était tendu émotivement ou qu'il était incapable d'accepter la divulgation du risque sérieux auquel il s'exposait en subissant l'opération. À mon avis, les motifs de la majorité de la Cour d'appel ne s'appuient sur aucun élément de preuve qui permette de modifier les conclusions du juge de première instance sur le

duty of disclosure. Of course, the medical evidence was relevant to what that duty entailed but, that said, it was for the trier of fact to determine the scope of the duty and to decide whether there had been a breach of the duty. As I have already said, the so-called statistical data used by the trial judge did not affect the grounds upon which he made his critical findings. The Court of Appeal held, however, that the trial judge did not examine the issue of causation with the necessary care that this issue required. He did not ignore it, even if he might have gone into it at greater length. The question that remains, therefore, is whether this was a sufficient basis upon which to direct a new trial.

6. Causation

Relevant in this case to the issue whether a reasonable person in the plaintiff's position would have declined surgery at the particular time is the fact that he was within about one and one-half years of earning pension benefits if he continued at his job; that there was no neurological deficit then apparent; that there was no immediate emergency making the surgery imperative; that there was a grave risk of a stroke or worse during or as a result of the operation, while the risk of a stroke without it was in the future, with no precise time fixed or which could be fixed except as a guess of three or more years ahead. Since, on the trial judge's finding, the plaintiff was under the mistaken impression, as a result of the defendant's breach of the duty of disclosure, that the surgery would relieve his continuing headaches, this would in the opinion of a reasonable person in the plaintiff's position, also weigh against submitting to the surgery at the particular time.

In my opinion, a reasonable person in the plaintiff's position would, on a balance of probabilities, have opted against the surgery rather than undergoing it at the particular time.

Conclusion

I would, accordingly, allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the

manquement du défendeur au devoir de divulguer. Bien sûr, la preuve médicale est pertinente sur ce que ce devoir comporte, mais, ceci dit, il appartient à l'arbitre des faits d'en fixer la portée et de décider s'il y a eu manquement à ce devoir. Comme je l'ai déjà dit, les prétendues données statistiques utilisées par le juge de première instance n'ont pas eu d'incidence sur les motifs qui ont servi de fondement à ses conclusions décisives. La Cour d'appel a toutefois conclu que le juge de première instance n'avait pas accordé l'attention nécessaire à la question de la causalité. Il ne l'a pas laissée de côté, même s'il eut été préférable qu'il l'examine plus attentivement. La question demeure donc de savoir si cela constitue un fondement suffisant pour ordonner un nouveau procès.

6. La causalité

En l'espèce, les points suivants sont pertinents à la question de savoir si une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur aurait refusé de subir l'opération à ce moment particulier: s'il avait conservé son emploi pendant encore un an et demi environ, il aurait acquis le droit à une pension; il n'y avait pas de déficit neurologique alors apparent; aucune urgence directe ne rendait l'opération obligatoire; l'opération comportait un risque sérieux d'accident cérébro-vasculaire ou un risque plus grave, alors qu'en l'absence d'opération, il s'agissait d'un risque futur, incertain dans le temps ou que l'on pouvait fixer de façon aléatoire à trois ans ou davantage. Puisque, selon la conclusion du juge de première instance, le demandeur était sous la fausse impression, par suite du manquement du défendeur au devoir de divulguer, que l'opération aurait pour effet de soulager ses maux de tête persistants, cela constituerait, chez une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur, une raison de plus pour refuser de subir l'opération à ce moment particulier.

À mon avis, une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur aurait, suivant la prépondérance des probabilités, choisi de ne pas subir l'opération à ce moment particulier.

La Conclusion

Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de

judgment at trial. The appellant is entitled to costs throughout.

Appeal allowed with costs.

*Solicitors for the plaintiff, appellant: Thomson,
Rogers, Toronto.*

*Solicitors for the defendant, respondent:
McCarthy & McCarthy, Toronto.*

rétablissement le jugement de première instance. L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

*Procureurs du demandeur, appelant: Thomson,
Rogers, Toronto.*

*Procureurs du défendeur, intimé: McCarthy &
McCarthy, Toronto.*