

Kazimierz Janiak *Appellant;*

and

Samuel Ippolito *Respondent.*

File No.: 16792.

1983: December 12; 1985: March 14.

Present: Ritchie*, Dickson, Estey, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Torts — Damages — Refusal to undergo recommended surgery — Procedure having 70 per cent success rate and 100 per cent chance of recovery if successful — Whether or not uncertainty a factor to include in calculating award.

Respondent was disabled as a result of a traffic accident and could not return to work. The recommended surgical treatment entailed a 70 per cent chance of success, and if successful, a 100 per cent chance of recovery and the possibility of respondent's returning to work. Respondent, however, feared surgery of any kind and refused to undergo the operation without his doctors' assuring him of a 100 per cent chance of success; he remains disabled and out of work. The action was limited, given appellant's admission of liability, to the issue of damages. The trial judge found respondent was not entitled to damages in respect of pain or suffering or loss of earnings consequent upon an unreasonable refusal to undergo the proper medical treatment. The Court of Appeal adopted a similar line of reasoning but adjusted the award for loss of income upwards to take into account the fact that recovery was not completely guaranteed.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

The question of whether or not a person has been reasonable in refusing to accept the recommended medical treatment is for the trier of fact to decide. In making that finding, the trier of fact must take into consideration the degree of risk from the surgery, the gravity of the consequences of refusing it, and the potential benefits to be derived from it. If any one of several recommended courses of treatment is followed, a plaintiff cannot be said to have acted unreasonably. The trial

Kazimierz Janiak *Appellant;*

et

Samuel Ippolito *Intimé.*

^a N° du greffe: 16792.

1983: 12 décembre; 1985: 14 mars.

Présents: Les juges Ritchie*, Dickson, Estey, Chouinard et Wilson.

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

Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Refus de subir une intervention chirurgicale recommandée — Opération qui comporte 70 pour 100 de probabilités de réussite et qui entraîne une guérison totale si elle réussit — L'incertitude est-elle un facteur à considérer dans le calcul de l'indemnité?

^b *L'intimé a été rendu invalide par suite d'un accident de la circulation et n'a pu reprendre son travail. Le traitement chirurgical recommandé comportait 70 pour cent de probabilités de réussite et, en cas de réussite, cent pour cent de probabilités de guérison et de retour au travail pour l'intimé. Cependant, l'intimé craignait toute espèce d'intervention chirurgicale et a refusé de subir l'opération à moins que ses médecins ne lui assurent à cent pour cent les chances de réussite; il est demeuré invalide et sans travail. L'action a été restreinte*

^c *à la question du montant des dommages-intérêts étant donné que l'appelant a reconnu sa responsabilité. Le juge de première instance a conclu que l'intimé n'avait pas le droit d'être indemnisé pour la douleur, les souffrances et la perte de revenu subies par suite d'un refus déraisonnable de subir le traitement médical indiqué. La Cour d'appel a adopté à peu près la même façon de raisonner, mais elle a augmenté l'indemnité pour perte de revenu de manière à tenir compte du fait que la guérison n'était pas totalement assurée.*

^d *Arrêt: Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.*

Il appartient au juge des faits de décider si une personne a été raisonnable ou non en refusant de subir le traitement médical recommandé. Pour arriver à cette décision, le juge des faits doit tenir compte du risque que présente l'intervention chirurgicale, de la gravité des conséquences du refus de la subir et des avantages qu'il était possible d'en tirer. Si un demandeur a suivi l'une ou l'autre des différentes formes de traitement recommandées, on ne peut dire qu'il a agi déraisonnablement.

* Ritchie J. took no part in the judgment.

judge committed no error of law here and there was no basis on which an appellate court could interfere with his finding.

Damages for aggravated injuries consequent on some pre-existing infirmity are recoverable even if the infirmity is of a psychological nature. A psychological "thin skull" that developed subsequent to the tortious act is not, however, a factor to be considered in relation to reasonableness. The analytical focus in each case is on the capacity to make a reasonable choice. A line must be drawn between those capable of making a rational choice and those who cannot due to some pre-existing psychological condition. A person capable of choice must bear the cost of an unreasonable decision but a person incapable of making such a choice due to a pre-existing psychological condition should not bear the cost when wrongfully injured. The burden of proof of damages lies with the plaintiff but shifts once it is alleged that the loss should have been mitigated.

The principle that a plaintiff cannot recover damages which could have been avoided by the taking of reasonable steps underlies the duty to mitigate. Avoidable damages are to be determined by assuming that the plaintiff has agreed to an operation not yet performed rather than looking at what on the balance of probabilities would have happened had the operation taken place. The courts must therefore take into account any "substantial possibility" of failure and the amount by which full compensation would be discounted would represent the avoidable loss.

Cases Cited

Marcrost v. Scruttons, Ltd., [1954] 1 Lloyd's Rep. 395; *Elloway v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605; *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165; *Buczynski v. McDonald* (1971), 1 S.A.S.R. 569; *Plenty v. Argus*, [1975] W.A.R. 155; *Selvanayagam v. University of West Indies*, [1983] 1 All E.R. 824, considered; *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497; *Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92; *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107; *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541; *Gray v. Cotic*, [1983] 2 S.C.R. 2; *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508; *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669; *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341; *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405; *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203; *Asameria Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London*,

Le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit en l'espèce et il n'y a rien qui justifie qu'une cour d'appel modifie sa conclusion.

Des dommages-intérêts relatifs à des blessures aggravées résultant d'une infirmité préexistante peuvent être obtenus même si l'infirmité est de nature psychologique. La vulnérabilité psychologique consécutive à l'acte fautif n'est toutefois pas un facteur à prendre en considération pour déterminer le caractère raisonnable de la décision. L'examen dans chaque cas porte sur la capacité de faire un choix raisonnable. Il faut distinguer entre les personnes capables de faire un choix rationnel et celles qui ne peuvent le faire à cause d'un état psychologique préexistant. Une personne capable de choisir doit assumer le coût d'une décision déraisonnable, mais une personne incapable de faire un tel choix en raison d'un état psychologique préexistant ne doit pas en assumer le coût si elle a été blessée par suite d'un acte fautif. Le demandeur a l'obligation de prouver l'étendue du préjudice, mais le fardeau se déplace si l'on allègue que les pertes auraient pu être minimisées.

L'obligation de minimiser les dommages découle du principe selon lequel le demandeur ne peut être indemnisé pour les dommages qui auraient pu être évités par des mesures raisonnables. Les pertes évitables doivent être déterminées en supposant que le demandeur a consenti à une opération qui n'a pas encore eu lieu plutôt qu'en considérant ce qui, selon la prépondérance des probabilités, se serait produit si l'opération avait eu lieu. Les cours doivent donc tenir compte de toute «possibilité réelle» d'échec et la somme dont le plein dédommagement serait diminué représenterait la perte évitable.

Jurisprudence

g Arrêts examinés: *Marcrost v. Scruttons, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 395; *Elloway v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605; *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165; *Buczynski v. McDonald* (1971), 1 S.A.S.R. 569; *Plenty v. Argus*, [1975] W.A.R. 155; *Selvanayagam v. University of West Indies*, [1983] 1 All E.R. 824; arrêts mentionnés: *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497; *Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92; *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107; *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541; *Gray c. Cotic*, [1983] 2 R.C.S. 2; *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508; *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669; *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341; *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405; *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203; *Asameria Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground*

[1912] A.C. 673; *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.*, [1932] A.C. 452; *Savage v. T. Wallis, Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 357; *McAuley v. London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500; *Darbshire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 509; *Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505; *Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741; *Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Newell v. Lucas*, [1964-65] N.S.W.R. 1597; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836; *Schrump v. Koot* (1978), 18 O.R. (2d) 337; *McCarthy v. MacPherson's Estate* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 294, referred to.

^a *Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673; *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.*, [1932] A.C. 452; *Savage v. T. Wallis, Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 357; *McAuley v. London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500; *Darbshire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 509; *Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505; *Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741; *Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Newell v. Lucas*, [1964-65] N.S.W.R. 1597; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836; *Schrump v. Koot* (1978), 18 O.R. (2d) 337; *McCarthy v. MacPherson's Estate* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 294.

Authors Cited

American Jurisprudence, 2nd ed., vol. 22, Rochester, N.Y., The Lawyers Co-operative Publishing Company; San Francisco, Calif., Bancroft-Whitney Company, 1965.

Doctrine citée

American Jurisprudence, 2nd ed., vol. 22, Rochester, N.Y., The Lawyers Co-operative Publishing Company; San Francisco, Calif., Bancroft-Whitney Company, 1965.

Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1981.

^d Cooper-Stephenson, Kenneth D. and Iwan B. Saunders. *Personal Injury Damages in Canada*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1981.

Dobbs, Dan B. *Law of Remedies*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1973.

^e Dobbs, Dan B. *Law of Remedies*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1973.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed., Sydney, The Law Book Company Limited, 1983.

^f Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed., Sydney, The Law Book Company Limited, 1983.

APPEAL AND CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 34 O.R. (2d) 151, varying an award of damages made by Callaghan J. Appeal and cross-appeal dismissed.

^g **POURVOI ET POURVOI INCIDENT** contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 34 O.R. (2d) 151, qui a modifié les dommages-intérêts accordés par le juge Callaghan. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Brendan O'Brien, Q.C., for the appellant.

Brendan O'Brien, c.r., pour l'appelant

William Morris, Q.C., Rhona Waxman and Kim Carpenter-Gunn, for the respondent.

^h William Morris, c.r., Rhona Waxman et Kim Carpenter-Gunn, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

ⁱ Version française du jugement de la Cour rendu par

WILSON J.—The central issue in this case is how damages for personal injury are to be assessed where the victim of the accident unreasonably refuses to undergo the recommended surgery.

LE JUGE WILSON—La question centrale du présent pourvoi est de savoir comment évaluer les dommages-intérêts pour blessures corporelles lorsque la victime d'un accident refuse déraisonnablement de subir l'intervention chirurgicale qui lui est recommandée.

1. The Facts

On March 31, 1976 the respondent sustained serious back injuries when his automobile was struck from behind by a vehicle driven by the appellant. Prior to that date the respondent had been employed for eleven years as a crane operator. Since the accident he has been disabled to such an extent that it has been impossible for him to return to work. Liability for negligent driving was admitted by the appellant and the trial was confined to the issue of damages.

The respondent's main injury, according to the medical evidence presented at trial, consisted of a disc protrusion of the cervical spine. Several medical experts testified to the effect that the recommended course of treatment for such an injury would be the surgical excision of the disc together with a spinal fusion. The trial judge accepted the evidence that this type of operation entails an approximately 70 per cent chance of success and that, if successful, could result in an almost 100 per cent recovery for the respondent who could thereafter return to work as a crane operator. The respondent, however, appears to have suffered from a great fear of surgery of any kind and insisted on assurance of a 100 per cent chance of success before consenting to undergo the recommended procedure. As neither his family physician nor his orthopaedic surgeon was able to provide such an absolute guarantee for this or any other type of surgery, the respondent refused to heed the medical advice. Accordingly, his back injuries have not improved and he continues to be disabled and out of work.

2. The Courts Below

At trial, Callaghan J. found that the respondent (plaintiff in the original action) had acted unreasonably in refusing to undergo the recommended surgery. Having made this finding he went on to state that any individual claiming damages for personal injuries has "a duty to mitigate his loss by obtaining proper medical treatment" and that he is not entitled to damages in respect of "any pain, suffering, loss of amenities, or loss of earnings consequent upon an unreasonable refusal to under-

1. Les faits

Le 31 mars 1976, l'intimé a subi des blessures graves au dos lorsque sa voiture a été heurtée à l'arrière par celle de l'appelant. Avant cette date, l'intimé travaillait depuis onze ans comme grutier. Depuis l'accident, il est invalide au point de ne pouvoir reprendre son travail. L'appelant a reconnu sa responsabilité pour négligence dans la conduite d'un véhicule à moteur et le procès n'a porté que sur la question des dommages-intérêts.

Selon la preuve médicale soumise en première instance, la blessure principale de l'intimé est une protrusion discale de la colonne vertébrale. Plusieurs experts en médecine ont témoigné que le traitement recommandé pour ce genre de blessure serait l'ablation chirurgicale du disque et une fusion vertébrale. Le juge de première instance a ajouté foi aux témoignages selon lesquels ce genre d'opération comporte environ 70 pour 100 de chances de succès et pourrait, à condition de réussir, entraîner une guérison presque totale de l'intimé qui pourrait, par la suite, reprendre son travail de grutier. Cependant, l'intimé semble avoir craint énormément toute espèce d'intervention chirurgicale et insisté pour qu'on lui assure à cent pour cent les chances de réussite avant de consentir à subir le traitement recommandé. Puisque ni son médecin de famille ni son chirurgien orthopédiste ne pouvaient fournir cette garantie absolue pour ce genre ou tout autre genre d'intervention chirurgicale, l'intimé a refusé de suivre l'avis des médecins. En conséquence, ses blessures au dos n'ont pas guéri et il continue d'être invalide et sans travail.

2. Les cours d'instance inférieure

En première instance, le juge Callaghan a conclu que l'intimé (le demandeur dans les procédures initiales) avait agi de façon déraisonnable en refusant de subir l'intervention chirurgicale recommandée. Après avoir tiré cette conclusion, il a ajouté que toute personne qui réclame des dommages-intérêts pour blessures corporelles a [TRADUCTION] «l'obligation de réduire ses pertes en se faisant soigner convenablement» et n'a pas droit à des dommages-intérêts pour [TRADUCTION] «toute

go medical treatment or surgical operation". Taking into account the estimated period of convalescence from a spinal fusion operation, Mr. Justice Callaghan found that, had the respondent acted reasonably, he would have been able to return to work by the end of March 1978. Accordingly, he found the appellant responsible for the respondent's loss of income for the two years between the date of the accident and March 31, 1978, which loss amounted to a total of \$33,000. In addition, he assessed general damages for pain and suffering in sustaining the injuries at \$25,000. When these awards were reduced to reflect the insurance benefits the respondent had received, the total amount for which the respondent received judgment at trial was \$47,900 plus interest from November 25, 1977.

In the Ontario Court of Appeal [(1981), 34 O.R. (2d) 151] Blair J.A. (with whom Goodman J.A. concurred) agreed generally with the line of reasoning pursued by the trial judge, but differed in his calculation of damages to the extent that he did not cut off the appellant's responsibility for lost earnings at the date when the respondent might have been expected to recuperate from the operation and return to work. Rather, he took into account the fact that the recommended surgery entailed only a 70 per cent chance of success and adjusted the award for loss of income upward in order to take into account the fact that, even if the respondent had acted reasonably in the circumstances, his recovery would not have been assured. After making a series of adjustments to reflect the contingencies entailed in the surgery and the respondent's future job prospects had he undergone the operation, Blair J.A. awarded damages for loss of earnings in the amount of \$81,661. He then deducted the insurance benefits which the respondent had received and added the \$25,000 representing general damages for pain and suffering. This produced a total award of \$103,651.

douleur, souffrance, perte de jouissance de la vie ou perte de revenu résultant du refus déraisonnable de subir un traitement médical ou une intervention chirurgicale». Tenant compte de la période estimative de convalescence nécessaire par suite d'une opération de fusion vertébrale, le juge Callaghan a conclu que si l'intimé avait agi de façon raisonnable, il aurait pu reprendre son travail dès la fin de mars 1978. En conséquence, il a tenu l'appelant responsable de la perte de revenu subie par l'intimé pendant les deux années comprises entre la date de l'accident et le 31 mars 1978, perte qui s'élève au total à 33 000 \$. De plus, il a évalué à 25 000 \$ les dommages-intérêts généraux pour douleur et souffrances résultant des blessures subies. Après réduction de ces montants de manière à refléter les prestations d'assurance touchées par l'intimé, ce dernier s'est vu accorder en première instance la somme totale de 47 900 \$ plus les intérêts à compter du 25 novembre 1977.

En Cour d'appel de l'Ontario [(1981), 34 O.R. (2d) 151], le juge Blair (aux motifs duquel le juge Goodman a souscrit) s'est dit d'accord, dans l'ensemble, avec le genre de raisonnement adopté par le juge de première instance, mais a divergé d'opinion avec lui quant au calcul des dommages-intérêts, dans la mesure où il n'a pas mis fin à la responsabilité de l'appelant pour la perte de revenu à la date à laquelle on aurait pu s'attendre à ce que l'intimé soit rétabli de l'opération et retourne à son travail. Il a plutôt pris en considération le fait que l'intervention chirurgicale recommandée comportait seulement 70 pour 100 de chances de succès et a augmenté le montant accordé pour la perte de revenu de manière à tenir compte du fait que, même si l'intimé avait agi de façon raisonnable dans les circonstances, son rétablissement n'aurait pas été garanti. Après avoir procédé à une série d'ajustements de manière à refléter les aléas de l'intervention chirurgicale et les possibilités d'emploi futur de l'intimé si ce dernier avait subi l'opération, le juge Blair a accordé des dommages-intérêts de 81 661 \$ pour la perte de revenu. Il a ensuite déduit les prestations d'assurance touchées par l'intimé et a ajouté 25 000 \$ de dommages-intérêts généraux pour douleur et souffrances. Le montant total accordé a été ainsi de 103 651 \$.

A strong dissent in the Court of Appeal was voiced by MacKinnon A.C.J.O. based on his analysis of the English case law on the issue of the refusal of a tort victim to seek medical care. The principle he elicited from the English authorities is that a tort victim's unreasonable refusal to undergo medical treatment constitutes an intervening cause which effectively cuts off the liability of the initial tortfeasor. Accordingly, as applied by MacKinnon A.C.J.O., this principle has the effect of barring the respondent from any claim for loss of income beyond the date on which he might reasonably be expected to have returned to work had he undergone the surgery and the surgery had been a success. While MacKinnon A.C.J.O. was prepared to take account of the approximately 30 per cent chance of the operation's failure in assessing the reasonableness of the respondent's refusal of the surgery, he was not prepared to factor this percentage into the *quantum* of loss awarded once the respondent was held to have acted unreasonably. Although he would have varied the damages calculation in some minor respects, the overall thrust of his dissent was to approve the approach taken by Callaghan J. at trial.

Le juge en chef adjoint MacKinnon a exprimé énergiquement sa dissidence en s'appuyant sur son analyse de la jurisprudence anglaise portant sur la question du refus de la victime d'une faute de recourir à des soins médicaux. Selon le principe qu'il a dégagé de la jurisprudence anglaise, le refus déraisonnable de la victime d'une faute de subir un traitement médical constitue une cause nouvelle qui a pour effet de mettre fin à la responsabilité de l'auteur initial de la faute. En conséquence, selon l'application qu'en a fait le juge en chef adjoint MacKinnon, ce principe a pour effet d'empêcher l'intimé de réclamer quoi que ce soit pour la perte de revenu subie après la date à laquelle on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'il retourne au travail s'il avait subi avec succès l'intervention chirurgicale. Même si le juge en chef adjoint MacKinnon était disposé à tenir compte de la probabilité d'environ 30 pour 100 que l'opération ne réussisse pas en évaluant le caractère raisonnable du refus de l'intimé de subir l'intervention chirurgicale, il n'était pas prêt à tenir compte de ce pourcentage dans le montant accordé pour la perte après avoir conclu que l'intimé a agi de façon déraisonnable. Quoiqu'il aurait modifié le calcul des dommages-intérêts sous certains aspects de moindre importance, la portée globale de sa dissidence a été d'approuver le point de vue adopté par le juge Callaghan en première instance.

3. Unreasonable Refusal of Treatment

The single most noteworthy fact with which this appeal is concerned is that the trial judge found the respondent to have been unreasonable in his refusal to accept the recommended medical treatment. As noted by each of the member of the House of Lords in *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497, this question is most appropriately left to the trier of fact to decide. There is no reason to conclude that Callaghan J. committed any error of law in determining this issue in the case at bar. Both the majority and the dissent in the Ontario Court of Appeal were of the view that there was sufficient evidence to support the trial judge's finding and, in the absence of any suggestion that he misdirected himself or applied the wrong test to the facts presented to him, there is no basis on which this Court can interfere with his

Le fait le plus important auquel touche le présent pourvoi a trait à la conclusion du juge de première instance portant que l'intimé a été déraisonnable en refusant de subir le traitement médical recommandé. Comme le souligne chacun des membres de la Chambre des lords dans l'arrêt *Steele v. Robert George and Co.*, [1942] A.C. 497, c'est au juge des faits qu'il appartient vraiment de trancher cette question. Il n'y a pas de raison de conclure que le juge Callaghan a commis une erreur de droit quelconque en tranchant cette question en l'espèce. En Cour d'appel de l'Ontario, les juges formant la majorité et le juge dissident ont tous été d'avis qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion du juge de première instance et, en l'absence de toute prétention qu'il s'est trompé ou qu'il a appliqué le

finding. He alone had the opportunity to assess the evidence and determine the issue of the respondent's reasonableness at first hand.

It may, however, be opportune, since this Court now has the concept of reasonableness in relation to a refusal of medical or surgical treatment before it, to make reference to some of the difficult elements involved in a finding of unreasonableness before considering precisely how such a finding affects the legal principles otherwise applicable on an assessment of damages.

(1) Unreasonableness and the "Thin Skull" Doctrine

The first difficult issue which arises in assessing the reasonableness or otherwise of a plaintiff's refusal of medical treatment is the extent, if any, to which subjective attributes of the plaintiff may be taken into account by the court. In the case at bar it was submitted by the respondent that, whether or not his refusal of treatment was perceived as objectively unreasonable, its source lay in an innate fear of surgery which he could not be expected to overcome. Accordingly, he invoked a variation of the long accepted principle that "if the wrong is established the wrongdoer must take the victim as he finds him": *per Lord Wright in Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92, at pp. 109-10. It followed from this, he argued, that the injuries resulting from his inordinate fear, which might otherwise have been avoided if a reasonable decision regarding medical treatment had been made, were analogous to the type of aggravated injuries which might be suffered by a haemophiliac inflicted with a bleeding wound or any other victim with a predisposed physiological oversensitivity: *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107 (Ont. H.C.)

It is, of course, well established that damages for aggravated injuries consequent on some pre-existing infirmity of the plaintiff are recoverable

mauvais critère aux faits qui lui ont été soumis, il n'y a rien qui puisse justifier cette Cour de modifier sa conclusion. Lui seul avait la possibilité d'évaluer directement la preuve et de trancher la question du caractère raisonnable de l'intimé.

Cependant, puisque cette Cour doit étudier le concept du caractère raisonnable du refus de subir un traitement médical ou chirurgical, il peut être opportun de mentionner certaines difficultés que comporte le fait de conclure au caractère déraisonnable avant d'analyser précisément comment une telle conclusion modifie les principes juridiques applicables par ailleurs à l'évaluation des dommages-intérêts.

(1) Caractère déraisonnable et doctrine de la «vulnérabilité de la victime»

La première difficulté qui se présente lors de l'évaluation du caractère raisonnable ou déraisonnable du refus par un demandeur de subir un traitement médical est la mesure, s'il y a lieu, dans laquelle la cour peut tenir compte des caractéristiques subjectives du demandeur. En l'espèce, l'intimé a soutenu que, peu importe que son refus de subir le traitement soit perçu ou non comme objectivement déraisonnable, il s'explique par une crainte innée de subir une intervention chirurgicale, qu'il ne pouvait être censé surmonter. En conséquence, il a invoqué une variante du principe accepté depuis longtemps selon lequel [TRADUCTION] «si la faute est prouvée, son auteur doit subir les conséquences de l'état antérieur de la victime»: lord Wright dans l'arrêt *Hay or Bourhill v. Young*, [1943] A.C. 92, aux pp. 109 et 110. Il s'ensuit, a-t-il soutenu, que le préjudice qui découle de sa peur insurmontable, qui aurait pu être par ailleurs évité si une décision raisonnable avait été prise à propos du traitement médical, est semblable au préjudice aggravé que pourrait subir un hémophile victime d'une hémorragie due à une blessure ou une autre victime prédisposée à une hypersensibilité physiologique: *Bishop v. Arts & Letters Club of Toronto* (1978), 83 D.L.R. (3d) 107 (H.C. Ont.).

Il est évidemment bien établi que des dommages-intérêts relatifs à des blessures aggravées résultant d'une infirmité préexistante du demandeur

even if the infirmity is of a psychological nature: see, e.g. *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541 (Q.B.); *Gray v. Cotic*, [1983] 2 S.C.R. 2. As Geoffrey Lane J. said in *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508, at p. 511, "there is no difference in principle between an egg-shell skull and an egg-shell personality". Indeed, it would seem that the *locus classicus* of the "thin skull rule", the decision of Kennedy J. in *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669, was in fact a case of aggravated injuries which were triggered by the impact of the defendant's tortious act on the plaintiff's inchoate psychological hypersensitivity.

The key word, however, is pre-existing. Once it is acknowledged that there is such a thing as a "psychological thin skull", the inquiry shifts to (a) the timing and (b) the nature of the alleged psychological infirmity.

(a) Timing

With regard to timing, it would seem that the very concept of a thin skulled plaintiff embodies within it the notion that the oversensitive condition was pre-existing at the time of the injury. That is to say, where the ultimate consequence of which the plaintiff complains is not due to the impact of the defendant's wrongful act on some existing sensitivity of the plaintiff, but rather arises only subsequent to the injury and independent of any intrinsic physiological or psychological problem for which the tortious act has served as a catalyst, the ordinary rules of recoverability apply. By way of illustration, where a blow to the plaintiff's chest inflicted by the defendant ultimately results in the development of a malignancy, but there is no evidence of any pre-existing susceptibility to such a disease in the plaintiff, then the ordinary rules of causation apply: *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341. On the other hand, where the defendant's negligent act results in the plaintiff's lip being burned and, due to a rare pre-malignant condition of the plaintiff, this burn turns into a fatal malignant growth, then the pre-existing "thin skull" serves to displace the otherwise applicable

peuvent être obtenus même si l'infirmité est de nature psychologique: voir, par exemple, *Love v. Port of London Authority*, [1959] 2 Lloyd's Rep. 541 (B.R.); *Gray c. Cotic*, [1983] 2 R.C.S. 2.

a Comme l'affirme le juge Geoffrey Lane dans *Malcolm v. Broadhurst*, [1970] 3 All E.R. 508, à la p. 511, [TRADUCTION] «en principe, il n'y a pas de différence entre la vulnérabilité physique et la vulnérabilité psychologique». En réalité, il semblerait que la source classique de la «règle de la vulnérabilité de la victime», c.-à-d. l'arrêt du juge Kennedy *Dulieu v. White & Sons*, [1901] 2 K.B. 669, ait été une affaire de préjudice aggravé déclenché par l'effet de la faute du défendeur sur l'hypersensibilité psychologique innée du demandeur.

b Le mot clé est cependant le mot préexistante. *c* Dès que l'on reconnaît qu'il y a «vulnérabilité psychologique de la victime», l'examen doit alors porter sur a) l'élément de temps et b) la nature de la prétendue infirmité psychologique.

e a) L'élément de temps

f Quant à l'élément de temps, il semblerait que le concept même de la vulnérabilité du demandeur comporte l'idée que l'état d'hypersensibilité existait déjà au moment où la victime a été blessée. Autrement dit, les règles ordinaires en matière de dédommagement s'appliquent lorsque la conséquence ultime dont le demandeur se plaint n'est pas due à l'effet de la faute du défendeur sur une certaine sensibilité préexistante du demandeur, mais survient plutôt seulement après avoir subi la blessure, indépendamment de tout problème physiologique ou psychologique auquel la faute a servi

g de catalyseur. Par exemple, si un coup porté par le défendeur à la poitrine du demandeur entraîne finalement l'apparition d'une tumeur maligne, sans qu'il y ait de preuve que le demandeur était prédisposé à souffrir d'une telle maladie, alors les règles ordinaires en matière de causalité s'appliquent: *Blackstock v. Foster*, [1938] S.R. (N.S.W.) 341. D'autre part, lorsque le demandeur subit une brûlure de la lèvre par suite de la faute du défendeur et qu'en raison d'une prédisposition rare du demandeur, cette brûlure se transforme en tumeur mortelle, alors la «vulnérabilité préexistante

rules of causation: *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405.

The same dichotomy must presumably apply to cases of a psychological thin skulled plaintiff. A significant distinction has to be made between persons who subsequent to an accident develop an emotional or psychological infirmity and those who bring a pre-existing emotional or psychological infirmity to the accident. The question posed by the kind of case we have here is: do persons in the latter group have to meet the objective test of reasonableness when their refusal of medical help is being assessed by the trier of fact or are their subjective attributes to be given due consideration?

In *Marcroft v. Scruttons, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 395 (C.A.), the plaintiff, a dock labourer, was unloading cargo from a steamship at the Liverpool docks when the wire of a derrick which was unloading cargo from part of the lower hold fouled the hatch beam. The hatch cover on which the plaintiff was standing was dislodged and he fell about ten feet into the hold. He suffered no physical injuries apart from bruises but anxiety neurosis and depression following the shock incapacitated him from work. Liability was not contested by the plaintiff; the only issue was damages.

The plaintiff saw his panel doctor who referred him to a psychologist. She saw him on several occasions and observed that he had tremors of the hand, mouth, eyelids, general shaking of the body, severe depression and lack of confidence. She recommended that he go to the Rainhill Mental Hospital for electric shock treatment. He refused to go because it was a mental hospital. The trial judge found that this was unreasonable. When the case went to appeal Lord Justice Singleton said it was one of the most difficult cases on the assessment of damages that he had encountered in a long time. He adverted to the fact that some of the

tante de la victime» a pour effet d'écartier les règles de causalité par ailleurs applicables: *Smith v. Leech Brain & Co.*, [1962] 2 Q.B. 405.

a La même dichotomie doit probablement s'appliquer au cas de vulnérabilité psychologique d'un demandeur. Il faut faire une distinction importante entre les personnes qui, à la suite d'un accident, deviennent infirmes sur le plan émotif ou b psychologique et celles qui souffraient déjà d'une infirmité émotive ou psychologique avant l'accident. La question que pose le genre d'affaire dont nous sommes saisis en l'espèce est la suivante: les personnes de la dernière catégorie doivent-elles c satisfaire au critère objectif du caractère raisonnable lorsque le juge des faits évalue leur refus de recevoir des soins médicaux ou doit-on prendre dûment en considération leurs caractéristiques subjectives?

Dans l'affaire *Marcroft v. Scruttons, Ltd.*, [1954] 1 Lloyd's Rep. 395 (C.A.), le demandeur, qui était débardeur, déchargeait des marchandises d'un navire sur les quais de Liverpool lorsque le e câble d'une grue qui déchargeait des marchandises d'une partie de la cale inférieure a heurté la poutre d'écouille. Le panneau d'écouille sur lequel se tenait le demandeur s'est détaché et celui-ci est tombé d'une hauteur d'environ dix pieds dans la cale. Il ne s'est infligé aucune autre blessure que des ecchymoses, mais une névrose d'angoisse et une dépression consécutives au choc l'ont rendu incapable de travailler. Il n'y a pas eu de contestation de responsabilité de la part du demandeur; le litige portait uniquement sur les dommages-intérêts.

Le demandeur a consulté son médecin conventionné qui lui a dit de s'adresser à une psychologue. Celle-ci l'a rencontré à maintes reprises et a constaté des tremblements de la main, de la bouche, des paupières, des tremblements de tout le corps, une dépression grave et un manque de confiance en soi. Elle lui a recommandé de se rendre au Rainhill Mental Hospital pour y subir des électrochocs. Il a refusé d'y aller parce qu'il s'agissait d'un hôpital psychiatrique. Le juge de première instance a conclu que cela était déraisonnable. En appel, le lord juge Singleton a affirmé qu'il s'agissait d'un cas d'évaluation de dommages-inté-

doctors who gave evidence testified "that this man was of a type who might be more readily affected by an accident of this kind than other men would be". He also referred to the medical evidence that many people have a natural antipathy to entering mental hospitals. He had to deal with the contention made by counsel for the plaintiff that the plaintiff's condition really was such that he could not make up his mind. Dr. Evans, one of the defendant's witnesses, said, at p. 398:

I felt he was incapable of really coherent thought when I saw him. I did not think he was really capable of reasoning the thing out. I think it was just a matter of taking fright at the mere mention of mental hospital.

Lord Justice Singleton dealt with that in the following way, at p. 399:

A man who is in an anxiety state may have difficulty in making up his mind, but on a question as to the treatment which he should have his mind is, or ought to be, made up for him by his own medical advisers. That is one of the purposes of having medical advisers. The patient would not know what he ought to do; the patient takes medical advice, and the patient ought to be guided by his medical advisers.

His Lordship concluded at the same page and at p. 400:

I do not wish to say anything that would hurt the feelings of a plaintiff in a case of this kind, but I believe it to be the duty of this Court to say that if a man is recommended by his own medical advisers and by others to undergo a course of treatment, he ought to undergo it; if he is advised that it gives him a reasonable chance of recovery, and if the treatment is reasonable, he ought to undergo it; if he will not, and does not, he must see that it is a little hard upon the defendants if they are to be asked to pay damages in respect of a period extending afterwards. If the general opinion is that treatment would cure him, or, at least, render him in a much better state in every way, then he ought to undergo the treatment.

It is interesting to note that Lord Justice Denning in his concurring reasons indicates, at p. 401,

rêts parmi les plus difficiles qu'il lui ait été donné de rencontrer depuis longtemps. Il a parlé du fait que certains des médecins qui ont témoigné ont déclaré [TRADUCTION] «que cet homme était du genre de ceux qui pourraient être affectés plus facilement que d'autres par un accident de ce type». Il a aussi fait état des éléments de preuve médicale selon lesquels de nombreuses personnes répugnent naturellement à se faire traiter dans des hôpitaux psychiatriques. Il avait dû examiner la prétention de l'avocat du demandeur que l'état de ce dernier était tel qu'il n'était pas vraiment en mesure de prendre une décision. Le Dr Evans, qui a déposé pour la défenderesse, affirme, à la p. 398:

[TRADUCTION] J'ai senti qu'il était incapable de penser de façon vraiment cohérente lorsque je l'ai rencontré. Je ne crois pas qu'il était vraiment capable d'entendre raison. Je crois qu'il prenait tout bonnement peur à la seule mention de l'hôpital psychiatrique.

Le lord juge Singleton traite cette question de la façon suivante, à la p. 399:

[TRADUCTION] Une personne qui souffre d'angoisse peut avoir de la difficulté à prendre une décision, mais à propos du traitement à lui prodiguer, la décision est ou se doit d'être prise par son médecin. C'est là le rôle du médecin, le patient n'est pas censé savoir quoi faire; le patient consulte le médecin et doit être guidé par ce dernier.

Sa Seigneurie conclut, à la même page et à la p. 400:

[TRADUCTION] Je ne veux rien dire qui puisse froisser le demandeur dans une affaire de ce genre, mais je crois qu'il est du devoir de cette Cour d'affirmer que si une personne se voit recommander par ses propres médecins et d'autres médecins de subir un traitement, celle-ci se doit de le subir; si on lui dit qu'elle a des chances raisonnables de guérir et si le traitement est raisonnable, elle se doit de le subir; si elle ne veut pas le subir et ne le subit pas, elle doit se rendre compte que c'est un peu trop exiger des défendeurs que de leur demander de payer des dommages-intérêts pour la période de temps qui suit ce refus. Si on estime de manière générale que le traitement permettrait de la guérir ou, au moins, d'améliorer sensiblement son état à tous égards, alors elle se doit de subir le traitement.

Il est intéressant de noter que, dans ses motifs concordants, le lord juge Denning indique, à la

that the plaintiff had "unbeknown to him, a constitutional weakness which made it very serious for him, because the accident operating on that weakness produced in him a very severe nervous shock, trembling from head to foot". He nevertheless found that this factor had to be disregarded. He said at p. 401:

Viewing the matter objectively, he was quite unreasonable in refusing to follow their advice; but viewing the matter subjectively, the man's attitude was quite understandable. He was an uneducated, ignorant man who did not realize that a mental hospital nowadays is very different from what it was 30 or 40 years ago; and, moreover, owing to his anxiety neurosis, he was not in a fit state to make reasonable decisions. The difficult question in the case is whether we are to admit this subjective condition of his as a reason for refusing medical treatment. I think not. We should do great harm if we allowed him to go on receiving compensation for the rest of his life because of his refusal to accept medical treatment. Persons who suffer from an anxiety state have more chance of recovery if they are treated as responsible human beings and are expected to behave reasonably, rather than as weaklings who can give way to their weakness and expect to get paid for it. [Emphasis added.]

The Court in *Marcroft* clearly refused to permit subjective attributes to enter into the question of the reasonableness of the plaintiff's refusal of medical treatment. Their Lordships' conclusion that the plaintiff was more vulnerable than most prior to the accident to the effects of shock does not appear to have affected the outcome either in terms of the reasonableness of his refusal of medical treatment or in relation to aggravated damages.

By way of contrast, in *Elloway v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605 (B.C.S.C.), the plaintiff who suffered minor injuries in an automobile accident developed a psychosis of a schizophrenic nature which by the time of trial was largely disabling. McIntyre J. found on the medical evidence that the plaintiff suffered from a pre-existing condition which predisposed him to schizophrenic illness and that the accident, operating on that predisposition, brought about the full schi-

p. 401, que le demandeur avait [TRADUCTION] «sans le savoir, une faiblesse diathésique qui a aggravé les choses pour lui parce qu'en agissant sur cette faiblesse, l'accident lui a causé un choc nerveux très grave et des tremblements de la tête aux pieds». Il a néanmoins conclu qu'il ne fallait pas tenir compte de ce facteur. Il affirme, à la p. 401:

[TRADUCTION] Du point de vue objectif, il a été tout à fait déraisonnable de sa part de refuser de suivre leur avis; cependant, du point de vue subjectif, l'attitude de cet homme est très compréhensible. Il s'agit d'un homme sans instruction et mal informé qui ne s'est pas rendu compte qu'aujourd'hui l'hôpital psychiatrique est très différent de ce qu'il était il y a 30 ou 40 ans; de plus à cause de sa névrose d'angoisse, il n'était pas en état de prendre une décision raisonnable. Le problème qui se pose en l'espèce est de savoir si nous devons accepter son état subjectif comme une justification de son refus de subir le traitement médical. Je ne le crois pas. Nous agirions très mal en lui permettant de toucher une indemnité pour le reste de ses jours par suite de son refus de subir un traitement médical. Les personnes qui souffrent d'angoisse ont plus de chances de guérir si elles sont traitées comme des personnes responsables et si on s'attend à ce qu'elles se conduisent de façon raisonnable plutôt que comme des faibles qui peuvent donner libre cours à leur faiblesse et s'attendre à être payées en retour. [C'est moi qui souligne.]

f Dans l'arrêt *Marcroft*, la cour a clairement refusé de permettre que les caractéristiques subjectives comptent dans la détermination du caractère raisonnable du refus par le demandeur de subir le traitement médical. La conclusion de leurs Seigneuries que le demandeur était, avant l'accident, plus vulnérable que la plupart des gens aux effets de choc ne semble pas avoir modifié l'issue ni en ce qui concerne le caractère raisonnable de son refus *g* d'être traité ni en ce qui a trait à l'aggravation du préjudice.

i Par contre, dans l'arrêt *Elloway v. Boomars* (1968), 69 D.L.R. (2d) 605 (C.S.C.-B.), le demandeur qui avait subi des blessures mineures dans un accident d'automobile a commencé à souffrir d'une psychose de nature schizophrénique qui l'affectait énormément à l'époque du procès. Le juge McIntyre a conclu, en se fondant sur la preuve médicale, que le demandeur était, avant l'accident, dans un état qui le prédisposait à la schizophrénie et que l'accident, en agissant sur cette prédisposition,

zophrenic illness. The plaintiff had been advised to take treatment for his condition but he refused. McIntyre J. concluded, however, that his psychosis was itself a factor in his refusal and he could not therefore be held responsible for the worsening of his condition. Damages must be assessed on the basis that he had not wilfully failed in his duty to mitigate.

In *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203 (Nfld. T.D.), the plaintiff, an unskilled labourer, injured his back while working as a painter's helper. He was in continuous pain. One specialist recommended a spinal fusion to alleviate the pain. Another said it wouldn't help. The plaintiff decided not to have it and the insurance company discontinued his disability benefits. Higgins J. said, at p. 208:

The position therefore is that Dr. Shapter and Dr. Russell, both specialists in their respective fields, are in complete disagreement as to the benefits which might result from surgery. Faced with this conflict of expert opinion, it is not to be wondered at that the patient, an unlettered man, would be reluctant to agree to an operation. I do not regard his refusal, in these circumstances, as unreasonable. [Emphasis added.]

In *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165, the plaintiff, aged 33, was employed by the defendants as a lighterman on the River Thames. In January 1970, a stevedore employed by the defendants on the ship *Cymric* threw some wire rope on to an adjoining barge on which the plaintiff was working. While trying to avoid this the plaintiff fell into the hold and injured his back. There was no dispute as to liability. Special damages were agreed. General damages were disputed on the ground that the plaintiff unreasonably refused to undergo tests and an operation out of a genuine, though misplaced, fear. The evidence indicated that the fear was beyond his control. Mr. Justice Browne found that the plaintiff's refusal to undergo the tests and the operation was unreason-

avait provoqué une schizophrénie caractérisée. On avait conseillé au demandeur de se faire traiter pour sa maladie, mais il a refusé. Le juge McIntyre a toutefois conclu que sa psychose était elle-même un facteur de son refus et qu'on ne pouvait en conséquence le tenir responsable de l'aggravation de son état. Les dommages-intérêts doivent être évalués en considérant qu'il n'a pas délibérément manqué à son obligation de limiter le préjudice subi.

Dans la décision *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.* (1974), 6 Nfld. & P.E.I.R. 203 (D.P.I. T.-N.), le demandeur, qui était manœuvre, s'est blessé au dos en travaillant comme aide-peintre. Il éprouvait des douleurs persistantes. Un spécialiste a recommandé de pratiquer une fusion vertébrale pour calmer la douleur. Un autre a affirmé que ce serait inutile. Le demandeur a décidé de ne pas se faire opérer et la compagnie d'assurance a cessé de lui verser des prestations d'invalidité. Le juge Higgins affirme ceci, à la p. 208:

[TRADUCTION] La situation est donc la suivante: le Dr Shapter et le Dr Russell, des spécialistes dans leurs domaines respectifs, ne s'entendent absolument pas sur les avantages qui pourraient résulter d'une intervention chirurgicale. Face à cette divergence d'opinions des experts, il n'est pas étonnant que le patient, qui est illétré, se soit montré réticent à consentir à l'opération. Je ne considère pas son refus comme déraisonnable dans ces circonstances. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Morgan v. T. Wallis Ltd.*, [1974] 1 Lloyd's Rep. 165, le demandeur, âgé de 33 ans, était employé par la défenderesse comme batelier sur la Tamise. En janvier 1970, un arrimeur au service de la défenderesse sur le navire *Cymric* a lancé un câble sur une barge adjacente sur laquelle travaillait le demandeur. En essayant de l'éviter, le demandeur est tombé dans la cale et s'est blessé le dos. La responsabilité n'a pas été contestée. Le montant des dommages-intérêts spéciaux a fait l'objet d'un accord. Les dommages-intérêts généraux ont été contestés pour le motif que le demandeur avait refusé déraisonnablement de subir des examens et une opération à cause d'une crainte réelle mais déplacée. Il est ressorti de la preuve que cette crainte était incontrôlable chez lui. Le juge Browne a conclu que le refus du demandeur

able. Quoting from his reasons at p. 170:

Everybody agrees, and I emphasize strongly, that the plaintiff in the present case is not in the slightest degree a malingerer, and is a completely honest man who genuinely holds the beliefs and fears about which he has told us in evidence. But in deciding whether the defendants have proved that he has unreasonably refused to have the investigation and operation in question here, it seems to me clear from the authorities to which I have referred, that I must apply an objective test, in this sense, would a reasonable man in all the circumstances, receiving the advice which the plaintiff did receive, have refused the operation? I think this question must be considered as at the times when his decision was made and on the basis of the advice he then received. If the plaintiff preferred and prefers to go on as he is rather than to have the operation no-one can blame him. But the question I have to consider is not, "Is the plaintiff to blame for refusing the operation?" but, "Is it fair and reasonable to make the defendants pay for his refusal?" [Emphasis added.]

It is, however, of interest to note that at p. 173 Browne J. states:

As I have said several times, I entirely accept that the plaintiff's fear and his inability to bring himself to agree to the operation are absolutely genuine. But in my view there is no evidence that this is due to any physical or mental or psychological disability which existed before the accident and which would entitle the plaintiff to say that the defendants must take the plaintiff as they find him. [Emphasis added.]

He concluded at the same page:

As I have said, I think one must decide the question whether the plaintiff's refusal was unreasonable by the objective standard of the reasonable man, and the fact that this particular plaintiff has got himself into an emotional state where he finds it impossible to agree to the operation is, in my view, no ground for saying that his refusal was not unreasonable.

It would appear then on the English authorities that a psychological "thin skull" developed subsequent to the tortious act is not a factor that can be considered in relation to reasonableness: the objective test prevails in the absence of any pre-existing condition.

de subir les examens et l'opération était déraisonnable. Voici un extrait de ses motifs tiré de la p. 170:

[TRADUCTION] Tous reconnaissent, et je le souligne avec vigueur, que le demandeur en l'espèce ne simule absolument pas une maladie, qu'il est tout à fait honnête et qu'il croit et craint véritablement les choses qu'il nous a dites dans sa déposition. Mais pour ce qui est de décider si la défenderesse a prouvé qu'il a refusé déraisonnablement de subir les examens et l'opération en cause en l'espèce, il me semble clair, d'après la jurisprudence que j'ai consultée, que je me dois d'appliquer un critère objectif, c'est-à-dire une personne raisonnable dans les mêmes circonstances, ayant reçu les conseils que le demandeur a reçus, aurait-elle refusé l'opération? Je crois qu'il faut examiner cette question par rapport à l'époque où il a pris sa décision et en fonction des conseils qu'il a alors reçus. Si le demandeur a préféré et préfère toujours rester comme il est plutôt que de subir l'opération, personne ne peut le lui reprocher. Mais la question qu'il me faut examiner n'est pas «Le demandeur est-il à blâmer pour avoir refusé l'opération?» mais «Est-il juste et raisonnable d'obliger la défenderesse à payer pour son refus?» [C'est moi qui souligne.]

^e Il est cependant utile de souligner qu'à la p. 173, le juge Browne affirme:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà dit à plusieurs reprises, je conviens entièrement que la crainte du demandeur et son incapacité de se décider à consentir à l'opération sont absolument réelles. Mais à mon avis, il n'y a aucune preuve que cela est dû à une incapacité physique, mentale ou psychologique qui existait avant l'accident et qui permettrait au demandeur d'affirmer que la défenderesse doit subir les conséquences de l'état antérieur du demandeur. [C'est moi qui souligne.]

Il conclut, à la même page:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà dit, je crois qu'il faut décider si le refus du demandeur a été déraisonnable en fonction du critère objectif de la personne raisonnable et le fait que le demandeur aux présentes se soit trouvé dans un état émotif qui l'a empêché de consentir à l'opération ne permet pas, à mon avis, d'affirmer que son refus n'était pas déraisonnable.

Il semblerait donc, d'après la jurisprudence anglaise, que la vulnérabilité psychologique qui découle de l'acte fautif n'est pas un facteur que l'on peut prendre en considération pour déterminer le caractère raisonnable: le critère objectif s'applique en l'absence de toute condition préexistante.

(b) Nature

The other element that has to be considered in determining whether the objective test of reasonableness applies to the decision made by the alleged thin skulled plaintiff is the nature of the pre-existing psychological infirmity. It is evident that not every pre-existing state of mind can be said to amount to a psychological thin skull. It seems to me that the line must be drawn between those plaintiffs who are capable of making a rational decision regarding their own care and those who, due to some pre-existing psychological condition, are not capable of making such a decision. As pointed out by Professor Fleming, a plaintiff cannot by making an unreasonable decision in regard to his own medical treatment "unload upon the defendant the consequences of his own stupidity or irrational scruples": Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), p. 226. Accordingly, non-pathological but distinctive subjective attributes of the plaintiff's personality and mental composition are ignored in favour of an objective assessment of the reasonableness of his choice. So long as he is capable of choice the assumption of tort damages theory must be that he himself assumes the cost of any unreasonable decision. On the other hand, if due to some pre-existing psychological condition he is incapable of making a choice at all, then he should be treated as falling within the thin skull category and should not be made to bear the cost once it is established that he has been wrongfully injured.

I believe that Lord Justice Singleton's concern in *Marcroft v. Scruttons, supra*, stemmed from his doubt as to whether the plaintiff in that case was capable of making a rational decision. Not only that, there was some indication in the medical evidence that his incapacity may have been itself a consequence of the trauma induced by the accident. If this is so, it would appear manifestly unjust to cut off his recovery for failure to mitigate his damages through a rational decision as to treatment. The reasons of Lord Justice Denning are even more baffling. He attributes the plain-

b) La nature

L'autre élément dont il faut tenir compte pour déterminer si le critère objectif du caractère raisonnable s'applique à la décision prise par le demandeur prétendument vulnérable est la nature de l'infirmité psychologique préexistante. Il est évident qu'on ne peut pas dire que tous les états d'esprit préexistants équivalent à une vulnérabilité psychologique. Il me semble qu'il faut faire la distinction entre les demandeurs capables de prendre une décision rationnelle à propos de leur propre santé et ceux qui, à cause d'un état psychologique préexistant, sont incapables de prendre une telle décision. Comme le souligne le professeur Fleming, le demandeur ne peut, en prenant une décision déraisonnable quant à ses propres soins médicaux [TRADUCTION] «faire assumer au défendeur les conséquences de sa propre bêtise ou de ses hésitations irrationnelles»: Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), à la p. 226. En conséquence, les caractéristiques subjectives, non pathologiques mais distinctives, de la personnalité du demandeur et de sa constitution psychologique sont écartées en faveur d'une évaluation objective du caractère raisonnable de son choix. Dans la mesure où il est capable de faire un choix, il faut présumer, selon la théorie des dommages-intérêts en matière délictuelle, qu'il assume lui-même le coût de toute décision déraisonnable. D'autre part, si en raison d'un état psychologique préexistant il est absolument incapable de faire un choix, alors il faut le considérer comme appartenant à la catégorie des victimes vulnérables et ne pas lui en faire supporter les conséquences dès qu'il est prouvé qu'il a été blessé par suite d'un acte fautif.

h Je crois que ce qui préoccupait le lord juge Singleton dans l'arrêt *Marcroft v. Scruttons*, précité, tenait au doute qu'il avait quant à savoir si le demandeur, dans cette affaire, était capable de prendre une décision rationnelle. De plus, la preuve médicale portait à croire jusqu'à un certain point que son incapacité pouvait elle-même découler du traumatisme causé par l'accident. Si tel était le cas, il semblerait manifestement injuste de mettre fin au dédommagement à cause de son omission de limiter le préjudice qu'il a subi par une décision rationnelle quant au traitement. Les

tiff's traumatic state after the accident to a pre-existing constitutional weakness and says it rendered the plaintiff incapable of making reasonable decisions. Yet he concluded that this was a subjective factor that could not be considered. This would appear to be carrying the objective test too far in that it overrides the "thin skull" principle altogether.

The position in the United States would appear to be that a great number of personal attributes falling short of a constitutional incapacity to act reasonably can be taken into account in evaluating the plaintiff's post-injury behaviour. This position is best summed up in Dobbs, *Law of Remedies* (1973), p. 580 as follows:

In such cases the courts have spoken of "the reasonable and prudent man," or "reasonable care" by the plaintiff as a test, but this term is probably too narrow. Personal preferences of the plaintiff, personal finances of the plaintiff and even irrational fears of the plaintiff are given due weight in deciding what he is expected to do to minimize damages. The standard, then, is not so much the objective standard of the hypothetical reasonable man as it is the subjective standard based on what can be reasonably expected of the particular plaintiff.

In their text on *Personal Injury Damages in Canada* (1981) Professors Cooper-Stephenson and Saunders point out that no clear position has emerged from the Canadian jurisprudence in this area although cases such as *Elloway, supra*, and *McGrath, supra*, suggest that a plaintiff in Canada may not be held to an objective standard of reasonableness which it is beyond his capacity to attain. This position would appear to most appropriately complement Fleming's assertion that where a plaintiff does not suffer from a constitutional incapacity to act reasonably he cannot make the defendant bear the burden of his unreasonable behaviour. Thus, the analytic focus in each case is on the capacity of the plaintiff to make a reasonable choice.

motifs du lord juge Denning sont encore plus déconcertants. Il attribue l'état traumatique dans lequel était le demandeur après l'accident à une faiblesse diathésique préexistante et affirme qu'il a ^a rendu le demandeur incapable de prendre des décisions rationnelles. Il conclut néanmoins qu'il s'agit là d'un facteur subjectif dont on ne peut pas tenir compte. Cela semblerait pousser le critère objectif trop loin en ce que, tout compte fait, il l'emporte ^b sur le principe de la «vulnérabilité de la victime».

La situation aux États-Unis semblerait être qu'un grand nombre de facteurs personnels, sauf ^c l'incapacité diathésique d'agir raisonnablement, peuvent être pris en considération en évaluant la conduite adoptée par le demandeur après avoir subi le préjudice. On trouve le meilleur résumé de cette situation dans Dobbs, *Law of Remedies* ^d (1973), à la p. 580:

[TRADUCTION] Dans ces cas, les tribunaux ont cité comme critère «l'homme raisonnable et prudent» ou la «prudence raisonnable» de la part du demandeur, mais cette expression est probablement trop restreinte. Les préférences personnelles du demandeur, ses finances personnelles et même ses craintes irrationnelles sont dûment considérées pour décider ce qu'il est censé faire pour minimiser le préjudice subi. Le critère est alors moins le critère objectif de l'homme raisonnable hypothétique que le critère subjectif fondé sur ce à quoi on peut raisonnablement s'attendre du demandeur en question.

^g Dans leur texte intitulé *Personal Injury Damages in Canada* (1981), les professeurs Cooper-Stephenson et Saunders soulignent qu'il ne se dégage de la jurisprudence canadienne aucune position claire dans ce domaine, bien que des ^h décisions comme *Elloway* et *McGrath*, précitées, laissent entendre qu'au Canada un demandeur ne peut pas être astreint à une norme objective de caractère raisonnable qu'il lui est impossible d'atteindre. Cette position semblerait être celle qui complète le mieux l'affirmation de Fleming selon laquelle, lorsqu'un demandeur ne souffre pas d'une incapacité diathésique d'agir raisonnablement, il ne peut faire supporter au défendeur le fardeau de sa conduite déraisonnable. Ainsi, l'examen porte dans chaque cas sur la capacité du demandeur de faire un choix raisonnable.

(2) Unreasonableness and Conflicting Medical Opinions

Another problem trial judges face in assessing the reasonableness of a plaintiff's decision whether or not to have medical or surgical treatment is the way in which he is expected to handle conflicting medical opinions.

In *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, Estey J. stated at p. 649 that "A plaintiff need not take all possible steps to reduce his loss". He is only bound to act like "a reasonable and prudent man": *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673 (H.L.). The steps he takes, Lord Macmillan said in *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.*, [1932] A.C. 452, at p. 506, "ought not to be weighed in nice scales".

What guidance, if any, do these very general observations afford an injured plaintiff confronted with conflicting medical advice and varying prognoses for the outcome of treatment? In *Savage v. T. Wallis, Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 357 (C.A.), the doctors disagreed as to whether a slight operation would get rid of the plaintiff's headaches. It was held that the plaintiff in refusing the surgery had not failed in his duty to mitigate. In *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.*, *supra*, medical opinion was divided as to whether a spinal fusion would reduce the plaintiff's pain. It was held that the plaintiff did not fail in his duty to mitigate by refusing to have the surgery. In *Steele v. Robert George & Co.*, *supra*, Viscount Simon said, at p. 500:

It may in some cases be quite reasonable for a man to decide not to undergo an operation if his own doctor advises against it, for it is the conclusion reached by his doctor which governs his decision much more than the logic by which his doctor has reached the conclusion.

2) Le caractère déraisonnable et les opinions médicales contradictoires

Un autre problème que les juges rencontrent en évaluant le caractère raisonnable de la décision d'un demandeur de subir ou de ne pas subir un traitement médical ou chirurgical est la manière dont il est censé traiter les opinions médicales contradictoires.

b Dans l'arrêt *Asamer Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, le juge Estey affirme, à la p. 649, qu'"Un demandeur n'[est] pas tenu de prendre toutes les mesures possibles pour réduire ses pertes". Il est seulement tenu d'agir comme «un homme prudent et raisonnable»: *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London*, [1912] A.C. 673 (H.L.). Les mesures qu'il prend, d'affirmer lord Macmillan dans *Banco de Portugal v. Waterlow and Sons, Ltd.*, [1932] A.C. 452, à la p. 506, «ne doivent pas être analysées au microscope».

e Quel guide ces observations très générales offrent-elles à un demandeur blessé qui fait face à des avis médicaux contradictoires et à des pronostics divergents quant au résultat du traitement? Dans l'arrêt *Savage v. T. Wallis, Ltd.*, [1966] 1 Lloyd's Rep. 357 (C.A.), les médecins ne s'entendaient pas sur la question de savoir si une opération mineure permettrait de guérir le demandeur de ses maux de tête. On a conclu qu'en refusant l'intervention chirurgicale le demandeur n'avait pas manqué à son obligation de limiter le préjudice. Dans l'arrêt *McGrath v. Excelsior Life Insurance Co.*, précité, les médecins divergeaient d'opinion quant à savoir si une fusion vertébrale permettrait de diminuer les douleurs du demandeur. On a conclu que le demandeur n'avait pas manqué à son obligation de limiter le préjudice en refusant de subir l'intervention chirurgicale. Dans l'arrêt *Steele v. Robert George & Co.*, précité, le vicomte Simon affirme, à la p. 500:

[TRADUCTION] Dans certains cas, il peut être tout à fait raisonnable pour une personne de décider de ne pas subir une opération si son propre médecin ne la recommande pas, parce que c'est la conclusion tirée par son médecin qui influe sur sa décision beaucoup plus que la logique dont a fait preuve son médecin en tirant cette conclusion.

As to the possibility of medical opinions conflicting with that of his own doctor Viscount Simon said, at p. 501:

that where the workman has been advised against the operation by a skilled medical man in whom he has confidence, it would be necessary to bring home to the workman an extremely strong body of expert advice to the contrary before the onus which rests on the employer of proving that the refusal was unreasonable should be regarded as discharged.

These cases are, however, to be contrasted with cases such as *Marcroft v. Scrutons, supra*, and *McAuley v. London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500 (C.A.), where the refusal of surgery was held to be unjustified. It would appear from the authorities that as long as a plaintiff follows any one of several courses of treatment recommended by the medical advisers he consults he should not be said to have acted unreasonably.

As a qualification to the general principle that a plaintiff's actions must not be subjected to an overly critical standard of review, the English courts have suggested that in determining what steps he ought to take the plaintiff should consider the defendant's interests as well as his own. In *Darbshire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), the court pointed out that, while the plaintiff may have acted reasonably as far as he was concerned, the true question was whether the plaintiff acted reasonably as between himself and the defendant and in view of his duty to mitigate the damages: *per* Harman L.J., at p. 1072; Pearson L.J., at p. 1076. It should be noted that this rule has never been adopted in Canada, and the English courts in the context of the law of contracts have held that a plaintiff "is not bound to nurse the interests of the contract breaker": *Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 509, *per* Roskill J., at p. 530.

In making his finding as to the reasonableness or otherwise of a refusal of medical treatment, the trier of fact will also, of course, take into consideration the degree of risk to the plaintiff from the surgery (*Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1

Quant à la possibilité qu'il y ait des opinions médicales contraires à celle du médecin traitant du demandeur, le vicomte Simon affirme, à la p. 501:

[TRADUCTION] que lorsque l'ouvrier s'est vu conseiller de ne pas subir l'opération par un médecin qualifié en qui il a confiance, il faudrait soumettre à cet ouvrier un ensemble d'opinions d'expert contraires extrêmement convaincantes pour que l'on puisse considérer que l'employeur a satisfait à l'obligation qui lui incombe de prouver que le refus était déraisonnable.

Toutefois, il faut distinguer ces affaires des arrêts *Marcroft v. Scrutons*, précité, et *McAuley v. London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500 (C.A.), où on a conclu que le refus de subir l'intervention chirurgicale était injustifié. Il semblerait, d'après la jurisprudence, que dans la mesure où un demandeur suit l'une ou l'autre des différentes formes de traitement recommandées par les médecins qu'il a consultés, on ne puisse pas dire qu'il a agi déraisonnablement.

À titre de restriction au principe général selon lequel les actes du demandeur ne doivent pas être soumis à une norme d'examen trop sévère, les cours anglaises ont laissé entendre qu'en déterminant les mesures qu'il doit prendre le demandeur doit prendre en considération les intérêts du défendeur autant que les siens. Dans l'arrêt *Darbshire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), la cour souligne que, même si le demandeur peut avoir agi raisonnablement en ce qui le concerne, la question véritable est de savoir si le demandeur a agi raisonnablement par rapport au défendeur et compte tenu de son obligation de limiter le préjudice: le lord juge Harman, à la p. 1072; le lord juge Pearson, à la p. 1076. Il faut souligner que cette règle n'a jamais été suivie au Canada et que, dans le domaine du droit des contrats, les cours anglaises ont conclu que le demandeur [TRADUCTION] «n'est pas tenu de soigner les intérêts de celui qui a rompu le contrat»: *Harlow & Jones, Ltd. v. Panex (International), Ltd.*, [1967] 2 Lloyd's Rep. 509, le juge Roskill, à la p. 530.

En déterminant le caractère raisonnable ou déraisonnable du refus de subir un traitement médical, il va de soi que le juge des faits doit également tenir compte du risque auquel l'intervention chirurgicale expose le demandeur (*Taylor*

W.W.R. 505 (Sask. C.A.)), thé gravity of the consequences of refusing it (*Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741 (Sask. K.B.)), and the potential benefits to be derived from it (*Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91 (S.C.)).

(3) The Onus of Proof of Reasonableness

While a plaintiff has the burden of proving both the fact that he has suffered damage and the *quantum* of that damage, the burden of proof moves to the defendant if he alleges that the plaintiff could have and should have mitigated his loss. That this is the law in Canada has been clearly stated by this Court in *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, and more recently reaffirmed by Estey J. in the *Asemara Oil* case, *supra*. In *Red Deer* Laskin C.J. said, at p. 331:

If it is the defendant's position that the plaintiff could reasonably have avoided some part of the loss claimed, it is for the defendant to carry the burden of that issue, subject to the defendant being content to allow the matter to be disposed of on the trial judge's assessment of the plaintiff's evidence on avoidable consequences.

Two Australian cases are instructive in this area. In *Buczynski v. McDonald* (1971), 1 S.A.S.R. 569, the plaintiff was shown to be suffering from a compensation neurosis as a result of personal injuries sustained in an automobile accident caused by the defendant's negligence. The report of the case deals only with a problem that arose in the assessment of damages as to the plaintiff's duty to mitigate his loss. It was proved in evidence that there is no treatment that would relieve the plaintiff's neurosis and it was therefore of the utmost urgency that his claim be tried since the chances of his recovery from his condition would "get less and less as the time from the date of his original injury increases". The trial was expedited accordingly. Quoting from the judgment of Walters J., at p. 573:

I turn now to the question whether the plaintiff has done all that he could reasonably have done to alleviate his condition of compensation neurosis. The principle to be applied with respect to the mitigation of damages in

v. *Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505 (C.A. Sask.)), de la gravité des conséquences du refus de la subir (*Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741 (B.R. Sask.)) et des a avantages qui peuvent en découler (*Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91 (C.S.)).

3) Le fardeau de prouver le caractère raisonnable

b Bien que le demandeur ait l'obligation de prouver aussi bien le fait qu'il a subi un préjudice que l'étendue de ce préjudice, le fardeau de la preuve passe au défendeur si celui-ci allègue que le demandeur aurait pu et aurait dû réduire ses pertes. Cette Cour a clairement affirmé que c'est là la règle applicable au Canada dans l'arrêt *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, et le juge Estey l'a réaffirmé plus récemment dans l'arrêt *Asemara Oil*, précité. Dans l'arrêt *Red Deer*, le juge en chef Laskin affirme, à la p. 331:

e Si le défendeur prétend que le demandeur aurait pu raisonnablement minimiser la perte alléguée, il incombe au défendeur d'en faire la preuve, à moins que ce dernier ne se contente de laisser au juge de première instance le soin de trancher cette question à la lumière de son évaluation de la preuve des conséquences évitables fournie par le demandeur.

f Deux arrêts australiens sont instructifs sous ce rapport. Dans l'arrêt *Buczynski v. McDonald* (1971), 1 S.A.S.R. 569, il a été démontré que le demandeur souffrait de névrose de transfert obsesif par suite des blessures subies dans un accident g de voiture causé par la faute du défendeur. Le compte rendu de l'affaire porte seulement sur le problème qui s'est posé lors de l'évaluation des dommages-intérêts quant à l'obligation du demandeur de réduire ses pertes. Il a été établi par la h preuve qu'il n'existe pas de traitement qui puisse soulager la névrose du demandeur et qu'il était donc extrêmement urgent que sa demande soit instruite étant donné que [TRADUCTION] «plus le temps passe depuis son accident plus ses chances i de guérison diminueront». Le procès a été hâté en conséquence. Voici ce qu'affirme le juge Walters, à la p. 573:

j [TRADUCTION] J'aborderai maintenant la question de savoir si le demandeur a fait tout ce qu'il pouvait raisonnablement faire pour soulager son état de névrose de transfert obsesif. Le principe applicable en matière

the case of tort is clear. The plaintiff is "bound to act not only in his own interests, but in the interests of the party who would have to pay damages, and keep down the damages, so far as it is reasonable and proper, by acting reasonably in the matter" (*Smailes & Sons v. Hans Dessen & Co.* ((1905) 94 L.T. 492; on appeal (1906) 95 L.T. 809), per *Channel* J. at p. 493. And as *Mayo* J. said in *Fishlock v. Plummer* ([1950] S.A.S.R. 176, at p. 181): "If any part of his (the plaintiff's) damage was sustained by reason of his own negligent or unreasonable behaviour, the plaintiff will not be recouped as to that part." However, "the question what is reasonable for the plaintiff to do in mitigation of damages is not a question of law, but one of fact in the circumstances of each particular case, the burden of proof being upon the defendant" (*Halsbury's Laws of England*, 3rd ed. vol. 11, par. 477, p. 290). The authorities show that once the plaintiff has "made out a *prima facie* case of damages, actual or prospective, to a given amount", the burden lies upon the defendant to prove circumstances whereby the loss could have been diminished. Not only must the defendant discharge the onus of showing that the plaintiff could have mitigated his loss if he had reacted reasonably, but he must also show how and to what extent that loss could have been minimized (*Roper v. Johnson* ((1873) L.R. 8 C.P. 167), per *Grove* J. at p. 184; *Criss v. Alexander* (No. 2) ((1928), 28 S.R. (N.S.W.) 587; 45 W.N. 187), per *Street* C.J. at p. 596).

Walters J. then dealt with the defendant's submission that the plaintiff's duty to mitigate in a case of compensation neurosis included a duty to bring on the action for an early trial. He said, at p. 574:

It cannot be disputed that the plaintiff could have taken earlier steps to expedite the trial of the action, but it was equally open to the defendant to have done so, at least by October 1970. Moreover, in the period between April 1970 and June 1970, there had been a delay of two months on the part of the defendant in answering the interrogatories delivered for his examination, and until the answers had been filed, application could not have been made for entry of the action for trial. And it is to be noticed that a summons for leave to enter the action for trial was issued three days following the filing of the answers to the interrogatories. Another matter which I am unable to overlook is the initial delay on the

de limitation du préjudice dans une affaire de quasi-délit est clair. Le demandeur est «tenu d'agir non seulement dans son propre intérêt, mais aussi dans l'intérêt de la partie qui aura à payer des dommages-intérêts, et d'empêcher le préjudice d'augmenter pour autant qu'il est raisonnable et approprié de le faire, en agissant raisonnablement dans les circonstances» (*Smailes & Sons v. Hans Dessen & Co.* ((1905), 94 L.T. 492; en appel (1906), 95 L.T. 809), le juge *Channel* à la p. 493. Comme l'affirme le juge *Mayo* dans l'arrêt *Fishlock v. Plummer* ([1950] S.A.S.R. 176, à la p. 181): «Si une part quelconque de son préjudice [celui du demandeur] résulte de sa propre conduite fautive ou déraisonnable, le demandeur ne sera pas dédommagé pour cette part.» Toutefois, «la question de savoir ce qui est raisonnable pour le demandeur de faire pour limiter le préjudice n'est pas une question de droit, mais une question de fait selon les circonstances de chaque cas particulier, et il incombe au défendeur d'en faire la preuve» (*Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 11, par. 477, p. 290). Il ressort de la jurisprudence que dès que le demandeur a produit «un commencement de preuve du préjudice présent ou futur, évalué à un certain montant», il incombe au défendeur d'établir les circonstances dans lesquelles les pertes auraient pu être réduites. Non seulement le défendeur doit-il démontrer que le demandeur aurait pu réduire ses pertes s'il avait réagi raisonnablement, mais il doit aussi démontrer comment et dans quelle mesure ces pertes auraient pu être réduites (*Roper v. Johnson* ((1873), L.R. 8 C.P. 167), le juge *Grove*, à la p. 184; *Criss v. Alexander* (No. 2) ((1928), 28 S.R. (N.S.W.) 587; 45 W.N. 187), le juge en chef *Street*, à la p. 596).

Le juge Walters aborde ensuite la prétention du défendeur que l'obligation du demandeur de limiter le préjudice dans un cas de névrose de transfert obsessif comportait l'obligation d'intenter l'action de manière à hâter la tenue du procès. Il affirme, à la p. 574:

[TRADUCTION] Il est incontestable que le demandeur aurait pu agir plus tôt pour hâter l'instruction de l'action, mais il était aussi loisible au défendeur de le faire au moins depuis octobre 1970. De plus, pendant la période comprise entre avril 1970 et juin 1970, deux mois se sont écoulés avant que le défendeur ne réponde à l'interrogatoire écrit qui lui avait été soumis, et la demande d'inscription de l'action pour audition n'aurait pu être faite avant le dépôt de ces réponses. Il y a lieu de noter que la requête visant à obtenir l'autorisation d'inscrire l'action pour audition a été produite dans les trois jours suivant le dépôt des réponses à l'interrogatoire écrit. Un autre point que je ne puis passer sous silence

part of the defendant in filing his defence to the statement of claim.

Looking at the conduct of the parties, I am unable to say that any blame lies with one side rather than the other, and I am not persuaded that any mischief done can be solely ascribed to the plaintiff. In any case, apart from the prognosis given in evidence by Mr. Schaeffer, there is not a great deal to show to what extent the plaintiff's neurosis might have been relieved if the action had been brought to trial sooner. I cannot speculate as to the extent to which the plaintiff might have minimized his loss by bringing on his action for an earlier trial. And in all the circumstances, I do not think that the defendant has persuaded me that the plaintiff has been unreasonable in failing to take steps to minimize his damages, or that it has been proved that he is responsible for consequences of his injuries which might have been avoided or materially lessened, so that his damages ought to be calculated at a time prior to the actual date of assessment. It seems to me that after looking to all that has happened, there can be no warrant for abating the award of general damages.

In *Plenty v. Argus*, [1975] W.A.R. 155, Jackson C.J. referred to the two aspects of the defendant's burden of proof. He said, at pp. 157-58:

There can be no doubt but that upon this issue the onus was at trial upon the respondent to this appeal and the learned trial Judge so held. In the course of argument before us, however, it did appear that doubt did exist as to what was involved in the discharge of that onus. The question giving rise to that doubt can be posed by asking whether in such a case as this the defendant in order to discharge the onus that the plaintiff had failed to mitigate his damage must prove, on the balance of probabilities, that the plaintiff acted unreasonably in not submitting himself to the advised treatment, and in addition, and to the same standard of persuasion that the treatment, if carried out, would cure, or, to a certain degree cure the plaintiff's condition, or whether on the other hand, the issue to which the onus attaches is but the single issue, it being whether the plaintiff in refusing the treatment had failed to do something which in reason he ought to have done to mitigate his damage. In all the personal injury negligence cases so far reported, it appears to have been established on the balance of probabilities both that the plaintiff had acted unreasonably and that had the operation been carried out, the incapacity would have been removed or reduced to a

est le fait qu'au départ le défendeur a tardé à produire sa défense à la déclaration.

Considérant la conduite des parties, je suis incapable d'affirmer que l'une est plus blâmable que l'autre, mais *a* je ne suis pas convaincu que tout méfait commis puisse être attribué exclusivement au demandeur. De toute façon, sauf pour le pronostic soumis en preuve par M. Schaeffer, il y a peu de chose qui démontre dans quelle mesure la névrose du demandeur aurait pu être soulagée *b* si l'action avait été instruite plus tôt. Je ne puis spéculer sur la mesure dans laquelle le demandeur aurait pu minimiser le préjudice subi s'il avait fait instruire son action plus tôt. Dans ces circonstances, je ne crois pas que le défendeur m'a convaincu que le demandeur a été *c* déraisonnable en ne prenant pas les mesures nécessaires pour limiter le préjudice subi, ou qu'il a été prouvé qu'il est responsable de certaines conséquences de ses blessures qui auraient pu être évitées ou largement diminuées, de sorte que ses dommages-intérêts auraient dû être *d* calculés à une date antérieure à celle à laquelle ils ont été effectivement évalués. Il me semble, après avoir examiné tout ce qui s'est produit, que rien ne peut justifier une réduction du montant des dommages-intérêts accordés.

e Dans l'arrêt *Plenty v. Argus*, [1975] W.A.R. 155, le juge en chef Jackson a mentionné les deux aspects du fardeau de la preuve imposé au défendeur. Il affirme, aux pp. 157 et 158:

f [TRADUCTION] Il ne peut y avoir de doute que sur ce point au procès, le fardeau de la preuve incombait à l'intimé au présent appel et c'est ce qu'a conclu le savant juge de première instance. Pendant les plaidoiries en cette cour, il est par contre apparu qu'il y avait un doute *g* quant à ce qu'il fallait faire pour s'acquitter de ce fardeau. La question qui soulève ce doute peut être posée en se demandant si, dans un cas comme celui-ci, le défendeur doit, pour s'acquitter du fardeau de prouver que le demandeur a omis de limiter le préjudice qu'il a subi, prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le demandeur a agi de façon déraisonnable en ne subissant pas le traitement recommandé et, selon le même critère de persuasion, que, s'il avait été administré, le traitement aurait permis de guérir le demandeur *h* totalement ou partiellement, ou, d'autre part, si le point qu'il s'agit d'établir se résume uniquement à déterminer si en refusant le traitement le demandeur a omis de faire quelque chose qu'il aurait raisonnablement dû faire pour limiter le préjudice subi. Dans toutes les affaires de blessures corporelles imputables à une faute publiées jusqu'ici, il semble avoir été établi, selon la prépondérance des probabilités, à la fois que le demandeur a agi

certain degree. In such cases the onus is discharged on either view and with the result that damages are assessed "as they would properly have been assessable if he had, in fact, undergone the operation and secured the degree of recovery to be expected from it". *McAuley v London Transport Executive* [1957] 2 Lloyd's Rep 500 at 505 per Jenkins LJ. [Emphasis added.]

A recent English case which is hard to reconcile with the Canadian and Australian authorities and, indeed, with earlier English authorities, is *Selvanayagam v. University of the West Indies*, [1983] 1 All E.R. 824. In that case the Privy Council held that a plaintiff who rejects a medical recommendation in favour of surgery must, in order to discharge the burden on him to prove that he acted reasonably in regard to his duty to mitigate his damage, prove that his refusal was reasonable. The trial judge had placed the onus on the plaintiff (appellant) and the Court of Appeal had treated this as a basis for review. Lord Scarman said they were wrong. Quoting from his reasons, at p. 827:

The rule that a plaintiff who rejects a medical recommendation in favour of surgery must show that he acted reasonably is based on the principle that a plaintiff is under a duty to act reasonably so as to mitigate his damage.

While this articulation of the duty to mitigate is obviously correct, Lord Scarman's placing of the burden of proof of mitigation on the plaintiff seems to be in sharp contrast to a long line of earlier English authority and, as has been seen, is contrary to the general principles of mitigation of damages enunciated by this Court in *Red Deer, supra*, and *Asamer Oil, supra*.

4. The Consequences of an Unreasonable Refusal of Treatment

Turning now to the implication of a finding of unreasonableness for the plaintiff's recovery, it is clear that the so-called "duty to mitigate" derives

de façon déraisonnable et que si l'opération avait eu lieu son incapacité aurait soit diminué soit disparu. Dans ces cas, l'obligation est remplie à l'un et l'autre point de vue de sorte que les dommages-intérêts sont évalués «tout comme on aurait pu les évaluer s'il avait subi l'opération et s'était assuré le degré de guérison qui est censé en découler»; *McAuley v London Transport Executive*, [1957] 2 Lloyd's Rep. 500, à la p. 505, le lord juge Jenkins. [C'est moi qui souligne.]

b L'arrêt *Selvanayagam v. University of the West Indies*, [1983] 1 All E.R. 824, est une décision anglaise récente difficile à concilier avec la jurisprudence canadienne et australienne et même avec la jurisprudence anglaise antérieure. Dans cet arrêt, le Conseil privé a conclu que le demandeur qui refuse de subir une intervention chirurgicale recommandée par les médecins doit, pour s'acquitter du fardeau qui lui incombe de prouver qu'il a agi de façon raisonnable quant à son obligation de limiter le préjudice subi, prouver que son refus était raisonnable. Le juge de première instance avait imposé cette obligation au demandeur (l'appelant) et la Cour d'appel avait considéré cela comme un motif de révision. Lord Scarman a dit qu'elle avait fait erreur. Il affirme ceci dans ses motifs, à la p. 827:

[TRADUCTION] La règle voulant que le demandeur qui rejette la recommandation des médecins de subir une intervention chirurgicale doit démontrer qu'il a agi de façon raisonnable se fonde sur le principe que le demandeur a l'obligation d'agir raisonnablement de façon à limiter le préjudice.

g Bien que cette formulation de l'obligation de limiter le préjudice soit manifestement correcte, l'imposition au demandeur, par lord Scarman, de l'obligation de prouver la limitation du préjudice semble contraster sensiblement avec un long courant de jurisprudence anglaise antérieure et, comme nous l'avons vu, est contraire aux principes généraux de la limitation du préjudice énoncés par cette Cour dans les arrêts *Red Deer* et *Asamer Oil*, précités.

4. Les conséquences du refus déraisonnable de subir un traitement

Pour ce qui est maintenant de l'incidence d'une constatation du caractère déraisonnable du refus sur l'indemnisation du demandeur, il est clair que

from the general proposition that a plaintiff cannot recover from the defendant damages which he himself could have avoided by the taking of reasonable steps. As Pearson L.J. pointed out in *Darbishire v. Warran, supra*, it is not a "duty" in the strict sense. A breach of it is not actionable. Quoting from his reasons at p. 1075:

... it is important to appreciate the true nature of the so-called "duty to mitigate the loss" or "duty to minimize the damage." The plaintiff is not under any contractual obligation to adopt the cheaper method: if he wishes to adopt the more expensive method, he is at liberty to do so and by doing so he commits no wrong against the defendant or anyone else. The true meaning is that the plaintiff is not entitled to charge the defendant by way of damages with any greater sum than that which he reasonably needs to expend for the purpose of making good the loss. In short, he is fully entitled to be as extravagant as he pleases but not at the expense of the defendant.

Mitigation has to do with post-accident events. In this respect it should perhaps be contrasted with contributory negligence and perceived as more closely aligned with *novus actus interveniens*. It differs from the latter, however, in that the *novus actus* may be the act of a third party whereas mitigation (or its failure) is exclusively the act of the claimant. Overhanging all three concepts, mitigation, contributory negligence and *novus actus*, are the general principles of foreseeability and remoteness as they apply to post-accident events.

The appellant in the case at bar invoked some of these general doctrines of tort law. He submitted "that the majority in the Court of Appeal have failed to take into account the fact that the plaintiff's unreasonable refusal constituted a *novus actus* and, from the defendant's standpoint, such refusal was not reasonably foreseeable and the damages claimed are too remote". I do not find

ce qu'on appelle «l'obligation de limiter le préjudice» découle du principe général selon lequel un demandeur ne peut se faire indemniser par le défendeur pour le préjudice qu'il aurait pu lui-même éviter en prenant des mesures raisonnables. Comme le souligne le lord juge Pearson dans l'arrêt *Darbishire v. Warran*, précité, il ne s'agit pas d'une «obligation» au sens strict. Le manquement à ce genre d'obligation n'ouvre pas droit à des poursuites. Voici ce qu'il affirme dans ses motifs, à la p. 1075:

[TRADUCTION] ... il est important de saisir la vraie nature de ce qu'on appelle «l'obligation de réduire les pertes» ou «l'obligation de limiter le préjudice.» Le demandeur n'a pas d'obligation contractuelle de choisir la méthode la plus économique: s'il souhaite adopter la méthode la plus coûteuse, il a la liberté de le faire et ne commet pas de faute contre le défendeur ou qui que ce soit d'autre en le faisant. Cela signifie en réalité que le demandeur n'a pas le droit de faire payer au défendeur, sous forme de dommages-intérêts, une somme plus considérable que celle dont il a raisonnablement besoin pour réparer la perte subie. En bref, il a tout à fait le droit d'être aussi extravagant qu'il le veut, mais il ne peut le faire aux dépens du défendeur.

La limitation du préjudice se rapporte aux événements survenus après l'accident. À cet égard, il faut peut-être la mettre en contraste avec le concept de la faute de la victime et la percevoir comme se rapprochant davantage du *novus actus interveniens*. Toutefois, elle diffère de ce dernier concept, en ce que le *novus actus* peut être le fait d'un tiers alors que la limitation du préjudice (ou l'omission de limiter le préjudice) est exclusivement le fait du réclamant. Au-dessus de ces trois concepts de limitation du préjudice, de la faute de la victime et du *novus actus*, il y a les principes généraux de la prévisibilité et de l'absence de lien de causalité dans la mesure où ils s'appliquent aux événements postérieurs à l'accident.

En l'espèce, l'appelant a invoqué certains de ces principes généraux de la responsabilité délictuelle. Il a soutenu [TRADUCTION] «que la Cour d'appel à la majorité n'a pas tenu compte du fait que le refus déraisonnable du demandeur constitue un *novus actus*, que pour le défendeur ce refus n'était pas raisonnablement prévisible et que les dommages-intérêts sont réclamés trop indirects». Je ne trouve

such an approach helpful in a case of this kind. It seems to me that by hypothesis the whole of the plaintiff's damages are reasonably foreseeable and would be recoverable were it not for the additional fact that a portion of them was reasonably avoidable by the plaintiff. I have difficulty in seeing how the failure to avoid what is a reasonably avoidable loss can in and of itself make the remaining unavoidable loss unforeseeable. Nor, it seems to me does the doctrine of proximate cause, also invoked by the appellant, elucidate the problem. References to "proximate cause" and "intervening cause", in my opinion, predetermine the legal issue but do not provide a rationale for it. I find the following passage from 22 Am Jur 2d, Damages § 30, at p. 52 more illuminating:

Other courts have suggested that the doctrine of avoidable consequence is an extension of the proximate cause principle—that is, if the plaintiff could reasonably have avoided the damages which resulted, then the activity of the defendant can no longer be considered the proximate cause of those damages. While this statement can be accepted as theoretically valid (since "proximate cause" probably means nothing more than the cause which is recognized by law as the cause of the damages), it is not precise enough to express the idea contained in the doctrine of avoidable consequences. For example, if defendant's negligent activity caused plaintiff's broken leg and much of plaintiff's pain could have been avoided by consulting a doctor, it is unnecessarily ambiguous to state that the failure to consult a doctor prevented the negligent activity from being the proximate cause of a portion of the pain, but not from being the proximate cause of the rest of the pain. It is more precise to state that consulting a doctor would have avoided a certain portion of the pain and, thus, damages cannot be recovered for the avoidable pain.

Essentially the same point may be made with respect to *novus actus interveniens*. The concept does not advance the analysis in any helpful way. Obviously mitigation and *novus actus* may coincide in cases such as the case at bar but talking in terms of *novus actus* is, in my view, of little assistance in defining the scope of the duty to mitigate.

pas ce point de vue utile dans un cas de ce genre. Il me semble que, hypothétiquement, l'ensemble du préjudice subi par le demandeur est raisonnablement prévisible et serait indemnisable si ce n'était du fait additionnel qu'une partie de ce préjudice aurait pu raisonnablement être évitée par le demandeur. Il m'est difficile de voir comment l'omission d'éviter ce qui constitue une perte raisonnablement évitable peut en soi rendre imprévisibles les autres pertes inévitables. Il ne me semble pas non plus que le principe de la cause immédiate, également invoqué par l'appelant, règle la question. Les mentions de la «cause immédiate» et de la «cause nouvelle» ont pour effet, à mon avis, de prédéterminer la question de droit, mais ils n'en donnent pas la raison d'être. Je trouve plus instructif le passage suivant tiré de 22 Am Jur 2d, Damages, paragraphe 30, à la p. 52:

[TRADUCTION] D'autres cours ont laissé entendre que la doctrine des conséquences évitables est une extension du principe de la cause immédiate—c'est-à-dire que si le demandeur avait pu raisonnablement éviter le préjudice subi, alors l'activité du défendeur ne peut plus être considérée comme la cause immédiate de ce préjudice. Même si cet énoncé est acceptable du point de vue théorique (puisque «cause immédiate» ne signifie probablement rien de plus que la cause reconnue en droit comme la cause du préjudice), il n'est pas assez précis pour exprimer l'idée contenue dans la doctrine des conséquences évitables. Par exemple, si l'acte fautif du défendeur a causé la fracture d'une jambe du demandeur et que le demandeur aurait pu s'éviter beaucoup de souffrances s'il avait consulté un médecin, il est inutilement ambigu d'affirmer que l'omission de consulter un médecin a empêché l'acte fautif d'être la cause immédiate d'une partie des souffrances, mais non pas d'être la cause immédiate des autres souffrances. Il est plus précis de dire que la consultation d'un médecin aurait permis d'éviter une certaine partie des souffrances et qu'en conséquence il n'est pas possible d'obtenir des dommages-intérêts pour les souffrances évitables.

On peut soutenir essentiellement la même chose en ce qui concerne le *novus actus interveniens*. Ce concept n'apporte absolument rien d'utilité à l'analyse. Manifestement, la limitation du préjudice et le *novus actus* peuvent coïncider dans des cas comme celui en l'espèce, mais parler en termes de *novus actus* est à mon avis de peu d'utilité pour définir la portée de l'obligation de limiter le préjudice.

What then counts as an unavoidable loss in a case like this where there has been found to be an unreasonable refusal of surgery? The answer given by MacKinnon A.C.J.O. is that one looks to what would have happened on a balance of probabilities had the operation in fact taken place. The majority approach, on the other hand, is to determine what damages are avoidable by assuming that the plaintiff has agreed to an operation which has not yet been performed. If the majority is correct, then the courts would normally take account of any "substantial possibility" of failure and the amount by which full compensation would be discounted—in this case 70 per cent—would represent his avoidable loss.

There is a paucity of direct authority on this issue. The following passage from the judgment of Jenkins L.J. in *McAuley, supra*, at p. 505, may be viewed as support for the approach taken by the majority:

If he receives medical advice to the effect that an operation will have a 90 per cent. chance of success, and is strongly recommended to undergo the operation and does not do so, then the result must be, I think, that he has acted unreasonably, and that the damages ought to be assessed as they would properly have been assessable if he had, in fact, undergone the operation and secured the degree of recovery to be expected from it. [Emphasis added.]

It seems to me not only to be implicit in the English authorities but also to be common ground between the majority and the dissent in the Court of Appeal in this case that, even after an unreasonable refusal of surgery, the plaintiff is still entitled to claim unavoidable losses assuming, of course, that they are otherwise recoverable. MacKinnon A.C.J.O. would, it is true, deny all subsequent recovery in this case where on the balance of probabilities (70 per cent) surgery would lead to a full recovery, but if there was a 50-100 per cent chance of no more than an 80 per cent recovery at the outside, it seems to me that his approach would necessarily permit a plaintiff to recover the remaining 20 per cent of his damages as unavoidable loss.

Que faut-il considérer comme perte inévitale dans un cas comme celui-ci où on a conclu qu'il y a eu refus déraisonnable de subir l'intervention chirurgicale? Le juge en chef adjoint MacKinnon de l'Ontario a répondu qu'il faut examiner ce qui se serait produit, selon la prépondérance des probabilités, si l'opération avait eu lieu. Selon la majorité, d'autre part, il s'agit de déterminer quel préjudice est évitable en présumant que le demandeur a consenti à subir une opération qui n'a pas encore eu lieu. Si la majorité a raison, les cours devraient donc normalement tenir compte de toute «possibilité réelle» d'échec et le pourcentage dont le plein dédommagement serait diminué—en l'espèce 70 pour 100—représenterait sa perte évitable.

La jurisprudence portant directement sur ce point est rare. On peut considérer que l'extrait suivant des motifs du lord juge Jenkins dans l'arrêt *McAuley*, précité, à la p. 505, étaye le point de vue adopté par la cour à la majorité:

[TRADUCTION] Si les médecins lui disent que l'opération a 90 pour 100 de chances de réussir, qu'ils l'a lui recommandent fortement et qu'il ne la subit pas, alors il s'ensuit d'après moi qu'il a agi de façon déraisonnable et que les dommages-intérêts devraient être évalués comme on aurait pu les évaluer s'il avait subi l'opération et s'était assuré le degré de guérison qui est censé en découler. [C'est moi qui souligne.]

Il me paraît non seulement implicite dans la jurisprudence anglaise, mais aussi reconnu par le juge dissident et les juges formant la majorité en Cour d'appel en l'espèce, que même après avoir refusé déraisonnablement de subir l'intervention chirurgicale, le demandeur a quand même le droit de réclamer des dommages-intérêts pour les pertes inévitables, en supposant bien sûr qu'il est possible par ailleurs de se faire indemniser pour ces pertes. Il est vrai que le juge en chef adjoint MacKinnon aurait refusé tout autre dédommagement en l'espèce parce que, selon la prépondérance des probabilités (70 pour 100), l'intervention chirurgicale aurait entraîné une guérison complète, mais s'il y avait eu entre 50 et 100 pour 100 de chances de guérison à 80 pour 100 au maximum, il me semble que son point de vue permettrait nécessairement à un demandeur d'obtenir, pour les autres 20 pour 100 du préjudice subi, une indemnité à titre de perte inévitale.

As Blair J.A. points out, support is also to be found for the majority approach in a number of Australian cases, notably *Newell v. Lucas*, [1964-65] N.S.W.R. 1597. In *Plenty v. Argus, supra*, Burt J. seems to have adopted it in the following *obiter* statement at p. 159:

And if a finding is made that a plaintiff in the face of an uncertain prognosis acted unreasonably in not submitting himself to surgery or treatment, then it would seem that his damages should be assessed having regard to his condition as it is, discounted by the evaluation of the lost chance, or as one would if the assessment were made in advance of the carrying out of the advised treatment.

In my view the majority approach is consistent with first principles as expressed by Lord Diplock in *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166, at p. 176:

The role of the court in making an assessment of damages which depends upon its view as to what will be and what would have been is to be contrasted with its ordinary function in civil actions of determining what was. In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend upon its view as to what will happen in the future or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards.

See also Lord Reid in *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836 (H.L.), at p. 838. This position is essentially the one adopted by Lacourcière J.A. in *Schrump v. Koot* (1978), 18 O.R. (2d) 337, which Blair J.A. cites in support of his position. MacKinnon A.C.J.O. attempts to distinguish this latter case on the ground that it applies only to assessing the risk or likelihood of future developments but, as the passage from Lord Diplock makes clear, the balance of probabilities test is confined to determining what did in fact happen in the past. In assessing damages the court determines not only

Comme le souligne le juge d'appel Blair, le point de vue de la majorité est étayé par un certain nombre de décisions australiennes dont *Newell v. Lucas*, [1964-65] N.S.W.R. 1597. Dans l'arrêt *Plenty v. Argus*, précité, le juge Burt semble l'avoir adopté dans l'opinion incidente suivante, à la p. 159:

[TRADUCTION] Et si l'on conclut que, face à un pronostic incertain, le demandeur a agi de façon déraisonnable en ne subissant pas l'intervention chirurgicale ou le traitement, alors il semblerait qu'il faille évaluer ses dommages-intérêts en fonction de son état actuel, mais en les réduisant du montant auquel on évalue l'occasion ratée, ou comme si on faisait l'évaluation avant l'administration du traitement recommandé.

À mon avis, le point de vue de la majorité est compatible avec les principes premiers énoncés par lord Diplock dans l'arrêt *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166, à la p. 176:

[TRADUCTION] Le rôle que joue la cour lorsqu'elle fait une évaluation des dommages-intérêts qui repose sur sa perception de ce qui va se produire ou de ce qui se serait produit doit être mis en contraste avec le rôle ordinaire qu'elle joue dans des poursuites civiles et qui consiste à déterminer ce qui s'est produit. En déterminant ce qui est arrivé dans le passé, une cour se fonde sur la prépondérance des probabilités. Ce qui est plus probable que moins probable est tenu pour certain. Mais en faisant une évaluation des dommages-intérêts qui repose sur sa perception de ce qui va se produire dans l'avenir ou de ce qui se serait produit par la suite si quelque chose ne s'était pas produit dans le passé, la cour doit estimer les chances qu'un événement particulier se produise ou celles qu'il se serait produit et traduire ces chances, qu'elles soient plus ou moins égales, dans le montant des dommages-intérêts qu'elle accorde.

■ Voir également les motifs de lord Reid dans *Davies v. Taylor*, [1972] 3 All E.R. 836 (H.L.), à la p. 838. Cette position est essentiellement celle adoptée par le juge Lacourcière dans l'arrêt *Schrump v. Koot* (1978), 18 O.R. (2d) 337, que le juge Blair cite à l'appui de son point de vue. Le juge en chef adjoint MacKinnon de l'Ontario tente de faire la distinction avec ce dernier arrêt pour le motif qu'il s'applique seulement à l'évaluation du risque ou de la probabilité d'événements futurs, mais, comme il ressort clairement du passage de lord Diplock, le critère de la prépondérance des

what will happen but also what would have happened by estimating the chance of the relevant event occurring, which chance is then to be directly reflected in the amount of damages. The general rule stated by Lord Diplock would therefore seem to be applicable to this case, suggesting that the majority approach is at least *prima facie* correct. The issue then becomes, it seems to me, a question of whether there are any reasons to take this particular type of case outside the general rule.

MacKinnon A.C.J.O. suggests that the majority approach bypasses the trial judge's initial finding of unreasonableness. With respect, I think he must be in error in this since the respondent is precluded by that finding from claiming full compensation for the losses he has already suffered. The same response can be made to the appellant's submission that the uncertainty in the evidence results from the plaintiff's unreasonable conduct and that he ought not to be able to "profit" from it. The finding that his refusal to undergo surgery was unreasonable precludes the plaintiff from recovering his actual loss. To hold that his remaining compensation should be determined on the basis of principles higher than those normally applied in assessing tort damages would, it seems to me, be to punish him for not undergoing surgery. This would be contrary to the general judicial policy that "it is not the prerogative of the court to require that any person undergo surgery to any degree" (*McCarthy v. MacPherson's Estate* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 294 (P.E.I.C.A.), at p. 297).

Nor am I swayed by the appellant's submission that a respondent may, because he is free to change his mind about the surgery, effectively be overcompensated. As long as he is *bona fide* in his present claim that he does not intend to have the operation and is not deliberately taking a calculat-

probabilités n'est applicable que pour déterminer ce qui s'est réellement produit dans le passé. Dans son évaluation des dommages-intérêts, la cour détermine non seulement ce qui va se produire, mais encore ce qui se serait produit en évaluant la probabilité de l'événement pertinent, laquelle probabilité doit se refléter directement dans le montant des dommages-intérêts. La règle générale énoncée par lord Diplock semble donc applicable en l'espèce, ce qui laisse entendre que le point de vue de la majorité est juste de prime abord tout au moins. Il s'agit alors, me semble-t-il, de déterminer s'il y a quelque motif de soustraire ce type particulier d'affaire à l'application de la règle générale.

Le juge en chef adjoint MacKinnon laisse entendre que le point de vue de la majorité ne tient pas compte de la constatation initiale du caractère déraisonnable par le juge de première instance. Avec égards, je crois qu'il doit faire erreur sous ce rapport puisque cette constatation empêche l'intimé de réclamer le plein dédommagement pour les pertes qu'il a déjà subies. On peut répondre la même chose à la prétention de l'appelant selon laquelle l'incertitude dans la preuve résulte de la conduite déraisonnable du demandeur et qu'il ne devrait pas être en mesure d'en «profiter». La conclusion que son refus de subir l'intervention chirurgicale est déraisonnable empêche le demandeur d'être dédommagé pour ses pertes réelles. Conclure qu'il y a lieu de fixer le reste de son indemnité en fonction de principes plus stricts que ceux qu'on applique normalement à l'évaluation des dommages-intérêts en matière délictuelle équivaudrait, me semble-t-il, à le punir pour ne pas avoir subi l'intervention chirurgicale. Cela serait contraire à la politique générale des tribunaux selon laquelle [TRADUCTION] «Il n'appartient pas à la cour d'obliger quiconque à se soumettre à la moindre intervention chirurgicale» (*McCarthy v. MacPherson's Estate* (1977), 14 Nfld. & P.E.I.R. 294 (C.A.I.-P.-É.), à la p. 297).

Je ne suis pas non plus influencée par la prétention de l'appelant qu'un intimé, parce qu'il est libre de changer d'avis au sujet de l'intervention chirurgicale, peut vraiment être dédommagé en trop. Pour autant qu'il est de bonne foi en affirmant qu'il n'a pas l'intention de subir l'opération et qu'il

ed risk that he will come out ahead by recovering 30 per cent of his damages now and then later have the surgery with a 70 per cent chance of complete success (an intention which would amount to fraud on the court in any event), there does not seem to me to be any problem arising from the fact that he might change his mind in the future and be overcompensated in the result. The potential for over or under compensation is, it seems to me, a pervasive difficulty with the present "once and for all" method of awarding tort damages. The situation presented by this case is only one example of that more comprehensive problem; it does not, in and of itself, call for a special solution of any sort. It should also be kept in mind that, while it is true that if the respondent does decide to have the operation at some future time there is a 70 per cent chance that he will be somewhat overcompensated, it is also true that there exists a 30 per cent possibility that he will be very substantially undercompensated.

I would respectfully adopt the approach of the majority of the Court of Appeal to this issue.

5. Conclusions

The case law makes it clear that the question of whether a refusal of treatment is reasonable or not is for the trier of fact. Since the respondent (appellant by cross-appeal) did not in the Court of Appeal expressly impugn the objective test applied by the trial judge, the Court of Appeal was correct in refusing to interfere with the trial judge's finding. The respondent cannot be permitted to impugn the objective test for the first time in this Court.

For the reasons given I would dismiss the appeal. Counsel are agreed, however, that Blair J.A. made a mathematical error in his calculations and that the overall figure for damages, instead of being \$103,651, should have been \$96,146. The dismissal of the appeal is therefore subject to this variation in the Court of Appeal's order.

ne prend pas délibérément un risque calculé de réaliser un profit en obtenant 30 pour 100 de chances de ses dommages-intérêts maintenant pour ensuite subir une intervention chirurgicale comportant 70 pour 100 de réussite complète (intention qui, en tout état de cause, équivaudrait à tromper la cour), il ne me semble y avoir aucun problème découlant du fait qu'il pourrait à l'avenir changer d'avis et en définitive être dédommagé en trop. La possibilité d'être dédommagé en trop ou de ne pas l'être assez constitue, me semble-t-il, une difficulté inhérente à la méthode actuelle qui a cours en matière délictuelle et qui consiste à accorder des dommages-intérêts «une fois pour toutes». La situation qui se présente en l'espèce n'est qu'une illustration de ce problème plus général; elle n'exige pas en soi de solution spéciale. Il faut également se rappeler que, même s'il est vrai que si l'intimé décide de subir l'opération plus tard il y a 70 pour 100 de chances qu'il soit quelque peu dédommagé en trop, il est également vrai qu'il existe 30 pour 100 de possibilités qu'il soit très insuffisamment dédommagé.

Avec égards, je suis d'avis d'adopter le point de vue de la majorité de la Cour d'appel sur ce point.

5. Conclusions

Il ressort clairement de la jurisprudence qu'il appartient au juge des faits de déterminer si le refus de subir un traitement est raisonnable ou déraisonnable. Puisque l'intimé, (l'appelant dans le pourvoi incident) n'a pas, en Cour d'appel, expressément contesté le critère objectif appliqué par le juge de première instance, la Cour d'appel a eu raison de refuser de modifier la conclusion du juge de première instance. On ne peut pas permettre à l'intimé de contester ce critère objectif pour la première fois en cette Cour.

Pour les motifs que j'ai exprimés, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Cependant, les avocats s'accordent pour dire que le juge Blair a commis une erreur de calcul et que la somme totale des dommages-intérêts devrait être de 96 146 \$ au lieu de 103 651 \$. Le pourvoi est en conséquence rejeté sous réserve de cette modification de l'ordonnance de la Cour d'appel.

I would also dismiss the respondent's cross-appeal which was directed to Blair J.A.'s method of calculation of the appellant's damages. While it is not entirely clear from his reasons how he used the more detailed breakdown of possible results from the surgery to arrive at the second discount of one-third, I do not believe that this kind of determination is susceptible of precise calculation. It would, however, have been of assistance to the respondent on the cross-appeal if Blair J.A. had attempted to relate the percentage predictions of result to the discount.

Leave to appeal was granted in this case in terms that the appellant pay the costs of the appeal on a solicitor-client basis in any event of the cause forthwith after taxation thereof. Costs in the courts below were left to the disposition of this Court.

I cannot accept the submission of counsel for the respondent that the costs of the cross-appeal are covered by the order on the leave application. There is nothing in the order to indicate that a cross-appeal was contemplated although I do not doubt the respondent's right to proceed with one once leave to appeal was granted to the appellant. I would therefore dismiss the cross-appeal with costs. I would not interfere with the disposition of costs in the courts below.

Appeal dismissed and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Phelan, O'Brien, Shannon & Lawer, Toronto.

Solicitors for the respondent: Morris and Lewis, Toronto.

Je suis aussi d'avis de rejeter le pourvoi incident de l'intimé portant sur la méthode employée par le juge Blair pour calculer les dommages-intérêts de l'appelant. Bien que ses motifs ne montrent pas tout à fait clairement comment il s'est servi de l'état plus détaillé des résultats possibles de l'intervention chirurgicale pour arriver à la deuxième diminution d'un tiers, je ne crois pas que ce genre de détermination se prête à un calcul précis. Il aurait toutefois été utile à l'intimé dans le pourvoi incident si le juge Blair avait tenté d'établir le rapport entre les prévisions de succès en pourcentage et la diminution des dommages-intérêts.

a L'autorisation de pourvoi accordée en l'espèce prévoyait que l'appelant paierait les dépens du pourvoi sur la base procureur-client quelle que soit l'issue de la cause, immédiatement après leur taxation. Les dépens dans les cours d'instance inférieure ont été laissés à la décision de cette Cour.

b Je ne puis accepter la prétention de l'avocat de l'intimé que l'ordonnance d'autorisation du pourvoi s'applique aux dépens du pourvoi incident. Il n'y a rien dans l'ordonnance qui indique qu'un pourvoi incident était envisagé même si je ne doute pas que l'intimé avait le droit de le former après que l'appelant eut obtenu l'autorisation de se pourvoir. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens et de ne pas modifier la répartition des dépens dans les cours d'instance inférieure.

c Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.

d Procureurs de l'appelant: Phelan, O'Brien, Shannon & Lawer, Toronto.

e Procureurs de l'intimé: Morris and Lewis, Toronto.