

Kobe ter Neuzen *Appellant*

v.

Dr. Gerald Korn *Respondent*

and

HIV-T Group (Blood Transfused), the Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors, the Canadian Hospital Association and the Canadian Red Cross Society *Interveners*

INDEXED AS: TER NEUZEN v. KORN

File No.: 23773.

1995: February 2; 1995: October 19.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Physicians and surgeons — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether physician could be found negligent notwithstanding conformity with standard medical practice — Whether trial judge erred in instructing jury that prevailing standard of practice could itself be found to be negligent.

Contracts — Sale of goods — Implied conditions — Implied warranty — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether implied conditions under Sale of Goods Act applicable — Whether implied warranty exists at common law that semen would be of merchantable quality and fit for its purpose — Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370.

Damages — Non-pecuniary damages — Limit — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether trial judge erred in failing to charge jury on rough upper limit on non-pecuniary damages — If not,

Kobe ter Neuzen *Appelante*

c.

D^r Gerald Korn *Intimé*

et

HIV-T Group (Blood Transfused), la Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors, l'Association des hôpitaux du Canada et la Société canadienne de la Croix-Rouge *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: TER NEUZEN c. KORN

N^o du greffe: 23773.

1995: 2 février; 1995: 19 octobre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Médecins et chirurgiens — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Le médecin peut-il être taxé de négligence même s'il a respecté la pratique courante? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en informant le jury qu'il pouvait conclure que la pratique courante constituait en soi de la négligence?

Contrats — Vente d'objets — Conditions implicites — Garantie implicite — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Les conditions implicites visées par la Sale of Goods Act sont-elles applicables? — Existe-t-il en common law une garantie implicite que le sperme sera de qualité marchande et adapté à l'usage auquel il est destiné? — Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370.

Domages-intérêts — Domages-intérêts non pécuniaires — Plafond — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur lorsqu'il a omis de parler du plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires dans son exposé au jury? — Dans la

whether damages awarded for non-pecuniary loss ought to be adjusted accordingly.

The appellant participated in the respondent obstetrician and gynaecologist's artificial insemination ("AI") program from 1981 until January 1985, and became infected by HIV as a result of the final AI procedure she underwent. The respondent had not warned her of the risk of HIV infection. The first documented case in the world of HIV transmission through AI was published in the lay media in July 1985 and in a medical journal in September 1985. None of the obstetric literature mentioned AI as a mode of transmission of HIV and no article summarized the disease risks of AI before 1986. As of January 1985, there was no test available for the detection of HIV in semen or blood in Canada. Although the respondent knew that HIV could be transmitted by heterosexual sex, he was not aware that HIV could be transmitted by AI until July 1985. There was expert evidence at trial that the respondent's AI practice was in keeping with general practices across Canada. Specifically, his practice of recruitment and screening of donors and semen accorded with standard practice. The trial judge instructed the jury that it was open to find the respondent negligent on the basis that he failed to comply with the standard medical practice at that time. Alternatively, they could find that the approved practice itself was negligent. With respect to the sale of goods issue, the trial judge instructed the jury to determine first whether the contract between the parties was primarily one for goods or primarily for services. If it was primarily for goods, then the *Sale of Goods Act* with its implied conditions applied. The trial judge also instructed the jury that aside from the Act, they had to consider whether there was a warranty of fitness and merchantability at common law, but that any common law warranty would simply amount to the same thing as negligence. The jury held that the contract between the parties was primarily one for services and therefore the *Sale of Goods Act* did not apply. They found the respondent negligent, however, and awarded damages totalling \$883,800, including \$460,000 for non-pecuniary damages. The Court of Appeal set aside the verdict and ordered a new trial on the issue of liability as well as damages. With respect to the negligence claim, the court distinguished between two aspects of the respondent's practice: the conduct of the AI procedure, which reflected the current state of knowledge as to the risk of transmission of HIV involved in the use of that procedure, and the screening and follow-up of donors. The court concluded that it was impossible to determine whether the jury found the respondent negligent on the first or second aspects of his practice. On the evidence,

négative, y a-t-il lieu d'ajuster le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte non pécuniaire?

L'appelante a participé au programme d'insémination artificielle («IA») de l'intimé, obstétricien gynécologue, de 1981 au mois de janvier 1985, et a été infectée par le VIH par suite de la dernière IA à laquelle elle s'est soumise. L'intimé n'avait pas prévenu l'appelante du risque de transmission du VIH. Le premier cas documenté, dans le monde entier, de transmission du VIH par insémination artificielle a été relaté dans une publication non spécialisée en juillet 1985 et dans une revue médicale en septembre 1985. Avant 1986, aucune revue d'obstétrique n'a fait mention de la transmission du VIH par l'IA et aucun article ne contenait de résumé des risques de maladie liés à l'IA. Au Canada, en janvier 1985, il n'existait aucune méthode pour détecter le VIH dans le sperme ou le sang. Bien que l'intimé ait su que le VIH pouvait être transmis par les rapports hétérosexuels, il n'a appris que le VIH pouvait être communiqué par l'IA qu'en juillet 1985. Selon les témoignages d'experts au procès, l'intimé s'est conformé aux usages canadiens en matière d'IA. Plus précisément, sa méthode pour recruter et sélectionner les donneurs et le sperme était conforme à la pratique courante. Le juge de première instance a informé le jury qu'il pouvait conclure à la négligence de l'intimé parce qu'il avait omis de respecter la pratique courante à l'époque. Subsidiativement, il pouvait conclure que cette pratique constituait en soi de la négligence. Quant à la question de la vente d'objets, le juge de première instance a informé le jury qu'il devait d'abord décider si le contrat entre les parties était avant tout un contrat de vente ou un contrat de services. S'il s'agissait principalement d'un contrat de vente, alors la *Sale of Goods Act* et ses conditions implicites s'appliquaient. Le juge de première instance a également informé le jury que, en plus d'examiner la Loi, il devait se demander s'il existait en common law une garantie de qualité ou d'adaptation à un usage particulier, mais que la garantie qui serait applicable en common law équivaldrait simplement à la négligence. Le jury a conclu que c'était principalement un contrat de services et, en conséquence, la *Sale of Goods Act* ne s'appliquait pas. Toutefois, il a conclu à la négligence de l'intimé et a accordé des dommages-intérêts de 883 800 \$, dont 460 000 \$ en dommages-intérêts non pécuniaires. La Cour d'appel a annulé le verdict et ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la question de la responsabilité et sur les dommages-intérêts. Quant à la prétention selon laquelle il y a eu négligence, la cour a fait une distinction entre deux aspects de la pratique suivie par l'intimé: la façon de pratiquer l'IA conformément aux données acquises de la science quant au risque

it was not available to the jury to find that the respondent ought to have known of the risk of HIV by AI. The trial judge charged the jury in this manner, however, and it may have been the basis upon which the jury found negligence. Therefore, the verdict could not stand. The court also concluded that while it was reasonable for the trial judge not to have instructed the jury on the rough upper limit for non-pecuniary damages when neither counsel had asked for such a charge, the award must be corrected to conform with the jurisprudence if the damages exceed the limit.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: It is well settled that physicians have a duty to conduct their practice in accordance with the conduct of a prudent and diligent doctor in the same circumstances. In the case of a specialist, such as a gynaecologist and obstetrician, the doctor's behaviour must be assessed in light of the conduct of other ordinary specialists, who possess a reasonable level of knowledge, competence and skill expected of professionals in Canada, in that field. The conduct of physicians must be judged in the light of the knowledge that ought to have been reasonably possessed at the time of the alleged act of negligence. It was not possible for a jury acting judicially to have found that, in 1985, the respondent ought to have known of the risk of HIV by AI. While conformity with common practice will generally exonerate physicians of any complaint of negligence, there are certain situations where the standard practice itself may be found to be negligent. However, this will only be where the standard practice is fraught with obvious risks such that anyone is capable of finding it negligent, without the necessity of judging matters requiring diagnostic or clinical expertise. The question as to whether the trier of fact can find that a standard practice is itself negligent is a question of law to be determined by the trial judge irrespective of the mode of trial. The first aspect of the negligence claim was not one that the jury could decide without the aid of expert evidence. Accordingly, the trial judge erred in inviting them to do so.

de transmission du VIH par cet acte médical, et la sélection et le suivi des donneurs. La cour a statué qu'il était impossible de déterminer si le jury avait conclu à la négligence de l'intimé sous le premier ou sous le second aspect de la pratique qu'il suivait. Le jury ne pouvait se fonder sur les témoignages pour conclure que l'intimé aurait dû connaître le risque de communication du VIH par l'IA. Toutefois, c'est ce que le juge de première instance a dit au jury dans ses directives et c'est peut-être là-dessus que celui-ci s'est fondé pour conclure à la négligence. En conséquence, le verdict devait être annulé. La cour a également conclu que, bien qu'il ait été raisonnable que le juge de première instance ne donne pas de directive au jury relativement au plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires, puisque aucun des deux avocats ne lui avait demandé de lui en donner, il y avait lieu d'ajuster le montant accordé selon les principes énoncés dans la jurisprudence, s'il excédait le plafond.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: Il est bien établi que tout médecin doit exercer son activité comme un médecin prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Dans le cas d'un spécialiste, tel qu'un obstétricien gynécologue, il faut évaluer la conduite du médecin par rapport à celle des autres spécialistes qui possèdent le degré raisonnable de science, de compétence et d'habileté auquel on s'attend des professionnels au Canada dans cette spécialité. La conduite des médecins doit être appréciée en fonction des connaissances qu'ils auraient raisonnablement dû posséder à l'époque de la négligence alléguée. Un jury agissant de manière judiciaire ne pouvait pas conclure qu'en 1985 l'intimé aurait dû connaître le risque de transmission du VIH par l'IA. Si la conformité à la pratique courante exonère généralement le médecin de toute responsabilité pour négligence, il arrive parfois que cette pratique constitue en soi de la négligence. Toutefois, ce ne sera que dans les cas où la pratique comporte de nombreux risques évidents, c'est-à-dire dans ceux où n'importe qui est à même de conclure qu'elle constitue de la négligence, sans avoir à se prononcer sur des questions exigeant un diagnostic ou des connaissances de clinicien. La question de savoir si le juge des faits peut conclure qu'une pratique courante constitue en soi de la négligence est une question de droit qui relève du juge de première instance, peu importe le mode de procès. Le premier aspect de la prétention relative à la négligence n'était pas une question que le jury pouvait trancher sans l'aide de témoignages d'experts. Le juge de première instance a donc commis une erreur en l'invitant à trancher cette question.

With respect to the second aspect of the negligence claim, infection with HIV is within the same class of injury as other sexually transmitted diseases and the respondent could be liable for the damage caused notwithstanding that he did not foresee that a failure to take reasonable steps to protect his patients could result in HIV infection. It would be sufficient to found liability if it is established that the respondent ought to have foreseen the class of injury. The evidence as to standard practice with respect to the screening and follow-up of donors was sketchy and it would be open to the jury to find that there was at the relevant time no standard practice. On the other hand, the jury could also find that the standard practice was not to screen donors or carry out follow-up interviews beyond what the respondent did. The jury could determine the appropriate standard without reliance on expert evidence.

The Information Sheet provided by the respondent did not amount to a warranty that the donor would not be homosexual or a drug abuser. There is no indication that there was any intention on the part of either party that there should be contractual liability in respect of the statement in the Information Sheet. Moreover, it appears that the appellant did not raise this issue in either court below.

In order for the *Sale of Goods Act* to apply, a contract must be primarily for the purpose of selling goods. If the sale of a good is merely incidental to what is primarily a contract for services, then the statute will not imply a warranty. Assuming that there was in fact a sale of semen between the appellant and respondent, it cannot be contended that the contract was one primarily for the sale of semen such as to attract the application of the *Sale of Goods Act*. Apart from the Act, a court must consider whether a common law warranty of fitness and merchantability should be implied into the contract which includes services as well as the provision of materials. However, such a warranty will not be implied in all circumstances. The court must examine the specific nature of the contract and the relationship between the parties in order to assess whether it was the intention of the parties that such a warranty be implied. Courts must be very cautious in their approach to implying contractual terms. A rationale for implying warranties in contracts of goods and services is that a supplier of goods generally has recourse against the manufacturer under the *Sale of Goods Act* as a result of the statutory conditions imposed. While it is true that the primary purpose of the implied warranty is to hold the supplier of goods liable notwithstanding the absence of negli-

Quant au second aspect de la prétention relative à la négligence, l'infection par le VIH entre dans la même catégorie de préjudice que les autres maladies transmises sexuellement et l'intimé pourrait être tenu responsable du dommage causé, en dépit du fait qu'il ne prévoyait pas que l'omission de prendre des précautions raisonnables pour protéger ses patientes pouvait entraîner la contamination par le VIH. Pour attribuer une responsabilité à l'intimé, la preuve qu'il aurait dû prévoir la catégorie de préjudice serait suffisante. La preuve relative à la pratique courante quant à la sélection et au suivi des donneurs était sommaire et le jury pouvait parfaitement conclure qu'il n'y avait pas de pratique courante à l'époque pertinente. En revanche, le jury pouvait aussi conclure que la pratique courante n'était pas de sélectionner les donneurs ou de faire des entrevues de contrôle d'une manière plus complète que l'intimé ne l'a fait. Le jury pouvait déterminer la norme appropriée sans s'aider des témoignages d'experts.

La fiche de renseignements remise par l'intimé ne constituait pas une garantie que le donneur ne serait ni homosexuel ni toxicomane. Rien n'indique que l'une ou l'autre des parties ait voulu que la déclaration contenue dans la fiche de renseignements crée une obligation contractuelle. De plus, il appert que l'appelante n'a soulevé la question devant ni l'une ni l'autre des juridictions inférieures.

Pour que la *Sale of Goods Act* s'applique, il faut qu'un contrat porte principalement sur la vente d'objets. Si la vente d'un objet n'est qu'un aspect accessoire de ce qui est avant tout un contrat de services, aucune garantie implicite ne découle de la loi. À supposer qu'il y ait effectivement eu vente de sperme entre l'appelante et l'intimé, on ne saurait prétendre qu'il s'agissait principalement d'un contrat de vente de sperme de nature à rendre la *Sale of Goods Act* applicable. Sans égard à cette loi, le tribunal doit décider si une garantie d'adaptation à un usage particulier et de qualité marchande, reconnue en common law, doit être tenue pour implicite dans un contrat comportant la prestation de services et la fourniture de matériel. Toutefois, une telle garantie implicite ne sera pas admise dans tous les cas. Le tribunal doit examiner la nature précise du contrat et la relation entre les parties pour déterminer si une telle garantie implicite correspondait à l'intention des parties. Les tribunaux doivent apporter beaucoup de circonspection dans leur décision concernant l'existence de conditions implicites. L'une des raisons pour lesquelles des garanties implicites seront admises dans le cas de contrats de vente et de services est que le fournisseur des objets peut généralement poursuivre le fabricant sous le régime de la *Sale of Goods Act* en invoquant les conditions

gence, different considerations apply in the context of the medical profession than in the ordinary commercial context. The doctor cannot trace the liability back to the initial manufacturer. Moreover, it must be recognized that biological products such as blood and semen, unlike manufactured products, carry certain inherent risks. It would be inappropriate to imply a warranty of fitness and merchantability in the circumstances of this case. Moreover, any warranty would simply be to take reasonable care.

While the appellant has suffered immensely as a result of this tragedy, and AIDS is a dreadful disease which will eventually take her life prematurely, with respect to non-pecuniary losses this case is no different from other tragedies and the adjusted rough upper limit on non-pecuniary damages should accordingly apply. The trial judge should instruct the jury as to an upper limit if, after considering the submissions of counsel, he or she is of the opinion that the damages by reason of the type of injury sustained might very well be assessed in the range of or exceeding the upper limit. On the other hand, if the trial judge is of the view that the injuries involved will not likely produce an award approaching the rough upper limit, it is best that the trial judge not charge the jury on the matter. Whether the jury is or is not advised of the upper limit, if the award exceeds the limit the trial judge should reduce it to conform with the "cap" established, adjusted for inflation. In the present case it was reasonable for the trial judge not to give an instruction on the upper limit, but since the damages awarded for non-pecuniary losses far exceeded that limit, he ought to have reassessed the award.

Per L'Heureux-Dubé J.: Sopinka J.'s reasons were agreed with, except with respect to the trial judge's instruction to the jury on the upper limit of non-pecuniary damages. The determination of the quantum of damages should be left to the jury without instructions as to the upper limit, subject to the judge's power to reduce excessive awards. It has always been held improper for the trial judge or counsel to express any views as to the quantum of damages. It is well established that the amount of damages is a question of fact for the jury to determine, and not a question of law for the judge. The establishment of an upper limit for non-pecuniary damages only affects the quantum of the awards, not the way

imposées par cette loi. Il est certes vrai que la garantie implicite a pour but principal d'attribuer une responsabilité au fournisseur d'objets même s'il n'a pas été négligent, mais ce ne sont pas les mêmes considérations qui s'appliquent dans le contexte des soins médicaux et dans celui du commerce. Le médecin ne peut pas reporter la responsabilité sur le fabricant. En outre, il faut reconnaître que les produits biologiques comme le sang et le sperme, contrairement aux produits fabriqués, impliquent certains risques inhérents. Étant donné les circonstances de la présente espèce, il n'y a pas lieu d'appliquer une garantie implicite de qualité marchande et d'adaptation à un usage particulier. De plus, toute garantie se résumerait à une simple garantie de prudence raisonnable.

L'appelante a souffert énormément à cause de cette tragédie et le sida est une maladie terrible qui provoquera sa mort prématurée. Toutefois, en ce qui concerne les pertes non pécuniaires, l'espèce n'est pas différente d'autres tragédies et le plafond approximatif ajusté des dommages-intérêts non pécuniaires s'applique en l'espèce. Le juge de première instance devrait donner une directive au jury relativement à l'existence d'un plafond, si, après avoir étudié les observations des avocats, il estime que les dommages-intérêts, en raison du type de préjudice subi, pourraient très bien être fixés à un montant qui approche le plafond ou le dépasse. En revanche, si le juge de première instance est d'avis qu'il y a peu de chances qu'une indemnité approchant le plafond approximatif soit accordée, étant donné la nature du préjudice, il vaut mieux ne pas donner de directive au jury sur ce point. Qu'il informe ou non le jury de l'existence du plafond, le juge doit réduire l'indemnité accordée si elle dépasse le plafond établi, ajusté en fonction de l'inflation. En l'espèce, il était raisonnable que le juge ne donne pas de directive relativement au plafond. Toutefois, comme les dommages-intérêts accordés au titre des pertes non pécuniaires excédaient de beaucoup le plafond, il aurait dû réévaluer l'indemnité.

Le juge L'Heureux-Dubé: L'opinion du juge Sopinka est acceptée sauf en ce qui a trait aux directives du juge au jury au sujet de la limite en matière de dommages-intérêts non pécuniaires. La tâche de déterminer le montant des dommages-intérêts devrait être laissée au jury, sans que lui soit donnée de directive relativement à l'existence d'une limite, sujet au pouvoir du juge de réduire les montants excessifs. On a toujours jugé inapproprié pour le juge de première instance ou les avocats d'exprimer une opinion au sujet du montant des dommages-intérêts. Il est bien établi que le montant des dommages-intérêts est une question de fait qui relève du jury, et non une question de droit du ressort du juge.

in which they are determined. The existence of an upper limit as a matter of law remains consistent with not instructing the jury as to such upper limit. By so instructing the jury, the status quo in novel areas of the law would be institutionalized. There is no evidence as to the inadequacy of the present system. Finally, from a pragmatic standpoint, to require the trial judge to charge the jury on the upper limit of non-pecuniary damages may be inviting unmeritorious appeals on that part of the judge's instructions to the jury, given that, when it comes to damages, no figure will ever be "right".

Cases Cited

By Sopinka J.

Followed: *Perlmutter v. Beth David Hospital*, 123 N.E.2d 792 (1954); *Fisher v. Sibley Memorial Hospital*, 403 A.2d 1130 (1979); *St. Luke's Hospital v. Schmaltz*, 534 P.2d 781 (1975); **not followed:** *Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital*, 266 N.E.2d 897 (1970); **referred to:** *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629; *Wilson v. Swanson*, [1956] S.C.R. 804; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *McCormick v. Marcotte*, [1972] S.C.R. 18; *Roe v. Ministry of Health*, [1954] 2 All E.R. 131; *Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead*, [1975] 2 S.C.R. 831; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Anderson v. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (Man. C.A.), aff'd [1950] 4 D.L.R. 223 (S.C.C.); *R. v. Côté*, [1976] 1 S.C.R. 595; *Gee v. White Spot Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 235; *G. H. Myers and Co. v. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46; *Young & Marten Ltd. v. McManus Childs Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454; *G. Ford Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 401; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Crosby v. O'Reilly*, [1975] 2 S.C.R. 381.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Gray v. Alanco Developments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 652; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287.

L'établissement d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires ne touche que le montant des dommages-intérêts, et non la façon dont ils sont déterminés. L'existence d'une limite comme question de droit demeure compatible avec le fait que le juge s'abstienne d'en faire mention au jury. Donner des instructions au jury relativement à cette question, c'est institutionnaliser le statu quo dans ce nouveau domaine du droit. Il n'y a aucune preuve établissant que le présent système est inapproprié. Enfin, d'un point de vue pragmatique, obliger le juge de première instance à donner au jury une directive relativement à l'existence d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires serait peut-être inviter la formation d'appels non fondés sur cette partie de l'exposé au jury, étant donné qu'en matière de dommages-intérêts, aucun montant ne sera jamais «juste».

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts suivis: *Perlmutter c. Beth David Hospital*, 123 N.E.2d 792 (1954); *Fisher c. Sibley Memorial Hospital*, 403 A.2d 1130 (1979); *St. Luke's Hospital c. Schmaltz*, 534 P.2d 781 (1975); **arrêt non suivi:** *Cunningham c. MacNeal Memorial Hospital*, 266 N.E.2d 897 (1970); **arrêts mentionnés:** *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629; *Wilson c. Swanson*, [1956] R.C.S. 804; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *McCormick c. Marcotte*, [1972] R.C.S. 18; *Roe c. Ministry of Health*, [1954] 2 All E.R. 131; *Vancouver-Fraser Park District c. Olmstead*, [1975] 2 R.C.S. 831; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Anderson c. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (C.A. Man.), conf. par [1950] 4 D.L.R. 223 (C.S.C.); *R. c. Côté*, [1976] 1 R.C.S. 595; *Gee c. White Spot Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 235; *G. H. Myers and Co. c. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46; *Young & Marten Ltd. c. McManus Childs Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454; *G. Ford Homes Ltd. c. Draft Masonry (York) Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 401; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Crosby c. O'Reilly*, [1975] 2 R.C.S. 381.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Gray c. Alanco Developments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 652; *Hill c. Église de Scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287.

Statutes and Regulations Cited

Negligence Act, R.S.B.C. 1979, c. 298, s. 6.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370, ss. 17, 18.

Authors Cited

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss*. Vancouver: The Commission, 1984.
 Charles, W. H. R. *Charles Handbook on Assessment of Damages in Personal Injury Cases*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1979.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65, setting aside the jury's verdict, which found the respondent negligent and awarded damages to the appellant, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Sandra J. Harper and Kathleen Birney, for the appellant.

Christopher E. Hinkson, Q.C., and *M. Lynn McBride*, for the respondent.

Written submissions only by *Kenneth Arenson*, for the interveners HIV-T Group (Blood Transfused) and the Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors.

Written submissions only by *Daniel A. Webster, Q.C.*, for the intervener the Canadian Hospital Association.

Written submissions only by *Peter K. Boeckle* and *Anil Varma*, for the intervener the Canadian Red Cross Society.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

Lois et règlements cités

Negligence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 298, art. 6.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370, art. 17, 18.

Doctrine citée

Charles, W. H. R. *Charles Handbook on Assessment of Damages in Personal Injury Cases*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.
 Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss*. Vancouver: The Commission, 1984.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65, qui a annulé le verdict du jury, qui avait conclu à la négligence de l'intimé et accordé des dommages-intérêts à l'appelante, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Sandra J. Harper et Kathleen Birney, pour l'appelante.

Christopher E. Hinkson, c.r., et *M. Lynn McBride*, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *Kenneth Arenson*, pour les intervenants HIV-T Group (Blood Transfused) et Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors.

Argumentation écrite seulement par *Daniel A. Webster, c.r.*, pour l'intervenante l'Association des hôpitaux du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Peter K. Boeckle* et *Anil Varma*, pour l'intervenante la Société canadienne de la Croix-Rouge.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

SOPINKA J. — This appeal raises issues concerning the liability of the respondent physician for conducting an artificial insemination (“AI”) procedure which resulted in his patient, the appellant, contracting the Human Immunodeficiency Virus (“HIV”) through the infected semen of the donor. Specifically, this Court must address whether the respondent physician could be found negligent, notwithstanding conformity with standard medical practice, and whether the trial judge erred in instructing the jury that the prevailing standard of practice could itself be found to be negligent.

As well, this appeal also raises for consideration the issue of whether the implied conditions under the *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, c. 370, are applicable in the present circumstances or whether there exists an implied warranty at common law that the semen would be of merchantable quality and fit for its purpose.

Finally, this appeal requires the Court to consider whether the rough upper limit for non-pecuniary damages, established by this Court in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, ought to have been applied by the jury in the present case. First, it must be decided whether the trial judge erred in failing to charge the jury on the rough upper limit. If the trial judge was not in error, this Court must decide whether the damages awarded for non-pecuniary loss, which far exceeded the upper limit established in *Andrews*, ought nonetheless to be adjusted in accordance with those principles.

I should note that the interveners HIV-T Group (Blood Transfused) and Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors also raised the issue of whether the medical profession ought to be held liable for the distribution of defective products, such as semen, based on a theory of strict liability in tort. This approach has been used in some American cases. However, I am in agreement with the respondent that this is not the appropriate case to address this important issue which could have far-reaching implications for the medical profession and the Canadian system of public health insurance in general. The appellant did not raise

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi soulève des questions concernant la responsabilité du médecin intimé à l’égard d’une insémination artificielle («IA») par suite de laquelle sa patiente, l’appelante, a contracté le virus de l’immunodéficience humaine («VIH») transmis par le sperme contaminé du donneur. Plus précisément, notre Cour est appelée à décider si le médecin intimé peut être taxé de négligence même s’il a respecté la pratique courante, et si le juge de première instance a commis une erreur en informant le jury qu’il pouvait conclure que cette pratique constituait en soi de la négligence.

Il s’agit en outre, de décider si les conditions implicites visées par la *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 370, sont applicables aux faits de l’espèce ou s’il existe en common law une garantie implicite que le sperme sera de qualité marchande et adapté à l’usage auquel il est destiné.

Enfin, notre Cour doit décider si le jury aurait dû s’en tenir dans la présente espèce au plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires que notre Cour a fixé dans l’arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229. Il faut tout d’abord décider si le juge de première instance a commis une erreur lorsqu’il a omis de parler de ce plafond dans son exposé au jury. Dans la négative, notre Cour doit décider s’il y a néanmoins lieu d’ajuster, conformément aux principes énoncés dans l’arrêt *Andrews*, le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte non pécuniaire, lequel excédait de beaucoup le plafond fixé.

Je dois faire remarquer que les intervenants HIV-T Group (Blood Transfused) et Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors ont soulevé aussi la question de savoir si le corps médical devait être tenu responsable de la distribution de produits défectueux, tels que le sperme, selon le principe de la responsabilité stricte en droit de la responsabilité civile délictuelle. Ce principe a été appliqué dans certaines causes américaines. Toutefois, j’estime, tout comme l’intimé, que la présente espèce ne se prête pas à l’examen de cette question importante qui pourrait entraîner des répercussions d’une portée considérable sur le

this issue in her pleadings at trial, nor at the Court of Appeal. Thus, the issue has been raised for the first time at this Court by the interveners. In these circumstances, the applicability of strict liability in tort is best left for another day.

I. Facts

5 The facts and the evidence of the expert witnesses at trial were thoroughly summarized in the reasons of the Court of Appeal. I do not intend to review the evidence of each expert individually again in these reasons. However, in order to resolve this appeal, it is necessary to review the relevant facts in some detail and highlight some of the key aspects which emerge from the evidence.

6 The respondent is an obstetrician and gynaecologist and has practised AI since 1974. The appellant was a psychiatric nurse. She participated in the respondent's AI program from 1981 until January 21, 1985, during which time she underwent about 35 AI procedures. It was agreed that the appellant became infected by HIV as a result of the AI procedure on January 21, 1985. The respondent did not warn the appellant of the risk of HIV infection resulting from the AI procedure (also referred to as "the risk").

7 The first report of HIV in female sex partners of men with AIDS appeared in early 1983. At that time, heterosexual intercourse was seen as a potential source of infection. However, there was no link between AI and HIV. In December 1983, for the first time, the risk of contracting AIDS was related to blood transfusions. In October 1983, an important letter was published by Dr. Mascola in the *New England Journal of Medicine* suggesting that there was a risk of transmitting sexually transmitted diseases ("STDs") through AI. However, this prestigious journal was not widely read by gynaecologists and the respondent did not read this letter. It appears that Dr. Mascola was the first person in the world to express a concern about the possibility of transmitting HIV through AI. The

corps médical et sur le régime canadien d'assurance-maladie en général. L'appelante n'a pas soulevé cette question dans ses conclusions au procès ni en appel. Par conséquent, la question a été soulevée pour la première fois devant notre Cour par les intervenants. Vu les circonstances, il vaut mieux reporter à une autre occasion l'étude de l'applicabilité de la responsabilité stricte en droit de la responsabilité civile délictuelle.

I. Les faits

Les motifs de la Cour d'appel nous fournissent un résumé complet des faits et des témoignages des experts au procès. Je ne vais pas faire une nouvelle analyse du témoignage de chaque expert. Toutefois, il est nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de s'arrêter aux faits pertinents et de souligner certains des aspects essentiels qui se dégagent de la preuve.

L'intimé est obstétricien et gynécologue. Il pratique l'IA depuis 1974. L'appelante était infirmière en psychiatrie. Elle a participé au programme d'IA de l'intimé de 1981 au 21 janvier 1985, se soumettant à 35 traitements durant cette période. Il a été reconnu que l'appelante a été infectée par le VIH par suite d'une IA effectuée le 21 janvier 1985. L'intimé n'a pas prévenu l'appelante du risque de transmission du VIH par l'IA (aussi appelé «le risque»).

C'est au début de 1983 qu'on entend parler pour la première fois d'infection des partenaires féminines d'hommes atteints du sida. À l'époque, on estimait que les rapports hétérosexuels étaient une source possible d'infection. Toutefois, aucun lien n'avait été établi entre l'IA et le VIH. En décembre 1983, le risque de contracter le sida a été associé pour la première fois aux transfusions sanguines. En octobre 1983, le Dr Mascola a publié dans le *New England Journal of Medicine* une importante lettre dans laquelle il émet l'avis que l'IA comporte un risque de transmission de maladies transmissibles sexuellement («MTS»). Toutefois, cette revue prestigieuse n'était pas beaucoup lue par les gynécologues et l'intimé n'a pas lu cette lettre. Il semble que le Dr Mascola ait été la première per-

first documented case in the world of HIV transmission through AI was published in the lay media in July 1985 and in a medical journal in September 1985. None of the obstetric literature mentioned AI as a mode of transmission of HIV and no article summarized the disease risks of AI before 1986.

The evidence reveals that the knowledge about HIV was rapidly growing in the period of 1984-85; however, it was still quite limited and confusing in the early days. Generally, research scientists and health care officials in the AIDS field were expected to be more up to date on medical developments concerning HIV than clinical practitioners and the general medical community. In 1984, the Elisa test was developed in the United States which enabled doctors to test for HIV in blood and tissues. However, as of January 21, 1985, there was no test available for the detection of HIV in semen or blood in Canada. The Elisa test did not become available in Canada until later in 1985. Therefore, it was impossible to test the semen of donors for HIV at the time the appellant became infected.

At this time, it was widely believed that HIV was an STD; however, it was hoped that the atraumatic AI procedure was free of risk. It was believed that the small abrasions caused by intercourse were necessary in order for the virus to get into the bloodstream. Thus, in late 1984, a possibility of the transmission of HIV through heterosexual intercourse was known, but AI was not seriously considered to put anyone at risk of being infected.

Some of the experts testified that an analogy could be drawn between Hepatitis B and HIV, since both were STDs. It was not until late 1986 that it was recognized that Hepatitis B could be transmitted by AI and it was common ground that there were no published reports of Hepatitis B transmissions by AI until the fall of 1987.

sonne dans le monde entier à exprimer une inquiétude au sujet de la possibilité de transmission du VIH par l'IA. Le premier cas documenté de transmission du VIH par l'IA a été relaté dans une publication non spécialisée en juillet 1985 et dans une revue médicale en septembre 1985. Avant 1986, aucune revue d'obstétrique n'a fait mention de la transmission du VIH par l'IA et aucun article ne contenait de résumé des risques de maladie liés à l'IA.

Il ressort de la preuve qu'au cours de la période 1984 et 1985, le champ des connaissances sur le VIH s'est agrandi rapidement, mais qu'au commencement, il était assez limité et déroutant. En général, on s'attendait à ce que les chercheurs et les fonctionnaires du domaine de la santé qui s'intéressaient au sida soient mieux au fait des découvertes relatives au VIH que les praticiens et le reste du corps médical. En 1984, la technique Elisa, développée aux États-Unis, a permis de détecter le VIH dans le sang et les tissus. Toutefois, au Canada, le 21 janvier 1985, il n'existait aucune méthode pour détecter le VIH dans le sperme ou le sang. La technique Elisa n'a pu être utilisée au Canada que plus tard durant 1985. Par conséquent, il était impossible de vérifier la présence du VIH dans le sperme des donneurs au moment où l'appellante a été infectée.

À cette époque, on pensait généralement que le VIH était une MTS, mais on espérait que l'IA non traumatique était sans danger. On croyait que les lésions minuscules causées par le coït étaient nécessaires pour que le virus pénètre dans le sang. Vers la fin de 1984, la possibilité de transmission du VIH par les relations hétérosexuelles était donc connue, mais l'IA n'était pas sérieusement associée à un risque d'infection.

Certains experts ont témoigné qu'il était possible d'établir une analogie entre l'hépatite B et le VIH car tous les deux étaient des MTS. Ce n'est que vers la fin de 1986 que l'on a reconnu que l'hépatite B pouvait être transmise par l'IA et tous s'entendaient pour dire qu'aucune publication n'a fait état de transmission de l'hépatite B par l'IA avant l'automne 1987.

11

In mid-1984, four babies in Australia were found to have acquired AIDS by blood transfusions. Since it was known that the Elisa test would eventually be available for clinical use, this led to a ministerial decree to impose a moratorium on all body fluid and tissue transfers. As a result, all AI clinics were closed at this time, although this was not supported by the whole medical profession in Australia. This event was not widely publicized in North America and the respondent, as well as the general medical community in North America, were unaware of the closures in Australia until later in 1985. Apparently, there was little exchange of medical information on the subject of HIV between Australia and North America. In September 1985, an article in the British medical journal *Lancet* revealed that four Australian women had contracted HIV from AI. When the respondent learned of this he immediately discontinued his AI program and recommended that his donors and the appellant be tested.

12

The American Fertility Society published guidelines for the use of semen donor insemination for the first time in 1986 and these guidelines were revised in 1988. The new guidelines recommended the use of frozen semen only, which is stored for at least six months. Blood samples for HIV antibodies are taken at the time of semen donation and six months later. The semen is only to be used if both samples are HIV negative. These guidelines were not published by the American Center for Disease Control until February 1988. The respondent did not start testing for Hepatitis B until sometime in 1987-88, when the guidelines were issued.

13

Although the respondent knew that HIV could be transmitted by heterosexual sex, as well as through blood transfusions, he was not aware that HIV could be transmitted by AI until July 1985, when he heard about the experience in Australia. None of the medical publications he read prior to

Au milieu de 1984, on a découvert en Australie que quatre bébés avaient contracté le sida par transfusion sanguine. Comme on savait que, tôt ou tard, il serait possible d'employer la technique Elisa à des fins cliniques, un décret ministériel a été pris, imposant un moratoire à l'égard de tout transfert de fluides et de tissus corporels. En conséquence, toutes les cliniques d'IA ont été fermées, bien que cette décision n'ait pas reçu l'appui unanime du corps médical australien. Les médias nord-américains n'ont pas donné beaucoup de publicité à ce fait et l'intimé, comme l'ensemble du corps médical nord-américain, n'a appris cette fermeture que plus tard en 1985. Apparemment, les échanges de renseignements médicaux concernant le VIH entre l'Australie et l'Amérique du Nord étaient peu nombreux. En septembre 1985, un article paru dans la revue médicale britannique *Lancet* a révélé que quatre Australiennes avaient été infectées par le VIH après une IA. Quand l'intimé a appris cette nouvelle, il a immédiatement interrompu son programme d'IA et a recommandé à ses donneurs et à l'appelante de se soumettre à des analyses.

L'American Fertility Society a publié pour la première fois en 1986 des directives relatives à l'insémination avec du sperme de donneur et ces directives ont été révisées en 1988. Les nouvelles directives recommandaient l'utilisation de sperme congelé seulement, qui est entreposé au moins six mois. Des prises de sang sont faites pour la détection des anticorps anti-VIH au moment du don de sperme et six mois plus tard. Le sperme ne doit être utilisé que si les deux échantillons sont séronégatifs. Ces directives n'ont été publiées par l'American Center for Disease Control qu'en février 1988. L'intimé n'a commencé à faire des analyses pour détecter l'hépatite B qu'au cours de 1987 et 1988, au moment où les directives ont été publiées.

Bien que l'intimé ait su que le VIH pouvait être transmis par les rapports hétérosexuels ou par les transfusions sanguines, il n'a appris que le VIH pouvait être communiqué par l'IA qu'en juillet 1985, lorsqu'il a été mis au fait de l'expérience australienne. Aucune des publications médicales

January 1985 nor any of the medical meetings he attended suggested that there was a risk of contracting HIV through AI. The respondent did not read Dr. Mascola's letter which appeared in the *New England Journal of Medicine*. He did not make any connection between the fact HIV was an STD and the possibility that it could be passed on through AI since there was nothing recorded to this effect.

There was expert evidence that the respondent's AI practice was in keeping with general practices across Canada. Specifically, his AI practice of recruitment and screening of donors and semen accorded with standard practice across Canada. The respondent used only fresh semen prior to January 1985. He personally interviewed all his donors instead of using a questionnaire. In the interview, the respondent obtained a complete medical history of the prospective donor including whether the donor was heterosexual or homosexual. The respondent rejected homosexuals because he considered that they had practices that could potentially transmit certain diseases to recipients. The respondent also inquired into the levels of sexual activity since active donors were more likely to be exposed to STDs.

The respondent also conducted a general physical examination. He tested for gonorrhoea, syphilis and other bacteria and conducted blood and semen tests for Rh blood factor. Other than on a random basis, there was no repeat testing of semen nor re-interviewing of donors. Of the 28 active donors used by the respondent in his AI practice, only the donor whose semen was administered to the appellant was infected by HIV. That donor had been asked whether he was heterosexual or homosexual and he replied that he was heterosexual. After the donor tested HIV positive, he told the respondent that he was bisexual.

At trial, the trial judge instructed the jury that it was open to find the respondent negligent on the basis that he failed to comply with the standard medical practice at that time. Alternatively, the

qu'il a lues avant janvier 1985 et aucune des conférences médicales auxquelles il a assisté ne laissaient supposer que l'IA comportait un risque de transmission du VIH. L'intimé n'a pas lu la lettre du Dr Mascola publiée dans le *New England Journal of Medicine*. Il n'a pas établi de rapport entre le fait que le VIH était une MTS et la possibilité qu'il soit communiqué par l'IA, puisque cela n'était attesté nulle part.

Selon les témoignages d'experts, l'intimé s'est conformé aux usages canadiens en matière d'IA. Plus précisément, sa méthode pour recruter et sélectionner les donneurs et le sperme était conforme à la pratique courante. L'intimé n'utilisait que du sperme à l'état frais avant janvier 1985. Il avait une entrevue avec tous les donneurs au lieu d'employer un questionnaire. Au cours de l'entrevue, il se renseignait sur tous les antécédents médicaux du donneur éventuel, y compris sur son orientation sexuelle. L'intimé refusait les homosexuels parce qu'il estimait qu'ils risquaient, en raison de leurs pratiques sexuelles, de transmettre certaines maladies aux receveuses. L'intimé les interrogeait aussi sur leur degré d'activité sexuelle car les donneurs actifs étaient plus susceptibles de contracter des MTS.

L'intimé faisait aussi un examen médical général. Il faisait des analyses en vue de détecter la blennorrhagie, la syphilis et d'autres bactéries, ainsi que des analyses de sang et de sperme pour établir le facteur Rh. Sauf pour les échantillons prélevés au hasard, les donneurs n'étaient pas soumis à d'autres analyses de sperme ni convoqués à une nouvelle entrevue. Parmi les 28 donneurs actifs auxquels l'intimé a eu recours, seul le donneur dont le sperme a été administré à l'appelante était infecté par le VIH. Lorsqu'on lui a demandé s'il était hétérosexuel ou homosexuel, il a répondu qu'il était hétérosexuel. Après que l'intimé l'a informé qu'il était séropositif, il a dit qu'il était bisexuel.

Au procès, le juge de première instance a informé le jury qu'il pouvait conclure à la négligence de l'intimé parce que celui-ci avait omis de respecter la pratique courante à l'époque. Subs-

14

15

16

trial judge stated that the jury could find that the approved practice itself was negligent.

17

With respect to the sale of goods issue, the trial judge instructed the jury to first determine whether the contract between the parties was primarily one for goods or primarily for services. If it was primarily for goods, then the *Sale of Goods Act* applied. However, the jury held that the contract was primarily one for services and therefore the Act did not apply. The trial judge also instructed the jury that aside from the Act, they had to consider whether there was a warranty at common law. However, in this context, the trial judge stated that any common law warranty would simply amount to the same thing as negligence. In other words, under the common law warranty in a contract for medical services, the respondent undertakes to meet the standards of a reasonably competent person practising in his field. The doctor does not warrant that the services will be effective.

18

In the result, the jury found the respondent negligent. However, it is unknown on what basis the jurors reached their decision. The damages awarded by the jury totalled \$883,800, including \$460,000 for non-pecuniary damages. On appeal, however, the verdict of the jury was set aside and the Court of Appeal ordered a new trial on the issue of liability as well as damages: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65.

II. Relevant Statutory Provisions

Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370:

17. Where there is a contract for the sale of goods by description, there is an implied condition that the goods shall correspond with the description. If the sale be by sample, as well as by description, it is not sufficient that the bulk of the goods correspond with the sample if the goods do not also correspond with the description.

18. Subject to this Act and any statute in that behalf, there is no implied warranty or condition as to the qual-

diairement, il pouvait conclure que cette pratique constituait en soi de la négligence.

Quant à la question de la vente d'objets, le juge de première instance a informé le jury qu'il devait d'abord décider si le contrat entre les parties était avant tout un contrat de vente ou un contrat de services. S'il s'agissait principalement d'un contrat de vente, alors la *Sale of Goods Act* s'appliquait. Toutefois, le jury a conclu que c'était principalement un contrat de services et, en conséquence, la Loi ne s'appliquait pas. Le juge de première instance a également informé le jury que, en plus d'examiner la Loi, il devait se demander s'il existait une garantie en common law. Toutefois, il a dit que, dans ce contexte, la garantie qui serait applicable en common law équivaldrait simplement à la négligence. Autrement dit, la garantie de common law dans un contrat de services médicaux signifie que l'intimé s'engage à satisfaire aux normes qui régissent l'activité d'une personne raisonnablement compétente dans sa sphère professionnelle. Le médecin ne garantit pas le résultat.

En conséquence, le jury a conclu à la négligence de l'intimé. Toutefois, on ignore sur quoi les jurés ont fondé leur décision. Les dommages-intérêts accordés par le jury atteignent 883 800 \$, dont 460 000 \$ en dommages-intérêts non pécuniaires. En appel le verdict du jury a cependant été annulé et la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la question de la responsabilité et sur les dommages-intérêts: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370:

[TRADUCTION]

17. Le contrat de vente d'objets sur description contient la condition implicite que les objets correspondent à la description. Lorsque la vente est à la fois sur échantillon et sur description, il ne suffit pas que la masse des objets corresponde à l'échantillon si les objets ne correspondent pas à la description.

18. Sous réserve des lois pertinentes, il n'existe pas de garantie ou de condition implicite quant à la qualité

ity or fitness for any particular purpose of goods supplied under a contract of sale, except as follows:

- (a) where the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller the particular purpose for which the goods are required, so as to show that the buyer relies on the seller's skill or judgment, and the goods are of a description which it is in the course of the seller's business to supply, whether he is the manufacturer or not, there is an implied condition that the goods are reasonably fit for such purpose; except that in the case of a contract for the sale of a specified article under its patent or other trade name, there is no implied condition as to its fitness for any particular purpose;
- (b) where goods are bought by description from a seller who deals in goods of that description, whether he is the manufacturer or not, there is an implied condition that the goods shall be of merchantable quality; but if the buyer has examined the goods there is no implied condition as regards defects which such examination ought to have revealed;
- (c) an implied warranty or condition as to quality or fitness for a particular purpose may be annexed by the usage of trade; and
- (d) an express warranty or condition does not negative a warranty or condition implied by this Act unless inconsistent with it.

III. Judgment of Court of Appeal (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39

After a review of the evidence, including an exhaustive review of the evidence of standard practice, the court noted that the law was well established that "physicians are required to conduct themselves at least in accordance with the standard of their professional peers, but they are not expected to guarantee the success of their procedures or the perfect safety of their patients" (p. 61).

With respect to the negligence claim, the Court of Appeal distinguished between two aspects of the defendant's practice:

ou à l'adaptation à un usage particulier des objets fournis en vertu d'un contrat de vente, sauf dans les cas suivants:

- a) il y a une condition implicite que les objets sont raisonnablement adaptés à l'usage particulier que l'acheteur fait connaître expressément ou implicitement au vendeur, en montrant qu'il s'en remet à la compétence ou au jugement de celui-ci, lorsque les objets correspondent à la description de ceux que le vendeur fournit dans le cours de son commerce, qu'il en soit ou non le fabricant. Il n'y a pas de condition implicite relative à l'adaptation à un usage particulier d'un article déterminé sous son brevet ou sous une autre appellation commerciale;
- b) il y a une condition implicite que les objets achetés sur description sont de qualité marchande si le vendeur fait le commerce d'objets de cette description (qu'il en soit ou non le fabricant). Si l'acheteur a examiné les objets, il n'y a pas de condition implicite relative aux vices que l'examen aurait dû révéler;
- c) une garantie ou condition implicite relative à la qualité des objets ou à leur adaptation à un usage particulier peut être incorporée au contrat par renvoi aux usages du commerce;
- d) une garantie ou condition expresse n'invalide une garantie ou une condition découlant implicitement de la présente loi que si elles sont incompatibles.

III. L'arrêt de la Cour d'appel (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39

Après avoir étudié la preuve, et notamment après avoir étudié à fond la preuve concernant la pratique courante, la cour a fait observer qu'il était bien établi en droit que [TRADUCTION] «les médecins sont tenus de se conformer au moins à la norme professionnelle suivie par leurs pairs, mais qu'ils ne sont pas censés garantir le succès du traitement ni la sécurité absolue de leurs patients» (p. 61).

Quant à la prétention selon laquelle il y a eu négligence, la Cour d'appel a fait une distinction entre deux aspects de la pratique suivie par l'intimé: