

Margaret Smith *Appellant*

v.

Carole Arndt and Dennis Jackson *Respondent*

INDEXED AS: ARNDT v. SMITH

File No.: 24943.

1997: January 29; 1997: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Négligence — Medical malpractice — Causation — Mother contracting chickenpox while pregnant — Child born with disabilities resulting from mother's chickenpox — Mother suing doctor for costs associated with raising child — Whether loss caused by doctor's failure to advise properly of risk — Appropriate test of causation.

A sued her physician S for costs associated with rearing her daughter, who was congenitally injured by chickenpox A had contracted during her pregnancy. She contended that had S properly advised her of the risk of injury to her fetus, she would have terminated the pregnancy and avoided the costs she now incurs. S contended that A would not have terminated the pregnancy even if she had been fully advised, and therefore asserted that the loss claimed was not caused by the failure to advise of risk. The trial judge dismissed A's claim. Evaluating her testimony at trial that she would have had an abortion against the fact that she desired a child, that she was sceptical of "mainstream" medical intervention, that an abortion in the second trimester held increased risks and that an abortion would have required the approval of a committee on health grounds, the trial judge concluded that A would not, on a balance of probabilities, have aborted the pregnancy. Also supportive of the trial judge's conclusion was evidence that the risk of serious injury to the fetus was very small and medical advisers would have recommended against an abortion. The Court of Appeal held that the trial judge had applied the wrong test and directed a new trial.

Margaret Smith *Appelante*

c.

Carole Arndt et Dennis Jackson *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ARNDT c. SMITH

N° de greffe: 24943.

1997: 29 janvier; 1997: 26 juin.

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

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

Négligence — Faute médicale — Causalité — Mère ayant contracté la varicelle pendant sa grossesse — Enfant né avec une incapacité résultant de la varicelle de la mère — La mère a intenté une action contre le médecin pour recouvrer les frais qu'elle doit supporter pour élever l'enfant — La perte a-t-elle été causée par l'omission du médecin de bien l'informer du risque? — Critère approprié de la causalité.

A a intenté une action contre S pour recouvrer les frais qu'elle doit supporter pour élever sa fille atteinte d'une maladie congénitale due à la varicelle qu'elle a contractée pendant sa grossesse. Elle a prétendu que si S l'avait bien informée du risque d'atteinte à son fœtus, elle aurait interrompu sa grossesse et évité ces frais. S a soutenu que A n'aurait pas recouru à l'avortement même si elle avait obtenu toute l'information et qu'en conséquence, la perte alléguée n'a pas été causée par l'omission de l'informer du risque. Le juge de première instance a rejeté l'action de A. Après avoir soupesé, d'une part, son témoignage au procès selon lequel elle aurait avorté, et d'autre part, le fait qu'elle désirait un enfant, qu'elle ne croyait pas beaucoup à la médecine «traditionnelle», qu'un avortement au deuxième trimestre était plus risqué et qu'il aurait fallu l'approbation d'un comité d'avortement thérapeutique, le juge a conclu que A, selon la prépondérance des probabilités, n'aurait pas interrompu sa grossesse. Cette conclusion s'appuyait également sur la preuve que le risque d'une affection grave pour le fœtus était très faible et que les spécialistes de la santé se seraient prononcés contre l'avortement. La cour d'appel a décidé que le juge de première instance avait appliqué un critère erroné et elle a ordonné un nouveau procès.

Held (Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

A's claims for economic loss are not barred by s. 3(1)(a) of the British Columbia *Limitation Act*, which provides a two-year limitation period in actions for "damages in respect of injury to person or property, including economic loss arising from the injury", because they do not relate to personal injury either to A or to her daughter.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Major JJ.: When determining whether the loss claimed by A was caused by S's failure to advise of the risk the court should adopt the modified objective test set out in *Reibl v. Hughes*. The test enunciated relies on a combination of objective and subjective factors in order to determine whether the failure to disclose actually caused the harm of which the plaintiff complains. It requires that the court consider what the reasonable patient in the plaintiff's circumstances would have done if faced with the same situation. The trier of fact must take into consideration any "particular concerns" of the patient and any "special considerations affecting the particular patient" in determining whether the patient would have refused treatment if given all the information about the possible risks. The "reasonable person" who sets the standard for the objective test must be taken to possess the patient's reasonable beliefs, fears, desires and expectations. While evidence of reasonable fears and concerns can thus be taken into account, purely subjective fears which are not related to the material risks should not be considered. The modified objective test strikes a reasonable balance, which cannot be obtained through either a purely objective or a purely subjective approach. A purely subjective approach fails to take into account the inherent unreliability of the self-serving assertion of a plaintiff, while the purely objective standard might result in undue emphasis being placed on the medical evidence, essentially resulting in a test which defers completely to medical wisdom.

It is appropriate to infer from the evidence in this case that a reasonable person in the plaintiff's position would not have decided to terminate her pregnancy in the face of the very small increased risk to the fetus posed by her exposure to the virus which causes chickenpox. While A did make a very general inquiry concerning the risks associated with maternal chickenpox, there was nothing

Arrêt (les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

La demande présentée par A à l'égard de la perte économique n'est pas prescrite par l'al. 3(1)a) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, qui dispose que les actions se prescrivent par deux ans dans le cas des «dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice causé à la personne ou aux biens, y compris la perte économique découlant du préjudice», parce qu'elle ne concerne pas un préjudice causé à la personne de A ou de sa fille.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Major: Pour déterminer si la perte subie par A a été causée par l'omission de S de l'informer du risque, la cour doit adopter le critère objectif modifié, exposé dans *Reibl c. Hughes*. Le critère énoncé comprend une combinaison de facteurs objectifs et subjectifs qui permettent de déterminer si l'omission de divulguer a vraiment causé le préjudice dont se plaint le demandeur. Il commande que le tribunal évalue ce que le patient raisonnable, placé dans la même situation que le demandeur, aurait fait s'il avait eu à choisir. Le juge des faits doit prendre en considération les «inquiétudes particulières» du patient et «toute considération spéciale touchant [le] patient» quand il tranche la question de savoir si ce dernier aurait refusé le traitement, s'il avait reçu tous les renseignements au sujet des risques possibles. Il faut tenir pour acquis que la «personne raisonnable» en fonction de laquelle la norme est établie, possède les croyances, les craintes, les désirs et les attentes raisonnables du patient. Si la preuve des craintes et des inquiétudes raisonnables peut être prise en considération, les craintes purement subjectives qui ne sont pas reliées aux risques importants ne doivent pas être prises en compte. Le critère objectif modifié représente un équilibre raisonnable, que ne permettrait pas d'obtenir une méthode purement objective ou purement subjective. Une méthode purement subjective ne tient pas compte du manque de fiabilité inhérent de la déclaration intéressée du demandeur, alors que l'adoption d'une norme purement objective pourrait nous amener à accorder une importance excessive à la preuve médicale, et donc essentiellement à nous en remettre exclusivement à l'appréciation des médecins.

On peut à bon droit inférer de la preuve qu'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse n'aurait pas décidé d'interrompre sa grossesse, une fois informée de l'augmentation très faible du risque auquel le virus qui cause la varicelle exposait le fœtus. Certes, A a posé une question très générale au sujet des risques associés à la varicelle chez la femme

to indicate to the doctor that she had a particular concern in this regard. Further, factors such as A's desire for children and her suspicion of the mainstream medical profession can be taken into consideration when determining what a reasonable person in her position would have done if informed of the risks. As found by the trial judge, the failure to disclose some of the risks to the fetus associated with maternal chickenpox did not affect A's decision to continue the pregnancy to term. It follows that the failure to disclose did not cause the financial losses for which she is seeking compensation.

Per McLachlin J.: This case raises the hypothetical question of what the plaintiff would have done had the physician discharged her duty to disclose. General tort principles suggest that this question is a purely factual inquiry to be answered by reference to all the evidence. This may include evidence from the plaintiff at trial as to what she would have done, but it also includes relevant evidence of her situation, circumstances and mindset at the time the decision would have been made. The trial judge must look at all the evidence and determine whether the plaintiff would have taken the suggested course on a balance of probabilities. The approach suggested by the fundamental principles of tort law is subjective, in that it requires consideration of what the plaintiff at bar would have done. However, it incorporates elements of objectivity; the plaintiff's subjective belief at trial that she would have followed a certain course stands to be tested by her circumstances and attitudes at the time the decision would have been made as well as the medical advice she would have received at the time.

The trial judge applied the right test in this case and did not err in dismissing the action on the ground that A had failed to establish that S's failure to advise her of the risk to her fetus from chickenpox caused the loss associated with the rearing of her disabled daughter. While he paid lip service to the reasonable person test, he resolved the issue of causation by asking what the plaintiff herself would have done in all the circumstances. He considered a number of external circumstances, including the fact that an abortion in the second trimester would have been riskier than an earlier abortion and the need to obtain the approval of a committee for any abortion. He went on to consider factors going to A's state of mind, including the fact that she very much wanted to have a child, that she had a natural skepticism of mainstream medicine and had so informed

enceinte, mais aucun indice ne pouvait permettre au médecin de croire que ce point l'inquiétait particulièrement. De plus, des facteurs comme le désir de A d'avoir des enfants et son scepticisme envers la médecine traditionnelle peuvent être pris en compte dans la détermination de ce qu'une personne raisonnable placée dans sa situation aurait fait si elle avait été informée des risques. Comme l'a conclu le juge de première instance, l'omission de divulguer certains des risques d'atteinte au fœtus associés à la varicelle chez la mère n'a pas joué dans la décision de A de le mener à terme. Il s'ensuit que l'omission de divulguer n'a pas causé les pertes financières pour lesquelles elle demande réparation.

Le juge McLachlin: La présente affaire soulève la question hypothétique de savoir ce que le demandeur aurait fait si le médecin avait rempli son obligation. Les principes généraux de la responsabilité délictuelle indiquent que cette question est purement factuelle et doit être tranchée selon l'ensemble de la preuve, laquelle peut inclure le témoignage du demandeur sur ce qu'il aurait fait, mais aussi des éléments de preuve pertinents quant à sa situation, aux circonstances et à son état d'esprit au moment où la décision aurait été prise. Le juge de première instance doit tenir compte de l'ensemble de la preuve et déterminer, selon la prépondérance des probabilités, si le demandeur aurait agi de la manière qu'il affirme maintenant. La méthode tirée des principes fondamentaux du droit de la responsabilité délictuelle est subjective, en ce qu'elle requiert l'examen de ce que le demandeur en cause aurait fait. Toutefois, elle comprend des éléments d'ordre objectif; la croyance subjective du demandeur exprimée au procès quant à la conduite qu'il aurait adoptée doit être appréciée au regard de sa situation et de ses attitudes au moment où la décision aurait été prise, ainsi que des conseils médicaux qu'il aurait reçus à ce moment.

Le juge de première instance a appliqué le bon critère et n'a pas commis d'erreur en rejetant l'action pour le motif que A n'a pas établi que l'omission par S de l'informer du risque que comportait la varicelle pour son fœtus avait causé la perte encourue pour élever sa fille handicapée. Bien qu'il ait examiné pour la forme le critère de la personne raisonnable, il a tranché la question de la causalité en se demandant ce que la demanderesse aurait fait, quant à elle, compte tenu de toutes les circonstances. Il a pris en compte un certain nombre de circonstances extérieures, dont le risque plus élevé que comporte un avortement au deuxième trimestre par rapport à un avortement pratiqué plus tôt et la nécessité d'obtenir l'approbation d'un comité d'avortement. Il a aussi pris en considération des facteurs se rapportant à l'état d'esprit de A, dont son vif désir d'avoir un enfant,

S and that she stated she did not want an ultrasound scan of the developing fetus. The fact that the medical profession would not have recommended an abortion in these circumstances also supports the trial judge's conclusion that A would not have chosen an abortion had she been advised of the very small increased risk to the fetus posed by chickenpox.

Per Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting): As found by McLachlin J., the appropriate test of causation in the present circumstances is not to ask what the "reasonable person" would have done in A's position, but is to ask what A herself would have done had she been fully apprised of the risks to the fetus resulting from her chickenpox. The trial judge did not apply the appropriate test, however, but applied an objective test. He repeatedly referred to the pivotal role played in his causation analysis by the "reasonable and prudent expectant mother" and did not consider A's evidence that she would have aborted the fetus if fully informed of the relevant risks because of his view of the objective nature of the causation test. At best, the trial judge's reasons are unclear on the question of which test for causation was applied. This lack of clarity itself would warrant a new trial. In the further alternative, even if the trial judge did purport to apply a nominally subjective test, the failure to consider A's testimony would constitute an error of law justifying a new trial.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; **referred to:** *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634.

By McLachlin J.

Considered: *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; **referred to:** *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541; *Chatterton v. Gerson*, [1981] 1 Q.B. 432; *Hills v. Potter*, [1983] 3 All E.R. 716; *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors*, [1985] 1 All E.R. 643; *Ellis v. Wallsend District Hospital* (1989), 17 N.S.W.L.R. 553; *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (1972); *Young v. Northern Territory of Australia* (1992), 107 F.L.R. 264; *Bernard v.*

son scepticism naturel envers la médecine traditionnelle dont elle avait informé S et le fait qu'elle a dit ne pas avoir voulu que son fœtus soit soumis à une échographie. Le fait que le corps médical n'aurait pas recommandé l'avortement dans ces circonstances appuie aussi la conclusion du juge de première instance que A n'aurait pas choisi l'avortement si elle avait été informée de l'augmentation très faible du risque auquel la varicelle exposait le fœtus.

Les juges Sopinka et Iacobucci (dissidents): Comme le conclut le juge McLachlin, le critère approprié de la causalité dans le cas présent ne consiste pas à se demander ce qu'aurait fait une «personne raisonnable» placée dans la même situation que A, mais bien ce que cette dernière aurait fait si elle avait été informée adéquatement des risques d'atteinte à son fœtus que comportait la varicelle. Le juge de première instance n'a toutefois pas appliqué le bon critère de la causalité, mais un critère objectif. Il s'est reporté à plusieurs reprises, dans son analyse de la causalité, à l'importance décisive du concept de la «femme enceinte raisonnable et prudente» et il n'a pas tenu compte du témoignage de A selon lequel elle aurait interrompu sa grossesse si elle avait été informée adéquatement des risques pertinents, en raison de son point de vue sur la nature objective du critère de la causalité. Au mieux, les motifs du juge de première instance ne précisent pas clairement quel critère de la causalité a été appliqué. Ce manque de clarté est en soi de nature à justifier un nouveau procès. Subsidiairement encore, même si le juge de première instance prétendait appliquer un critère subjectif de nom, le défaut de tenir compte du témoignage de A constituerait une erreur de droit justifiant un nouveau procès.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; **arrêt mentionné:** *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt examiné: *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; **arrêts mentionnés:** *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541; *Chatterton c. Gerson*, [1981] 1 Q.B. 432; *Hills c. Potter*, [1983] 3 All E.R. 716; *Sidaway c. Bethlem Royal Hospital Governors*, [1985] 1 All E.R. 643; *Ellis c. Wallsend District Hospital* (1989), 17 N.S.W.L.R. 553; *Canterbury c. Spence*, 464 F.2d 772 (1972); *Young c. Northern Territory of Australia* (1992), 107 F.L.R. 264; *Bernard*

Char, 903 P.2d 667 (1995); *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (1979); *Smith v. Reisig*, 686 P.2d 285 (1984); *Arena v. Gingrich*, 733 P.2d 75 (1987); *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (1972); *Martin v. Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 13 B.C.L.R. 163.

Statutes and Regulations Cited

Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, s. 3(1)(a).

Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.
 Fontigny, Nadine. "When Yes Really Means Yes: The Law of Informed Consent in Canada Revisited" (1996), 4 *Health L. Rev.* 17.
 "Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure" (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548.
 Osborne, Philip H. Annotation to *Arndt v. Smith* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 264.
 Osborne, Philip H. "Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment" (1985), 33 C.C.L.T. 131.
 Robertson, Gerald. "Informed Consent Ten Years Later: The Impact of *Reibl v. Hughes*" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 423.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 201, 126 D.L.R. (4th) 705, [1995] 7 W.W.R. 378, 61 B.C.A.C. 57, 100 W.A.C. 57, 25 C.C.L.T. (2d) 262, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, [1994] 8 W.W.R. 568, 21 C.C.L.T. (2d) 66, dismissing the respondents' claim against the appellant physician. Appeal allowed, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting.

Christopher E. Hinkson, Q.C., and *Andrew F. Wilkinson*, for the appellant.

Nathan H. Smith, for the respondents.

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

CORY J. — I have had the benefit of reading the cogent reasons of McLachlin J. I agree with her analysis regarding the *Limitation Act* issue and with her disposition of this appeal. However,

c. Char, 903 P.2d 667 (1995); *Scott c. Bradford*, 606 P.2d 554 (1979); *Smith c. Reisig*, 686 P.2d 285 (1984); *Arena c. Gingrich*, 733 P.2d 75 (1987); *Cobbs c. Grant*, 502 P.2d 1 (1972); *Martin c. Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 13 B.C.L.R. 163.

Lois et règlements cités

Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 3(1)a).

Doctrine citée

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 6th ed. Sydney: Law Book Co., 1983.
 Fontigny, Nadine. «When Yes Really Means Yes: The Law of Informed Consent in Canada Revisited» (1996), 4 *Health L. Rev.* 17.
 «Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure» (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548.
 Osborne, Philip H. Annotation to *Arndt v. Smith* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 264.
 Osborne, Philip H. «Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment» (1985), 33 C.C.L.T. 131.
 Robertson, Gerald. «Informed Consent Ten Years Later: The Impact of *Reibl v. Hughes*» (1991), 70 *R. du B. can.* 423.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 201, 126 D.L.R. (4th) 705, [1995] 7 W.W.R. 378, 61 B.C.A.C. 57, 100 W.A.C. 57, 25 C.C.L.T. (2d) 262, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, [1994] 8 W.W.R. 568, 21 C.C.L.T. (2d) 66, qui avait rejeté la demande des intimés contre le médecin appelant. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka et Iacobucci sont dissidents.

Christopher E. Hinkson, c.r., et *Andrew F. Wilkinson*, pour l'appelante.

Nathan H. Smith, pour les intimés.

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

LE JUGE CORY — J'ai eu l'avantage de lire les motifs convaincants de ma collègue le juge McLachlin. Je souscris à son analyse concernant la *Limitation Act*, ainsi qu'à la solution qu'elle

I come to a different conclusion as to the test which should be applied when determining whether the loss claimed by the plaintiff was caused by the doctor's failure to advise of the risk.

² The starting point for this question must be *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, which set out the basic principles for assessing causation in cases involving allegations of negligence by doctors. *Reibl* involved an action by a patient against a surgeon for failing to warn him of the risk of paralysis associated with the elective surgery performed by that surgeon. One of the defences raised was that even if the surgeon had disclosed all of the risks of the procedure, the plaintiff would nonetheless have gone ahead with the operation. In other words, the physician disputed whether his negligent failure to disclose had, in fact, caused the plaintiff's loss.

³ The question presented to the Court was how to determine whether the patient would have actually chosen to decline the surgery if he had been properly informed of the risks. In trying to craft the appropriate test, Laskin C.J. for a unanimous Court quoted with approval an article from the *New York University Law Review*, entitled "Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure" (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548. The article distinguished between a subjective test, which asks whether the particular patient would have foregone treatment if properly informed, and an objective test, which asks whether the average prudent person in the patient's position would have foregone treatment if informed of all material risks. The authors preferred the objective test, since the subjective standard suffered from what they deemed to be a "gross defect": "[I]t depends on the plaintiff's testimony as to his state of mind, thereby exposing the physician to the patient's hindsight and bitterness" (p. 550).

⁴ Laskin C.J. shared the authors' concerns about the subjective test, and rejected the pure subjective

proposé d'apporter au présent pourvoi. Toutefois, j'arrive à une conclusion différente quant au critère qu'il convient d'appliquer pour déterminer si la perte subie par la demanderesse a été causée par l'omission du médecin de l'informer du risque.

Pour trancher cette question, le point de départ doit être *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, où sont énoncés les principes fondamentaux d'établissement de la causalité dans les litiges comportant des allégations de négligence contre des médecins. Dans cette affaire-là, un patient avait intenté une action contre un chirurgien lui reprochant de ne pas l'avoir informé du risque de paralysie que comportait l'opération facultative qu'il avait pratiquée. L'un des moyens de défense invoqués a été que, même si le chirurgien avait divulgué tous les risques que présentait l'intervention, le demandeur aurait néanmoins choisi d'être opéré. Autrement dit, le médecin a mis en doute le lien de cause à effet entre sa négligence, savoir l'omission de divulguer, et la perte du demandeur.

La Cour était appelée à décider du critère applicable pour déterminer si le patient aurait effectivement choisi de ne pas subir l'intervention chirurgicale s'il avait été bien informé des risques. Cherchant à établir le critère approprié, le juge en chef Laskin, au nom de la Cour à l'unanimité, a cité et approuvé un article de la *New York University Law Review*, intitulé «Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure» (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548. Dans cet article, les auteurs font une distinction entre un critère subjectif, où l'on se demande si le patient aurait refusé le traitement s'il avait été renseigné adéquatement, et un critère objectif, où l'on se demande si une personne prudente placée dans la situation du patient et mise au fait de tous les risques importants, aurait refusé le traitement. Les auteurs préfèrent la norme objective, puisque la norme subjective présente ce qu'ils estiment être un [TRADUCTION] «défaut flagrant»: «elle est subordonnée au témoignage du demandeur quant à son état d'esprit, exposant le médecin à l'analyse rétrospective du patient et à sa rancœur» (p. 550).

Le juge en chef Laskin, partageant les inquiétudes des auteurs au sujet du critère subjectif, a

approach to causation. He explained at p. 898 that the plaintiff's testimony as to what he or she would have done, had the doctor given an adequate warning, is of little value:

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

In other words, the plaintiff would always testify that the failure to warn was the determining factor in his or her decision to take the harmful course of action. Accordingly the subjective test would necessarily cause the trier of fact to place too much weight on inherently unreliable testimony.

While an objective test would prevent an inappropriate emphasis being placed on the plaintiff's testimony, Laskin C.J. thought that a purely objective test also presented problems. At p. 898, he discussed his paramount concern with an approach based on the actions of a hypothetical reasonable person:

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

repoussé la norme purement subjective en matière de causalité. À la p. 898, il a expliqué que le témoignage du demandeur concernant le choix qu'il aurait fait, si le médecin l'avait bien informé, a peu de valeur:

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

Autrement dit, le demandeur témoignera dans tous les cas que l'omission de l'avertir des risques a été le facteur déterminant dans la décision qui s'est avérée préjudiciable. En conséquence, en appliquant un critère subjectif, le juge des faits accorderait nécessairement trop de poids à un témoignage intrinsèquement peu crédible.

Tout en reconnaissant qu'un critère objectif empêcherait d'accorder une importance excessive au témoignage du demandeur, le juge en chef Laskin a toutefois estimé qu'un critère purement objectif faisait lui aussi problème. À la p. 898, il formule la préoccupation primordiale suscitée chez lui par une méthode fondée sur la décision qu'aurait prise une personne raisonnable hypothétique:

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

In short, the purely objective standard might result in undue emphasis being placed on the medical evidence, essentially resulting in a test which defers completely to medical wisdom.

⁶ To balance the two problems, Laskin C.J. opted for a modified objective test for causation, which he set out at length at pp. 898-900 :

I think it is the safer course on the issue of causation to consider objectively how far the balance in the risks of surgery or no surgery is in favour of undergoing surgery. The failure of proper disclosure pro and con becomes therefore very material. And so too are any special considerations affecting the particular patient. For example, the patient may have asked specific questions which were either brushed aside or were not fully answered or were answered wrongly. In the present case, the anticipation of a full pension would be a special consideration, and, while it would have to be viewed objectively, it emerges from the patient's particular circumstances. So too, other aspects of the objective standard would have to be geared to what the average prudent person, the reasonable person in the patient's particular position, would agree to or not agree to, if all material and special risks of going ahead with the surgery or foregoing it were made known to him. Far from making the patient's own testimony irrelevant, it is essential to his case that he put his own position forward.

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

Bref, l'adoption de la norme purement objective pourrait nous amener à accorder une importance excessive à la preuve médicale, et donc essentiellement à nous en remettre exclusivement à l'appréciation des médecins.

Pour sortir de ce dilemme, le juge en chef Laskin a proposé un critère objectif modifié en matière de causalité, qu'il a exposé en détail aux pp. 898 à 900:

J'estime que le parti le plus sûr sur la question de la causalité est de se demander objectivement dans quelle mesure la prépondérance des risques de l'opération sur ceux de l'absence d'opération pèse en faveur de l'intervention chirurgicale. Le défaut de bien divulguer le pour et le contre devient donc très pertinent. Il en est de même de toute considération spéciale touchant un patient donné. Par exemple, le patient peut avoir posé des questions précises qui ont été écartées ou auxquelles on a partiellement ou faussement répondu. En l'espèce, l'espérance d'une pension intégrale serait une considération spéciale qui, bien qu'on doive la considérer objectivement, se dégage de la situation particulière du patient. De même, d'autres aspects de la norme objective devraient être appliqués à ce qu'une personne prudente, une personne raisonnable placée dans la situation particulière du patient, accepterait ou refuserait si elle connaissait tous les risques importants ou particuliers que comporte l'opération ou l'absence d'opération. Ainsi, loin d'être non pertinent, le témoignage du patient est essentiel à sa réclamation.

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

was no breach of the duty of disclosure. In my view, therefore, the objective standard is the preferable one on the issue of causation.

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

These words are as persuasive today as they were when they were written. The test enunciated relies on a combination of objective and subjective factors in order to determine whether the failure to disclose actually caused the harm of which the plaintiff complains. It requires that the court consider what the reasonable patient in the circumstances of the plaintiff would have done if faced with the same situation. The trier of fact must take into consideration any "particular concerns" of the patient and any "special considerations affecting the particular patient" in determining whether the patient would have refused treatment if given all the information about the possible risks.

This Court recently had occasion to reconsider the modified objective test in *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634. La Forest J. for the majority held that a subjective test was appropriate for an action against a manufacturer of breast implants when determining whether the failure to warn of the risks associated with the implants caused the harm. However, he specifically supported the continuing application of the modified objective standard in negligence actions between a doctor and patient. He emphasized at p. 675 the

ception de son témoignage entraînera inévitablement la responsabilité à moins, bien sûr, que l'on ait conclu qu'il n'y a pas eu manquement au devoir de divulguer. Il est donc préférable, à mon avis, d'appliquer la norme objective à la question de la causalité.

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

Ces observations sont tout aussi convaincantes aujourd'hui qu'elles l'étaient au moment où elles ont été faites. Le critère énoncé comprend une combinaison de facteurs objectifs et subjectifs qui permettent de déterminer si l'omission de divulguer a vraiment causé le préjudice dont se plaint le demandeur. Il commande que le tribunal évalue ce que le patient raisonnable, placé dans la même situation que le demandeur, aurait fait s'il avait eu à choisir. Le juge des faits doit prendre en considération les «inquiétudes particulières» du patient et «toute considération spéciale touchant [le] patient» quand il tranche la question de savoir si ce dernier aurait refusé le traitement, s'il avait reçu tous les renseignements au sujet des risques possibles.

Notre Cour a récemment eu l'occasion de réexaminer le critère objectif modifié dans *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634. Au nom de la majorité, le juge La Forest a décidé qu'il convenait d'appliquer un critère subjectif dans une action contre un fabricant de prothèses mammaires pour déterminer si l'omission de faire une mise en garde contre les risques inhérents à l'utilisation des prothèses avait causé le préjudice. Toutefois, il a explicitement déclaré qu'il fallait continuer d'appliquer le critère objectif modifié dans une action

unique policy concerns associated with the doctor-patient relationship, which justify the modification of the usual approach to causation followed in other tortious actions.

... the duty of the doctor is to give the best medical advice and service he or she can give to a particular patient in a specific context. It is by no means coterminous with that of the manufacturer of products used in rendering that service. The manufacturer, on the other hand, can be expected to act in a more self-interested manner. In the case of a manufacturer, therefore, there is a greater likelihood that the value of a product will be overemphasized and the risk underemphasized. It is, therefore, highly desirable from a policy perspective to hold the manufacturer to a strict standard of warning consumers of dangerous side effects to these products.

To elaborate on the distinction between manufacturers and doctors, I believe it is important to note that negligence actions against members of the medical profession based on a failure to warn will inevitably be hypothetical, because they are based on constructing what would have happened if the patient had been fully informed of the risks of a procedure. This introduces a degree of uncertainty into the analysis. Often, this uncertainty will be increased by the difficulty of determining the extent of a doctor's obligation to inform in a case where, based upon his or her professional knowledge and experience, the doctor believed that the risk was too insignificant to warrant advising the patient of it. On the other hand, pharmaceutical manufacturers have no reason not to provide the medical profession at least, if not the public generally, with all available information concerning the medication they put on the market. It follows that it is eminently sensible to apply a more flexible standard of causation to doctors than to manufacturers.

intentée par un patient contre un médecin pour négligence. À la p. 675, il met en évidence les considérations de principe particulières, rattachées à la relation patient-médecin, qui justifient la modification de la méthode habituellement suivie en matière de causalité dans les autres types d'action en responsabilité civile délictuelle:

... le devoir du médecin est de donner à son patient, dans un contexte donné, les meilleurs conseils et services médicaux possibles. Il ne coïncide aucunement avec celui du fabricant des produits utilisés dans la prestation de ces services. On peut s'attendre à ce que le fabricant, pour sa part, agisse de façon plus intéressée. Dans son cas, il y a donc une plus grande probabilité que la valeur du produit soit exagérée et les risques minimisés. Il est donc hautement souhaitable, sur le plan des principes, de lui appliquer une norme stricte en ce qui concerne les mises en garde contre les effets secondaires dangereux de ces produits.

Au sujet de la distinction établie entre fabricants et médecins, je tiens à souligner que les actions pour négligence dirigées contre des membres du corps médical et fondées sur l'omission de divulguer sont inévitablement hypothétiques, parce qu'elles reposent sur l'interprétation de ce qui se serait passé si le patient avait été bien informé des risques que comportait une intervention chirurgicale. L'analyse comporte donc un degré d'incertitude. Souvent, cette incertitude sera augmentée par la difficulté que pose la détermination de l'étendue de l'obligation du médecin d'informer dans les cas où, en faisant fond sur ses connaissances et son expérience professionnelles, le médecin a jugé que le risque était trop peu important pour justifier une mise en garde au patient. En revanche, les fabricants de produits pharmaceutiques n'ont aucune raison de ne pas fournir au moins aux médecins, sinon à l'ensemble de la population, tous les renseignements qu'ils possèdent sur le médicament qu'ils mettent en marché. Il s'ensuit qu'il est éminemment judicieux d'appliquer une norme de causalité plus souple dans le cas des médecins que dans celui des fabricants.

⁸ Sopinka J. (McLachlin J. concurring) wrote a dissenting opinion in *Hollis*, but he joined with the majority in endorsing the modified objective test from *Reibl*. He also elaborated upon the advan-

Le juge Sopinka a émis une opinion dissidente (partagée par le juge McLachlin) dans *Hollis*, mais a souscrit à l'instar de la majorité au critère objectif modifié établi dans *Reibl*. Il a également exposé

tages of this approach to causation. A subjective approach, he explained, fails to take into account the inherent unreliability of the self-serving assertion of a plaintiff. The plaintiff may honestly believe that he would not have consented to a procedure if all the risks were disclosed. However, this is only the plaintiff's opinion about what he would have done in a situation which never arose. As such, the opinion may be honestly held and given, but rejected by the trier of fact. As Sopinka J. stated at pp. 688-89:

In evaluating the opinion, the trier of fact must discount its probity not only by reason of its self-serving nature, but also by reason of the fact that it is likely to be coloured by the trauma occasioned by the failed procedure. For this reason, the most reliable approach in determining what would in fact have occurred is to test the plaintiff's assertion by reference to objective evidence as to what a reasonable person would have done. [Emphasis in original.]

At p. 690, Sopinka J. stated his preference for the modified objective standard:

The *Reibl* approach is a more reliable method of determining what [the plaintiff's] choice would have been. The subjective test places too much of a premium on the plaintiff's present belief as to what it would have been.

In the end, therefore, both the majority and minority judgments explicitly endorsed the continued application of the modified objective test from *Reibl* for negligence actions by a patient against a doctor. The decision in *Hollis* is a very strong and recent affirmation of the *Reibl* test and should not be lightly disregarded.

Some of the criticisms directed at the *Reibl* test may stem from confusion as to what Laskin C.J. intended in his adoption of a modified objective test. The uncertainty surrounds the basic premise that the test depends upon the actions of a reasonable person in the plaintiff's circumstances. Which aspects of the plaintiff's personal circumstances should be attributed to the reasonable person?

les avantages de cette méthode pour déterminer la causalité. La méthode subjective, a-t-il expliqué, ne tient pas compte du manque de fiabilité inhérent de la déclaration intéressée du demandeur. Celui-ci peut être tout à fait sincère lorsqu'il affirme qu'il n'aurait pas consenti à l'opération si tous les risques lui avaient été divulgués. Cependant, il s'agit seulement de son opinion sur la conduite qu'il aurait adoptée dans une situation qui ne s'est pas produite. L'opinion peut donc être formée et donnée honnêtement, sans pour autant être admise par le juge des faits. Comme le dit le juge Sopinka, aux pp. 688 et 689:

Dans l'appréciation de cette opinion, le juge des faits doit accorder moins d'importance à sa probité non seulement à cause du caractère intéressé qu'elle revêt, mais aussi parce qu'elle risque d'être influencée par le traumatisme occasionné par l'intervention manquée. C'est pourquoi la méthode la plus fiable pour déterminer ce qui se serait vraiment produit consiste à examiner l'affirmation de la demanderesse en fonction d'une preuve matérielle de ce qu'une personne raisonnable aurait fait. [Souligné dans l'original.]

À la p. 690, il dit préférer la norme objective modifiée:

Le critère suivi dans l'arrêt *Reibl* est une méthode plus fiable pour déterminer quel aurait été [le] choix [du demandeur]. Le critère subjectif accorde un avantage trop grand à la croyance actuelle du demandeur quant à ce qu'aurait été son choix.

En dernière analyse, donc, tant la majorité que la minorité ont explicitement déclaré qu'il convenait de continuer d'appliquer le critère objectif modifié, énoncé dans *Reibl*, dans les actions pour négligence intentées par des patients contre un médecin. La décision *Hollis*, qui est très récente, réaffirme très vigoureusement le critère de *Reibl* et ne doit pas être écartée à la légère.

Certaines des critiques visant le critère de *Reibl* s'expliquent peut-être par la confusion au sujet de ce que le juge en chef Laskin avait à l'esprit en adoptant un critère objectif modifié. L'incertitude concerne la prémisse fondamentale voulant que le critère repose sur ce qu'aurait fait une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur. Quels sont les aspects de la situation particulière

There is no doubt that objectively ascertainable circumstances, such as a plaintiff's age, income, marital status, and other factors, should be taken into consideration. However, Laskin C.J. didn't stop there. He went on and stated that "special considerations" affecting the particular patient should be considered, as should any "specific questions" asked of the physician by the patient. In my view this means that the "reasonable person" who sets the standard for the objective test must be taken to possess the patient's reasonable beliefs, fears, desires and expectations. Further, the patient's expectations and concerns will usually be revealed by the questions posed. Certainly, they will indicate the specific concerns of the particular patient at the time consent was given to a proposed course of treatment. The questions, by revealing the patient's concerns, will provide an indication of the patient's state of mind, which can be relevant in considering and applying the modified objective test.

du demandeur qui doivent être attribués à la personne raisonnable? Il ne fait aucun doute que des caractéristiques objectivement vérifiables, telles que l'âge, le revenu, l'état matrimonial, etc., doivent être prises en compte. Toutefois, le juge en chef Laskin est allé plus loin. Il a dit qu'il y avait lieu de tenir compte de toute «considération spéciale» touchant un patient donné, ainsi que des «questions précises» qu'il a pu poser au médecin. Il faut donc, à mon sens, tenir pour acquis, eu égard au critère objectif, que la «personne raisonnable» en fonction de laquelle la norme est établie, possède les croyances, les craintes, les désirs et les attentes raisonnables du patient. En outre, les attentes et les inquiétudes du patient seront d'ordinaire révélées par les questions qu'il a posées. Sans aucun doute, elles permettront de connaître les inquiétudes particulières du patient en cause au moment où il a consenti au traitement proposé. En révélant les inquiétudes du patient, les questions fourniront une indication de son état d'esprit, qui peut être pertinent dans l'examen et dans l'application du critère objectif modifié.

10

An example may serve to illustrate this. Imagine a patient considering plastic surgery on his nose. During a pre-operative consultation, the patient asks if the surgery will affect his sense of smell. The physician fails to fairly and adequately explain the attendant risks to this sensory function and does not mention that a certain percentage of patients suffer a permanent loss of a small fraction of their ability to smell. After the surgery, the patient can no longer smell with the same acuity food that is cooking. Under Laskin C.J.'s test in *Reibl*, the patient's question about the risks to his sense of smell are clearly relevant. The question posed suggests that the patient had a special concern about losing the sense of smell. This is not an unreasonable concern. The loss of a keen sensory perception of smell which is so closely related to the sense of taste is crucial to both those who artistically prepare and those who have a particular appreciation for finely prepared food. This special fear of the loss of a keen sense of smell could be considered by the trier of fact in determining whether the reasonable person with the particular

Je vais le démontrer par un exemple. Imaginons un patient qui songe à la chirurgie esthétique pour son nez. Au cours d'une consultation avant l'opération, il demande au chirurgien si son odorat sera émoussé par suite de l'intervention. Ce dernier ne lui explique pas complètement et adéquatement les risques inhérents pour son odorat et ne mentionne pas qu'un certain pourcentage de patients subissent une perte minime permanente de l'odorat. Après l'opération, le patient ne sent plus aussi bien les aliments qui cuisent. Selon le critère énoncé par le juge en chef Laskin dans *Reibl*, la question posée par le patient au sujet des risques de perte de l'odorat est de toute évidence pertinente, indiquant qu'il s'inquiétait précisément de ce risque. Cette inquiétude n'a rien de déraisonnable. La diminution de l'acuité de l'odorat, sens qui est étroitement lié au goût, est critique pour les artistes culinaires et pour ceux qui apprécient particulièrement la bonne cuisine. Cette crainte particulière de perte d'acuité de l'odorat pourrait être prise en compte par le juge des faits pour déterminer si la personne raisonnable manifestant l'inquiétude particulière du deman-

expressed concern of the plaintiff would have consented to the proposed course of treatment if all the risks had been disclosed.

As another example, let us consider a patient who asks his doctor about a proposed procedure, and particularly poses questions as to whether there might be any effect on his hearing, without advising the doctor of his particular passion for the singing of operatic sopranos. If the doctor fails to inform the patient of the possibility that the procedure could limit his ability to hear in the upper ranges, the *Reibl* test would allow the trier of fact to consider the questions posed by the patient in determining whether he would have consented to the proposed treatment if he had been properly informed of all the risks. Again, the questions asked by this patient may act as an indication of his own reasonable fears and concerns, which are appropriate modifiers of the hypothetical reasonable person.

As further evidence that the patient's state of mind is relevant to the *Reibl* test, Laskin C.J. goes on at pp. 899-900 to caution that the trier of fact may only take into account those particular concerns of the patient which are reasonable:

[T]he patient's particular concerns must also be reasonably based. . . . Thus, for example, fears which are not related to the material risks which should have been but were not disclosed would not be causative factors.

Clearly, evidence of reasonable fears and concerns can be taken into consideration and this is evidence which could go to establishing the plaintiff's subjective state of mind. Therefore, it is apparent that Laskin C.J. intended that the reasonable subjective beliefs of the patient should be attributed to the hypothetical reasonable person used to set the objective standard in order to properly reflect the circumstances of the plaintiff.

If the patient's fears and beliefs were not considered when assessing how the "reasonable person in the patient's position" would have responded had all risks of a procedure been disclosed, absurd ver-

deur aurait consenti à l'intervention proposée si tous les risques lui avaient été divulgués.

Prenons un autre exemple. Un patient pose à son médecin, au sujet d'une opération proposée, des questions qui touchent en particulier ses conséquences sur son ouïe, sans l'informer qu'il se passionne pour les voix de sopranos. Si le médecin ne l'informe pas de la possibilité que l'opération affecte sa capacité de percevoir les aigus, le critère de *Reibl* permettrait au juge des faits de tenir compte des questions posées par le patient pour déterminer s'il aurait consenti au traitement proposé s'il avait été informé adéquatement de tous les risques. Encore une fois, les questions posées par le patient tendent à établir ses propres craintes et inquiétudes raisonnables, que le tribunal peut à bon escient prêter en retour à la personne raisonnable hypothétique.

Pour preuve que l'état d'esprit du patient est pertinent par rapport au critère établi dans *Reibl*, je vais citer un autre passage où le juge en chef Laskin, aux pp. 899 et 900, signale que le juge des faits ne peut tenir compte des inquiétudes particulières du patient que si elles sont raisonnables:

[L]es inquiétudes particulières du patient doivent également avoir un fondement raisonnable [. . .] Ainsi, par exemple, les craintes non reliées aux risques importants qui n'ont pas été divulgués bien qu'ils eussent dû l'être, ne seraient pas des facteurs de causalité.

De toute évidence, la preuve des craintes et des inquiétudes raisonnables peut être prise en considération; en outre, elle peut servir à établir l'état d'esprit subjectif du demandeur. En conséquence, il appert que le juge en chef Laskin voulait que les croyances subjectives raisonnables du patient soient attribuées à la personne raisonnable hypothétique en fonction de laquelle la norme objective est établie, de façon à refléter correctement la situation du demandeur.

Des verdicts absurdes pourraient résulter du défaut de prendre en compte les craintes et les croyances du patient, au moment de déterminer comment la «personne raisonnable placée dans la

11

12

13

dicts could be produced. For example, let us suppose that a plaintiff brought an action based on her doctor's failure to disclose that there was a very significant risk of her giving birth to a disabled child, that the risk was material and the only issue was causation. If the plaintiff's beliefs are not to be considered, the trier of fact could conclude that a reasonable person in the position of the plaintiff would have chosen to terminate the pregnancy and find in favour of the patient even if the plaintiff was so resolutely and unalterably opposed to abortion that she would never have terminated the pregnancy. The failure to disclose would not have been the actual cause of the harm. Despite this, under the purely objective standard, the plaintiff could recover. This example demonstrates why it is important to include some subjective aspects in the assessment of what the reasonable person in the position of the plaintiff would have done if all the risks had been disclosed.

situation du patient» aurait agi si tous les risques que comporte une intervention chirurgicale lui avaient été divulgués. Par exemple, supposons qu'une demanderesse ait intenté une action fondée sur l'omission du médecin de divulguer un risque très élevé de mise au monde d'un enfant handicapé, que le risque soit important et que la seule question à trancher soit la causalité. S'il convient de ne pas tenir compte des croyances de la demanderesse, le juge des faits pourrait conclure qu'une personne raisonnable placée dans la situation de celle-ci aurait choisi d'avorter, et donner gain de cause à la patiente, même si la demanderesse était si résolument et immuablement opposée à l'avortement qu'elle n'aurait jamais interrompu sa grossesse. L'omission de divulguer n'aurait pas été la cause véritable du préjudice. Et pourtant, selon la norme purement objective, la demanderesse pourrait avoir gain de cause. Cet exemple montre pourquoi il importe d'inclure certains aspects subjectifs dans l'appréciation de ce qu'une personne raisonnable aurait fait à la place du demandeur si tous les risques avaient été divulgués.

14 Laskin C.J. carefully noted that purely subjective fears which are not related to the material risks should not be taken into account in applying the modified objective test. In other words, fears which are idiosyncratic, which do not relate directly to the material risks of a proposed treatment and which would often be unknown to a physician, cannot be considered. This is what ensures that the objective standard truly is based on the actions of a "reasonable person". It means that a doctor will not be held responsible for damages attributable to a plaintiff's idiosyncrasies. It ensures that a plaintiff would not be able to successfully prove causation simply by demonstrating an irrational fear which, had the physician disclosed all the risks, would have convinced the plaintiff to forego medical treatment. For example, if a doctor failed to tell the patient that one of the risks of a procedure was an allergic reaction which could cause a temporary red rash on the skin, and the patient had an irrational belief that a rash is a highly significant and dangerous sign of evil spirits in the body, the patient could not successfully prove causation by demonstrating that he would

Le juge en chef Laskin a pris soin de faire remarquer que les craintes purement subjectives qui ne sont pas reliées aux risques importants ne doivent pas être prises en compte dans l'application du critère objectif modifié. Autrement dit, les craintes qui sont propres au patient, qui ne se rapportent pas directement aux risques importants d'un traitement proposé et dont le médecin ignorera souvent l'existence, ne peuvent pas être prises en compte. C'est ce qui garantit que la norme objective est vraiment fondée sur ce qu'aurait fait une «personne raisonnable». Cela signifie que le médecin ne sera pas tenu responsable des dommages attribuables aux particularités du demandeur. Cela garantit qu'un demandeur ne pourrait pas démontrer la causalité simplement en faisant la preuve d'une crainte irrationnelle qui, si le médecin avait divulgué tous les risques, aurait convaincu le demandeur de renoncer au traitement médical. Par exemple, si le médecin a omis de dire au patient qu'un des risques inhérents à l'intervention était une réaction allergique pouvant causer une urticaire temporaire et que le patient ait cru, irrationnellement, que l'urticaire était un signe très

not have proceeded with the treatment on the basis of this irrational fear.

Reibl is a very significant and leading authority. It marks the rejection of the paternalistic approach to determining how much information should be given to patients. It emphasizes the patient's right to know and ensures that patients will have the benefit of a high standard of disclosure. At the same time, its modified objective test for causation ensures that our medical system will have some protection in the face of liability claims from patients influenced by unreasonable fears and beliefs, while still accommodating all the reasonable individual concerns and circumstances of plaintiffs. The test is flexible enough to enable a court to take into account a wide range of the personal circumstances of the plaintiff, and at the same time to recognize that physicians should not be held responsible when the idiosyncratic beliefs of their patients might have prompted unpredictable and unreasonable treatment decisions.

The *Reibl* test has had the desired effect of ensuring that patients have all the requisite information to make an informed decision regarding the medical procedure they are contemplating. Members of the medical and legal professions are familiar with its requirements. It strikes a reasonable balance, which cannot be obtained through either a purely objective or a purely subjective approach. A purely subjective test could serve as an incitement for a disappointed patient to bring an action. The plaintiff will invariably state with all the confidence of hindsight and with all the enthusiasm of one contemplating an award of damages that consent would never have been given if the disclosure required by an idiosyncratic belief had been made. This would create an unfairness that cannot be accepted. It would bring inequitable and unnecessary pressure to bear upon the overburdened medical profession. On the other hand, a purely objective test which would set the standard by a

grave et dangereux de la présence de mauvais esprits dans le corps, le patient ne pourrait pas faire ainsi la preuve de la causalité en montrant qu'il n'aurait pas accepté le traitement en raison de cette crainte irrationnelle.

Reibl est un arrêt de principe très important. Il marque le rejet de l'attitude paternaliste dans la détermination de la teneur des renseignements qu'il faut donner aux patients. Il met l'accent sur le droit du patient de savoir et fait en sorte que les patients profitent d'une norme de divulgation très élevée. Néanmoins, le critère objectif modifié qu'il établit en matière de causalité fait en sorte que notre système médical jouisse d'une certaine protection contre les actions en responsabilité intentées par des patients influencés par des craintes et des croyances déraisonnables, tout en tenant compte de toutes les inquiétudes et particularités raisonnables des demandeurs. Le critère est assez souple pour permettre au tribunal de prendre en compte un large éventail des particularités du demandeur, tout en reconnaissant que les médecins ne doivent pas être tenus responsables lorsque les croyances particulières de leurs patients ont pu les amener à prendre, relativement au traitement, des décisions imprévisibles et déraisonnables.

Le critère de *Reibl* a eu l'effet voulu: faire en sorte que les patients reçoivent tous les renseignements requis pour prendre une décision éclairée au sujet de l'intervention chirurgicale qu'ils envisagent. Les membres des corps médical et juridique connaissent bien ses exigences. Il représente un équilibre raisonnable, que ne permettrait pas d'obtenir une méthode purement objective ou purement subjective. Un critère purement subjectif pourrait inciter les patients déçus à engager une action en justice. Le demandeur dira invariablement avec toute la confiance que lui donne l'avantage du recul et avec tout l'enthousiasme de celui qui anticipe une indemnité qu'il n'aurait jamais donné son consentement si la divulgation commandée par une croyance particulière lui avait été faite. L'injustice qui en résulterait est inacceptable; une pression inéquitable serait exercée inutilement sur un corps médical surchargé. Par ailleurs, un critère purement objectif qui établirait la norme en fonction

15

16

reasonable person without the reasonable fears, concerns and circumstances of the particular plaintiff would unduly favour the medical profession.

17 It has been said that a subjective test, despite its dangers, is the most logical. Yet pure logic cannot achieve the fairness attained by the application of *Reibl* test. It is said that there is nothing to distinguish between the subjective test and the modified objective test. If that were the case there could be no grounds for complaint from those who favour the subjective test. Yet in my view there is a very real distinction. The modified objective test serves to eliminate from consideration the honestly held but idiosyncratic and unreasonable or irrational beliefs of patients. The *Reibl* test is fair and has recently been approved in the *Hollis* case. No useful purpose would be served by changing it. Indeed, to do so may unnecessarily add to the high cost of providing medical care. In short, I see no reason to abandon the modified objective test to causation set down in *Reibl*, a test which asks whether a reasonable person in the circumstances of the plaintiff would have consented to the proposed treatment if all the risks had been disclosed.

18 Turning now to this appeal, it is appropriate to infer from the evidence that a reasonable person in the plaintiff's position would not have decided to terminate her pregnancy in the face of the very small increased risk to the fetus posed by her exposure to the virus which causes chickenpox. Ms. Arndt did make a very general inquiry concerning the risks associated with maternal chickenpox. However, it should not be forgotten that the risk was indeed very small. In the absence of a specific and clearly expressed concern, there was nothing to indicate to the doctor that she had a particular concern in this regard. It follows that there was nothing disclosed by Ms. Arndt's question which could be used by the trier of fact as an indication of a particular fear regarding the possibility of giving birth to a disabled child which should be attributed to the hypothetical reasonable person in the patient's situation. Further, factors such as the plaintiff's desire for children and her suspicion of

d'une personne raisonnable dénuée des craintes, inquiétudes et particularités individuelles propres au demandeur, favoriserait indûment les médecins.

On a dit qu'un critère subjectif, en dépit de ses dangers, était le plus logique. Pourtant, la logique seule ne saurait assurer l'équité que permet l'application du critère de *Reibl*. D'aucuns prétendent que rien ne distingue le critère subjectif et le critère objectif modifié. Si tel était le cas, ceux qui préféreraient le critère subjectif n'auraient pas de sujet de plainte. Néanmoins, j'estime qu'il est possible d'opérer une distinction très réelle. Le critère objectif modifié permet de ne pas tenir compte des croyances sincères mais particulières des patients, qui sont déraisonnables ou irrationnelles. Le critère de *Reibl* est équitable et a récemment été approuvé dans l'arrêt *Hollis*. Il ne serait pas utile de le modifier. En effet, modifier ce critère serait risquer d'accroître inutilement le coût élevé des soins de santé. Bref, je ne vois aucune raison d'abandonner le critère objectif modifié en matière de causalité qui est énoncé dans l'arrêt *Reibl* et qui consiste à déterminer si une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur aurait consenti au traitement proposé si tous les risques avaient été divulgués.

Pour ce qui est du présent pourvoi, on peut à bon droit inférer de la preuve qu'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse n'aurait pas décidé d'interrompre sa grossesse, une fois informée de l'augmentation très faible du risque auquel le virus qui cause la varicelle exposait le fœtus. Madame Arndt a posé une question très générale au sujet des risques associés à la varicelle chez la femme enceinte. Toutefois, il ne faut pas oublier que le risque était, de fait, très faible. La patiente n'ayant pas manifesté clairement une inquiétude au sujet de ce risque précis, aucun indice ne pouvait permettre au médecin de croire que ce point l'inquiétait particulièrement. Il s'ensuit que le juge des faits ne pouvait déduire de la question posée par M^{me} Arndt aucune indication d'une crainte particulière, relativement à la possibilité de donner naissance à un enfant handicapé, qu'il convenait d'attribuer à la personne raisonnable hypothétique placée dans la situation de la

the mainstream medical profession can be taken into consideration when determining what a reasonable person in the plaintiff's position would have done if informed of the risks. It is not necessary to assess the relative importance these beliefs would have in the determination of the question of causation. It is sufficient to observe that all these are factors indicating the state of mind of the plaintiff at the time she would have had to make the decision, and therefore may be properly considered by the trier of fact. I agree with the trial judge that the failure to disclose some of the risks to the fetus associated with maternal chickenpox did not affect the plaintiff's decision to continue the pregnancy to term. It follows that the failure to disclose did not cause the financial losses for which the plaintiff is seeking compensation.

I would allow this appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and reinstate the judgment of the trial judge. The defendant should have her costs of the proceedings in this Court and the courts below.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA AND IACOBUCCI JJ. (dissenting) — We have read the reasons of our colleague McLachlin J. We agree with her analysis of the *Limitation Act* issue and also agree with much of her analysis on causation. In particular, we agree that the appropriate test of causation in the present circumstances is not to ask what the “reasonable person” would have done in the position of the plaintiff Ms. Arndt, but rather the appropriate test is to ask what Ms. Arndt herself would have done had she been fully apprised of the risks to the fetus resulting from her chickenpox. We respectfully disagree, however, with McLachlin J.'s proposed disposition of the present appeal.

McLachlin J. concludes that the trial judge in the instant case applied the appropriate test of cau-

patiente. De plus, des facteurs comme le désir de la demanderesse d'avoir des enfants et son scepticisme envers la médecine traditionnelle peuvent être pris en compte dans la détermination de ce qu'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse aurait fait si elle avait été informée des risques. Il n'est pas nécessaire d'évaluer l'importance relative de ces croyances pour trancher la question de la causalité. Il suffit de faire observer que ce sont tous des facteurs indiquant l'état d'esprit de la demanderesse au moment où elle aurait eu à prendre sa décision et que, par conséquent, ils peuvent à juste titre être pris en considération par le juge des faits. Je suis d'avis comme le juge de première instance que l'omission de divulguer certains des risques d'atteinte au fœtus associés à la varicelle chez la mère n'a pas joué dans la décision de la demanderesse de le mener à terme. Il s'ensuit que l'omission de divulguer n'a pas causé les pertes financières pour lesquelles elle demande réparation.

Je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge de première instance. La défenderesse a droit à ses dépens devant notre Cour et les juridictions inférieures.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES SOPINKA ET IACOBUCCI (dissidents) — Nous avons lu les motifs de notre collègue le juge McLachlin. Nous souscrivons à son analyse de la question relative à la *Limitation Act*, ainsi qu'à une grande partie de son analyse concernant la causalité. En particulier, nous sommes d'avis comme elle que le critère approprié de la causalité dans le cas présent ne consiste pas à se demander ce qu'aurait fait une «personne raisonnable» placée dans la même situation que la demanderesse M^{me} Arndt, mais bien ce que cette dernière aurait fait si elle avait été informée adéquatement des risques d'atteinte à son fœtus que comportait la varicelle. En toute déférence, nous ne pouvons cependant pas souscrire à la solution que le juge McLachlin propose d'apporter au présent pourvoi.

Elle conclut que le juge de première instance en l'espèce a appliqué le bon critère de la causalité en

19

20

21

sation by asking himself whether the particular plaintiff at bar would have carried the fetus to term had she been fully apprised of the risks. She states at para. 34 that while the trial judge “allud[ed] to a ‘reasonable person’ test, [he] asked himself whether, on all the evidence, the plaintiff would have chosen to abort her pregnancy had she been advised of the risk of injury to her fetus from her chickenpox.” She further states at para. 69 that the trial judge simply “paid lip service to the reasonable person test”. We cannot agree with her conclusion in this regard.

22 In our view, the trial judge applied an objective test. In the alternative, at best the reasons for judgment are unclear as to which test was applied. In the further alternative, even if the trial judge did purport to apply a nominally subjective test, in doing so, he wrongly disregarded the testimony of the plaintiff, on the basis that it could play no role in his causation analysis. The presence of any one of these alternatives necessitates a new trial.

23 Certain portions of the judgment are consistent with the application of a subjective test. For example, as McLachlin J. points out, the trial judge stated ((1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, at p. 223):

In the case at bar, I find Ms. Arndt would have chosen in foresight to carry Miranda to full term had she been fully cognizant of all the risks and the chance of such risks occurring.

24 However, in our opinion, other parts of the trial judge’s reasons indicate that the causation test applied was not subjective, as McLachlin J. maintains, but rather objective. On more than one occasion, the trial judge emphasized the need to determine causation according to an objective standard. For example, he said (at p. 222):

If a physician fails to warn his or her patient of all material risks, the issue of whether that patient would have requested a therapeutic abortion had she been

se demandant si la demanderesse en cause aurait mis son enfant au monde si elle avait été bien informée des risques. Elle dit, au par. 34: «Le juge de première instance a certes fait allusion au critère de la «personne raisonnable», mais il s’est demandé, à la lumière de tous les éléments de preuve, si la demanderesse aurait opté pour l’avortement si elle avait été informée du risque que son fœtus soit affecté par la varicelle.» Elle ajoute, au par. 69, que le juge de première instance a simplement «examiné pour la forme le critère de la personne raisonnable». Nous nous trouvons dans l’obligation d’exprimer notre désaccord avec sa conclusion sur ce point.

À notre avis, le juge de première instance a appliqué un critère objectif. Subsidièrement, au mieux les motifs du jugement ne disent pas clairement quel critère a été appliqué. Subsidièrement encore, même s’il prétendait appliquer un critère subjectif de nom, en appliquant celui-ci, le juge a écarté à tort le témoignage de la demanderesse, parce que ce témoignage ne pouvait pas jouer dans son analyse de la causalité. La possibilité de tirer l’une ou l’autre de ces conclusions subsidiaires justifie la tenue d’un nouveau procès.

Certaines parties du jugement sont conciliables avec l’application d’un critère subjectif. Par exemple, comme le juge McLachlin le souligne, le juge de première instance dit ce qui suit ((1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, à la p. 223):

[TRADUCTION] J’estime que M^{me} Arndt aurait, a priori, choisi de mettre Miranda au monde si elle avait reçu toute l’information sur la nature et la probabilité des risques auxquels son fœtus était exposé.

Toutefois, à notre avis, d’autres parties des motifs du juge de première instance indiquent que le critère de la causalité appliqué n’est pas subjectif, comme l’affirme le juge McLachlin, mais objectif. Plus d’une fois, le juge de première instance a mis en évidence la nécessité de déterminer la causalité selon une norme objective. Par exemple, il dit ceci (à la p. 222):

[TRADUCTION] Si le médecin n’avertit pas sa patiente de tous les risques importants, le juge des faits doit, en tenant compte de la patiente et de sa situation particu-

advised of those risks must be determined objectively by the trier of fact after taking into account the patient and her particular circumstances. [Emphasis added.]

And, later in his reasons (at p. 230):

[W]here a pregnant woman has not been fully warned of all risks faced by her fetus, and then makes an uninformed consent regarding abortion, the law dictates that trial judges must determine, on an objective basis, whether or not a “reasonable and prudent” expectant mother would have undergone a therapeutic abortion had she been adequately warned. [Emphasis added.]

The most telling argument against the view that the trial judge applied a subjective test is his treatment of the evidence of the plaintiff. Under the subjective test, the function of the objective evidence is to test the reliability of the plaintiff’s assertion as to what her conduct would have been if properly warned. The plaintiff’s evidence is crucial in this regard. While the plaintiff’s evidence must be evaluated by reference to its reasonableness, in the final analysis it is the plaintiff’s evidence that is either accepted or rejected. In the instant case, having adverted to the plaintiff’s testimony that she would have aborted the fetus if fully informed of the relevant risks, the trial judge goes on to imply that this testimony is not relevant. He said (at p. 235):

Given my finding of Dr. Smith’s negligence, I must now determine if Ms. Arndt would have aborted her fetus had she received sufficient information. Ms. Arndt testified that she would have aborted her pregnancy if she had been told of “any risk of abnormalities at all”. I must, however, determine this issue objectively, replacing the actual plaintiff with the “reasonable and prudent” expectant mother. [Emphasis added.]

Thus, the trial judge repeatedly referred to the pivotal role played in his causation analysis by the “reasonable and prudent expectant mother” and did not consider the plaintiff’s evidence because of his

lière, trancher objectivement la question de savoir si la patiente aurait demandé un avortement thérapeutique si elle avait été informée de ces risques. [Nous soulignons.]

Puis, il ajoute (à la p. 230):

[TRADUCTION] [L]orsqu’une femme enceinte n’a pas été avertie adéquatement de tous les risques auxquels son fœtus est exposé, et donne son consentement à l’avortement sans détenir toute l’information nécessaire, la loi commande que le juge de première instance détermine, objectivement, si une femme enceinte «raisonnable et prudente» se serait soumise à un avortement thérapeutique si elle avait été avertie adéquatement. [Nous soulignons.]

L’argument le plus révélateur contre la thèse voulant que le juge de première instance ait appliqué un critère subjectif est la façon dont il a traité le témoignage de la demanderesse. Suivant le critère subjectif, la fonction de la preuve objective est de permettre de vérifier la plausibilité de l’assertion du demandeur sur la conduite qu’il aurait adoptée s’il avait été averti adéquatement. Le témoignage du demandeur est très important à cet égard. Quoiqu’il doive être apprécié selon la norme du caractère raisonnable, en dernière analyse, c’est le témoignage du demandeur qui est soit accepté, soit rejeté. En l’espèce, après s’être référé au témoignage de la demanderesse selon lequel elle aurait interrompu sa grossesse si elle avait été informée adéquatement des risques pertinents, le juge de première instance a donné à entendre que ce témoignage n’était pas pertinent. Voici ce qu’il dit (à la p. 235):

[TRADUCTION] Étant donné que j’ai conclu à la négligence de la Dr^e Smith, je dois maintenant déterminer si M^{me} Arndt aurait opté pour l’avortement s’il elle avait reçu suffisamment d’information. Cette dernière a témoigné qu’elle aurait interrompu sa grossesse si elle avait été informée d’un «risque de malformation quel qu’il soit». Je dois, toutefois, trancher cette question objectivement, en substituant à la demanderesse en cause une femme enceinte «raisonnable et prudente». [Nous soulignons.]

En conséquence, le juge de première instance s’est reporté à plusieurs reprises, dans son analyse de la causalité, à l’importance décisive du concept de la «femme enceinte raisonnable et prudente» et

25

26

view of the objective nature of the causation test. Given these clear statements by the trial judge, we cannot agree with McLachlin J.'s conclusion that, in fact, the trial judge applied a subjective test. On the contrary, we would conclude that the trial judge purported in substance to apply an objective test. At best, the trial judge's reasons are unclear on the question of which test for causation was applied. This lack of clarity itself would warrant a new trial.

27 Even if it is held that the trial judge did apply a subjective test, the failure to consider the testimony of the plaintiff would constitute an error of law. As set out above, while disregard for the plaintiff's testimony may be consistent with an objective test for causation, it is not consistent with the subjective test, a test which seeks to ascertain how this plaintiff would have acted if fully informed of the relevant risks. Of course, a trial judge need not accept the plaintiff's evidence, but he or she must at least consider it in determining whether this particular plaintiff would have acted differently had the negligence not occurred. Therefore, in our view, even if the trial judge applied a subjective test, he erred in refusing to consider Ms. Arndt's testimony.

28 To illustrate the importance of testimony in this context, suppose a hypothetical plaintiff is negligently ill-informed of the risks of a particular medical treatment and the treatment goes awry, causing injury to the plaintiff. Suppose further that there is evidence that almost every patient in the plaintiff's situation would not take this treatment if fully informed. While other evidence suggests that the plaintiff should succeed, if the plaintiff testifies that she would have gone ahead with the treatment even if informed and the trial judge accepts this testimony, the plaintiff cannot succeed. Conversely, if there is evidence indicating that almost every patient would have taken the treatment despite the risks, but the plaintiff testifies that she would not have done so and the trial judge accepts

il n'a pas tenu compte du témoignage de la demanderesse, en raison de son point de vue sur la nature objective du critère de la causalité. Vu ces affirmations claires du juge de première instance, nous ne saurions souscrire à la conclusion du juge McLachlin qu'en fait, le juge a appliqué un critère subjectif. Au contraire, nous concluons qu'il prétendait, essentiellement, appliquer un critère objectif. Au mieux, les motifs du juge de première instance ne précisent pas clairement quel critère de la causalité a été appliqué. Ce manque de clarté est en soi de nature à justifier un nouveau procès.

Même s'il était décidé que le juge de première instance a de fait appliqué un critère subjectif, le défaut de tenir compte du témoignage de la demanderesse constituerait une erreur de droit. Répétons-le, ne pas tenir compte du témoignage de la demanderesse peut être conciliable avec un critère objectif de la causalité, mais cela est inconciliable avec le critère subjectif, lequel consiste à se demander ce que la demanderesse en cause aurait fait si elle avait été bien informée des risques pertinents. Naturellement, le juge de première instance n'a pas à accepter le témoignage de la demanderesse, mais il doit à tout le moins en tenir compte pour décider si elle aurait agi différemment n'eût été la négligence. En conséquence, à notre avis, même si le juge de première instance a appliqué un critère subjectif, il a eu tort de refuser de tenir compte du témoignage de M^{me} Arndt.

Pour illustrer l'importance du témoignage dans ce contexte, supposons qu'un demandeur hypothétique ait, par suite d'une négligence, été mal informé des risques que comportait un traitement médical donné et que le traitement ait mal tourné, lui causant un préjudice. Supposons en outre que la preuve établisse que presque tous les patients placés dans la même situation que le demandeur ne se seraient pas soumis à ce traitement, s'ils avaient été bien informés. Bien que d'autres éléments de preuve montrent que le demandeur devrait avoir gain de cause, si ce dernier témoigne qu'il aurait accepté le traitement même s'il avait obtenu l'information et que le juge accepte ce témoignage, le demandeur ne peut pas avoir gain de cause. À l'inverse, si des éléments de preuve indiquent que

this testimony, the plaintiff should succeed. Testimonial evidence, while tested against other available evidence, may be pivotal in each case.

In our view, the trial judge in the present case, by refusing to consider the plaintiff's testimony, misdirected himself and the judgment he reached therefore cannot stand. As an additional reason for this conclusion, the trial judge considered factors such as the plaintiff's preference for homeopathic medicine and the fact that the pregnancy was planned which, in our view, are of dubious assistance in determining what the plaintiff would have done had she been fully informed. It is not at all inconsistent either with a planned pregnancy or with a preference for homeopathic medicine for the plaintiff to claim that she would have had an abortion had she been fully informed of the risks. By basing his conclusion in part on these factors, in our view the trial judge cast further doubt on his finding on causation.

Because of the flaws in the trial judge's consideration of causation, in our view his judgment cannot stand. We would dismiss the appeal and order a new trial on causation, applying the test set out in *McLachlin J.'s* reasons.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. —

I.

The plaintiff Arndt sues for costs associated with rearing her daughter, who was congenitally injured by chickenpox. The plaintiff contends that had her physician properly advised her of the risk of injury to her fetus, she would have aborted the pregnancy and avoided the costs she now incurs. The defendant Smith contends that the plaintiff

presque tous les patients auraient consenti au traitement en dépit des risques, mais que le demandeur témoigne qu'il ne l'aurait pas fait et que le juge accepte son témoignage, le demandeur devrait avoir gain de cause. La preuve testimoniale, encore qu'elle soit appréciée en regard d'autres preuves, peut toujours être décisive.

À notre avis, le juge de première instance en l'espèce s'est trompé en refusant de tenir compte du témoignage de la demanderesse et son jugement ne saurait être maintenu. Cette conclusion s'appuie sur un motif supplémentaire. Le juge de première instance a tenu compte de facteurs comme la préférence de la demanderesse pour l'homéopathie et le fait que la grossesse avait été planifiée, éléments qui, à notre sens, ne sont que d'un secours douteux pour décider ce que la demanderesse aurait fait si elle avait été informée adéquatement. Pour la demanderesse, prétendre qu'elle aurait opté pour l'avortement si elle avait été bien informée des risques ce n'est pas du tout incompatible avec une grossesse planifiée ni avec une préférence pour l'homéopathie. En fondant sa conclusion en partie sur ces facteurs, à notre avis, le juge de première instance a fourni une raison supplémentaire de mettre en doute sa conclusion sur la causalité.

À cause des défauts de l'analyse du juge de première instance concernant la causalité, nous estimons que son jugement doit être réformé. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès sur la question de la causalité, dans lequel le critère énoncé dans les motifs du juge *McLachlin* sera appliqué.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN —

I.

La demanderesse Arndt a intenté cette action pour recouvrer les frais qu'elle doit supporter pour élever sa fille atteinte d'une maladie congénitale due à la varicelle. Elle prétend que si son médecin l'avait bien informée du risque d'atteinte à son fœtus, elle aurait interrompu sa grossesse et évité ces frais. La défenderesse Smith soutient que la

29

30

31

would not have aborted the pregnancy even if she had been fully advised, and therefore asserts that the loss claimed was not caused by the failure to advise of risk. The issue on appeal is what legal principles a trial judge, facing an issue such as this, should apply in determining whether the loss claimed was caused by the failure to advise of the risk.

32 I conclude that the test for causation is what, on a balance of probabilities, the particular plaintiff at bar would have done having regard to all the evidence bearing on the issue, including the medical recommendations she would have received at the time.

II.

33 It is a fundamental rule of tort law that the plaintiff must prove two things. First, the plaintiff must prove that the defendant breached a duty owed to the plaintiff. Second, the plaintiff must prove that the breach caused the loss for which the plaintiff claims damages. The trial judge found the plaintiff had satisfied the first requirement of proving breach, but had failed to establish that she would have had an abortion had she been properly advised. He dismissed her claim on the ground that she had failed to establish that the breach had caused the loss: (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, [1994] 8 W.W.R. 568, 21 C.C.L.T. (2d) 66 (hereinafter cited to B.C.L.R.).

34 The trial judge, although alluding to a “reasonable person” test, asked himself whether, on all the evidence, the plaintiff would have chosen to abort her pregnancy had she been advised of the risk of injury to her fetus from her chickenpox. Evaluating her testimony at trial that she would have had an abortion against the fact that she desired a child, that she was sceptical of “mainstream” medical intervention, that an abortion in the second trimester held increased risks and that an abortion would have required the approval of a committee on health grounds, the trial judge concluded that the plaintiff would not, on a balance of probabilities,

demanderesse n’aurait pas recouru à l’avortement même si elle avait obtenu toute l’information et qu’en conséquence, la perte alléguée n’a pas été causée par l’omission de l’informer du risque. Il s’agit dans le présent pourvoi de décider quels principes juridiques le juge de première instance saisi d’une telle question doit appliquer pour déterminer si la perte dont le demandeur veut être indemnisé a été causée par l’omission d’informer celui-ci.

Je conclus que le critère de la causalité consiste à déterminer, selon la prépondérance des probabilités, ce que le demandeur en cause aurait fait, eu égard à l’ensemble des éléments de preuve pertinents, y compris les recommandations que les médecins lui auraient faites à l’époque.

II.

En droit de la responsabilité délictuelle, une règle fondamentale veut que le demandeur prouve deux choses. D’abord, il doit prouver que le défendeur a manqué à une obligation envers lui. Ensuite, le demandeur doit prouver que le manquement a causé la perte dont il veut être indemnisé. Le juge de première instance a estimé que la demanderesse avait satisfait à la première condition, soit la preuve du manquement, mais n’avait pas établi qu’elle aurait opté pour l’avortement si elle avait été informée adéquatement. Il a rejeté l’action parce que la demanderesse n’avait pas établi que le manquement avait causé la perte: (1994), 93 B.C.L.R. (2d) 220, [1994] 8 W.W.R. 568, 21 C.C.L.T. (2d) 66 (ci-après cité au B.C.L.R.).

Le juge de première instance a certes fait allusion au critère de la «personne raisonnable», mais il s’est demandé, à la lumière de tous les éléments de preuve, si la demanderesse aurait opté pour l’avortement si elle avait été informée du risque que son fœtus soit affecté par la varicelle. Après avoir soupesé, d’une part, son témoignage au procès selon lequel elle aurait avorté, et d’autre part, le fait qu’elle désirait un enfant, qu’elle ne croyait pas beaucoup à la médecine «traditionnelle», qu’un avortement au deuxième trimestre était plus risqué et qu’il aurait fallu l’approbation d’un comité d’avortement thérapeutique, le juge a

have aborted the pregnancy. Also supportive of the trial judge's conclusion was evidence that the risk of serious injury to the fetus was very small and medical advisors would have recommended against an abortion.

The Court of Appeal held that the trial judge applied the wrong test and directed a new trial: (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 201, 126 D.L.R. (4th) 705, [1995] 7 W.W.R. 378, 61 B.C.A.C. 57, 100 W.A.C. 57, 25 C.C.L.T. (2d) 262. Lambert and Wood J.J.A. held that the law required the judge to determine not what this plaintiff would have done, but what a hypothetical reasonable person in her position would have done. Lambert J.A. went on to suggest that the physician's breach should be considered not on the basis of tort, but as a breach of a fiduciary duty to disclose depriving the plaintiff of a choice. Hollinrake J.A. agreed that the test is the reasonable person test, but suggested that the trial judge could take into account the plaintiff's state of mind prior to the breach. He agreed with Wood J.A. that the trial judge had taken matters not in evidence into account and ordered a new trial on this ground.

III.

It is common ground that the plaintiff bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that the breach caused the loss. The question is what the plaintiff must prove to establish that the breach caused the loss. Is the issue what she would have done had she received the required information? This is sometimes called the subjective approach. Or is the issue what a hypothetical reasonable person would have done? This is referred to as the objective approach. Or can the debate surrounding what would have happened had the proper advice been given be avoided by holding that the plaintiff is entitled to sue her physician for depriving her of the right to choose, as Lambert J.A. suggested?

conclu que la demanderesse, selon la prépondérance des probabilités, n'aurait pas interrompu sa grossesse. Cette conclusion s'appuie également sur la preuve que le risque d'une affection grave pour le fœtus était très faible et que les spécialistes de la santé se seraient prononcés contre l'avortement.

La cour d'appel a décidé que le juge de première instance avait appliqué un critère erroné et elle a ordonné un nouveau procès: (1995), 6 B.C.L.R. (3d) 201, 126 D.L.R. (4th) 705, [1995] 7 W.W.R. 378, 61 B.C.A.C. 57, 100 W.A.C. 57, 25 C.C.L.T. (2d) 262. Les juges Lambert et Wood ont conclu qu'en droit, le juge devait déterminer non pas ce que cette demanderesse aurait fait, mais bien ce qu'une personne raisonnable hypothétique, placée dans la même situation, aurait fait. Le juge Lambert a ajouté qu'il convenait de considérer le manquement du médecin non pas du point de vue de la responsabilité délictuelle, mais comme une violation du devoir fiduciaire de divulguer ayant privé la demanderesse de son choix. Tout en étant lui aussi d'avis qu'il fallait appliquer le critère de la personne raisonnable, le juge Hollinrake a estimé que le juge de première instance pouvait prendre en considération l'état d'esprit de la demanderesse avant le manquement. Il a souscrit à l'opinion du juge Wood selon laquelle le juge de première instance avait tenu compte d'éléments non versés en preuve et il a ordonné un nouveau procès pour ce motif.

III.

De l'aveu général, la demanderesse a la charge de prouver selon la prépondérance des probabilités que le manquement a causé la perte. La question est de savoir ce qu'elle doit établir pour en faire la preuve. S'agit-il de ce qu'elle aurait fait si elle avait obtenu les renseignements requis? C'est ce qu'on appelle parfois la méthode subjective. Ou s'agit-il de ce qu'aurait fait une personne raisonnable hypothétique? C'est la méthode dite objective. Ou encore est-il possible, comme l'a proposé le juge Lambert, d'éviter d'avoir à supputer la tournure que les événements auraient prise si l'information adéquate avait été fournie, en décidant que la demanderesse a le droit de poursuivre son médecin pour la perte de son droit de choisir?

35

36

37

I deal first with the suggestion that the debate can be avoided by treating the loss as the loss of the right to choose whether to have an abortion or not. The suggestion that loss of choice is in itself compensable is related to the suggestion that failure to advise of risk of medical intervention negates the patient's consent, making the physician's intervention tortious battery. This Court unanimously rejected this approach in *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, *per* Laskin C.J., at pp. 891-92:

I can appreciate the temptation to say that the genuineness of consent to medical treatment depends on proper disclosure of the risks which it entails, but in my view, unless there has been misrepresentation or fraud to secure consent to the treatment, a failure to disclose the attendant risks, however serious, should go to negligence rather than to battery. Although such a failure relates to an informed choice of submitting to or refusing recommended and appropriate treatment, it arises as the breach of an anterior duty of due care, comparable in legal obligation to the duty of due care in carrying out the particular treatment to which the patient has consented. It is not a test of the validity of the consent. [Emphasis added.]

38

For the same reasons, I would reject the alternative approach of fiduciary obligation proposed by the respondent. As with battery, the effect would be to replace the factual analysis of standard of care and causation appropriate to negligence actions with a choice-based analysis that makes recovery virtually automatic upon proof of failure to provide relevant information. I see no reason to depart from the approach which considers the failure of a physician to advise of medical risks under the law of negligence relating to duty of care, absent special circumstances like fraudulent misrepresentation or abuse of power for an unprofessional end: see *Reibl* and *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226. Such conduct is neither alleged nor proven in the case at bar.

Je vais d'abord me pencher sur l'idée que l'on peut régler la question en assimilant la perte à la perte du droit de choisir d'avorter ou non. La notion que la perte du choix peut en soi être l'objet de réparation est liée à la notion que l'omission d'informer le patient du risque que comporte l'intervention chirurgicale vicie son consentement et transforme cette intervention en voies de fait. Notre Cour à l'unanimité a rejeté cette théorie dans l'arrêt *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880 (juge en chef Laskin, aux pp. 891 et 892):

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

Pour les mêmes motifs, je rejeterais la seconde théorie défendue par l'intimée, soit l'obligation fiduciaire. Comme dans le cas des voies de fait, elle aurait pour effet de remplacer l'analyse factuelle relative à la norme de prudence et à la causalité qui convient dans les actions concernant la négligence par une analyse fondée sur le choix qui rend l'attribution d'une indemnité quasi automatique sur la preuve de l'omission de fournir l'information pertinente. Je ne vois aucune raison d'écarter la théorie selon laquelle l'omission par un médecin d'informer son patient des risques relève des règles de droit de la négligence relatives à l'obligation de diligence, sauf dans des cas exceptionnels comme la présentation inexacte de nature frauduleuse ou l'abus de pouvoir constituant un manquement à la déontologie: voir les arrêts *Reibl* et *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226. Il n'a pas été allégué ni prouvé qu'on soit en présence d'une telle conduite en l'espèce.

IV.

Applying the law of negligence, is the proper test what the particular plaintiff before the court would have done had she been fully informed, or what a hypothetical reasonable person would have done?

The fundamental principles of negligence law suggest that the test is what the particular plaintiff before the court would have done. Breach established, the question in a negligence action is whether the breach caused loss to the plaintiff. This is a factual, not a hypothetical, inquiry. In cases of negligent action or misfeasance, the matter is clear. If a plaintiff breaks her leg as a result of being struck by a negligently driven automobile, the question is not whether a reasonable person so struck would have broken her leg; it is whether she, the particular plaintiff at bar, in fact broke her leg. There is no reason in principle why the inquiry should be different where the claim is based on the defendant's failure to act or non-feasance, raising the question of what the plaintiff would have done in a hypothetical state of affairs. The same principles apply in both cases, although the factual inquiry in cases of a breach by way of failure to act may raise more difficulties in application: J. G. Fleming, *The Law of Torts* (6th ed. 1983), at p. 171.

The problem has frequently arisen in cases where the issue is whether failure to comply with a statutory requirement caused the plaintiff's loss. For example, if a plaintiff who is not wearing a helmet receives a head injury that a helmet would have prevented and sues the defendant for breach of legal duty to provide a helmet, the question arises whether the plaintiff would have worn the helmet had it been provided. The court's inquiry, as Fleming points out, remains "factual in the sense of dependent on the evidence available" (p. 172). Fleming notes that cases of misfeasance or failure to act offer a "certain latitude" which "may occasionally be exploited by judge or jury to

IV.

Suivant les règles de droit en matière de négligence, le critère approprié consiste-t-il à déterminer ce que la demanderesse en cause aurait fait si elle avait bénéficié de renseignements complets, ou ce qu'aurait fait une personne raisonnable hypothétique?

Il appert des principes fondamentaux du droit en matière de négligence que le critère est la conduite qu'aurait adoptée le demandeur en cause. Une fois le manquement établi, la question à trancher dans une action fondée sur la négligence est de savoir si ce manquement a causé la perte subie par le demandeur. L'examen porte donc sur les faits et non sur une hypothèse. S'agissant d'une action fondée sur la négligence ou sur une action fautive, les règles sont claires. Lorsque le demandeur se fracture une jambe dans un accident d'automobile imputable à la négligence, la question n'est pas de savoir si une personne raisonnable se serait fracturée une jambe, mais bien si le demandeur en cause s'est fracturé la jambe. Pour ce qui est d'une action basée sur l'inaction ou l'omission du défendeur, aucune raison de principe ne nous autorise à faire porter l'examen sur autre chose, de sorte à soulever la question de savoir ce que le demandeur aurait fait dans une situation hypothétique. Les mêmes principes s'appliquent dans les deux cas, bien que l'examen des faits en cas de manquement par omission puisse présenter des difficultés sur le plan de l'application pratique: J. G. Fleming, *The Law of Torts* (6^e éd. 1983), à la p. 171.

Le problème s'est souvent posé dans les instances où il fallait décider si l'omission de remplir une obligation prévue par la loi avait causé la perte subie par le demandeur. Par exemple, si le demandeur qui ne porte pas de casque reçoit une blessure à la tête qu'il aurait évitée en en portant un et qu'il poursuit le défendeur pour manquement à l'obligation prévue par la loi de fournir un casque, il faut déterminer si le demandeur aurait porté le casque s'il lui avait été fourni. Comme le fait remarquer Fleming, l'examen du tribunal demeure [TRANSLATION] «factuel, c'est-à-dire qu'il se limite à la preuve produite» (p. 172). Ce dernier souligne en outre que, dans les cas d'action fautive ou d'omis-

39

40

41

introduce policy views into what is ordinarily regarded as a purely factual issue". At one time, in England, it was thought that in such a case the burden of disproving causation should shift to the defendant. A purely objective test, based on a hypothetical reasonable plaintiff, provides another example of the intrusion of policy into the purely factual inquiry of whether the breach caused the loss. However, Fleming asserts, such deviations have been "denounced in favour of the general rule that, regardless of the type of action, the ultimate burden always rests on the plaintiff to prove that the particular precaution would more probably than not have averted the injury. Even in considering hypothetical human reactions . . . the proper test is not what the plaintiff as a reasonable man should, but what the evidence suggests he would, have done" (p. 172) (emphasis added).

sion, [TRADUCTION] «le juge ou le jury a une certaine latitude, [qu']il met parfois à profit pour faire jouer des principes là où d'ordinaire une pure question de fait est en cause». À une certaine époque en Angleterre, on estimait qu'en pareil cas, la charge de réfuter le lien de causalité se déplaçait vers le défendeur. Un critère purement objectif, fonction de la personne raisonnable hypothétique, fournit un autre exemple d'empiètement de questions de principe sur une question purement factuelle, savoir est-ce que le manquement a causé la perte? Toutefois, Fleming affirme que ces écarts ont été [TRADUCTION] «désavoués au profit de la règle générale voulant que, peu importe le type d'action, c'est toujours au demandeur qu'incombe la charge ultime de prouver que la précaution particulière aurait probablement permis d'éviter la blessure. Même lorsqu'il s'agit d'examiner des réactions humaines hypothétiques, [...] le critère approprié n'est pas ce que le demandeur, comme personne raisonnable, aurait dû faire, mais ce que la preuve semble indiquer qu'il aurait fait» (p. 172) (je souligne).

42

The physician's failure to advise constitutes a failure to take an action required by law. A finding of breach is a finding that the physician should have done something which he or she negligently failed to do. This, like the case of the employee injured as a result of the absence of a helmet required by law, raises the hypothetical question of what the plaintiff would have done had the physician discharged his or her duty. General tort principles suggest that this question is a purely factual inquiry to be answered by reference to all the evidence. This evidence may include evidence from the plaintiff at trial as to what she would have done. But it also includes relevant evidence of her situation, circumstances and mind-set at the time the decision would have been made. The trial judge must look at all the evidence and determine whether the plaintiff would have taken the suggested course on a balance of probabilities. One way of expressing this is to say that the plaintiff's hindsight assertion at trial of what she would have done is tested or evaluated by reference to the evidence as to her circumstances and beliefs at the time the decision would have been made. These

L'omission par le médecin d'informer le patient est un défaut d'accomplir un acte exigé par la loi. Conclure au manquement du médecin c'est conclure qu'il aurait dû faire quelque chose que, par négligence, il n'a pas fait. Se pose alors, comme dans le cas de l'employé qui ne porte pas le casque malgré que le port en soit exigé par la loi et qui se blesse, la question hypothétique de savoir ce que le demandeur aurait fait si le médecin avait rempli son obligation. Les principes généraux de la responsabilité délictuelle indiquent que cette question est purement factuelle et doit être tranchée selon l'ensemble de la preuve, laquelle peut inclure le témoignage du demandeur sur ce qu'il aurait fait, mais aussi des éléments de preuve pertinents quant à sa situation, aux circonstances et à son état d'esprit au moment où la décision aurait été prise. Le juge de première instance doit tenir compte de l'ensemble de la preuve et déterminer, selon la pondération des probabilités, si le demandeur aurait agi de la manière qu'il affirme maintenant. Autrement dit, il convient d'évaluer le témoignage du demandeur, fait au procès avec l'avantage du recul, pour ce qui est de la décision qu'il aurait

circumstances include the medical advice she would have received at the time which might have influenced her decision. In this way, the plaintiff's subjective evidence as to what she would have done is evaluated by reference to the reasonableness of the competing courses of action. As Sopinka J. (dissenting, but not on this ground) put it in *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, at p. 689: "the most reliable approach in determining what would in fact have occurred is to test the plaintiff's assertion by reference to objective evidence as to what a reasonable person would have done" (emphasis in original).

This approach accords with the decision of this Court in *Laferrrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541, which held (at p. 609) that causation "must be established on the balance of probabilities, taking into account all the evidence: factual, statistical and that which the judge is entitled to presume". It is consistent with the view there expressed that "[s]tatistical evidence may be helpful as indicative but is not determinative", and that "where statistical evidence does not indicate causation on the balance of probabilities, causation in law may nonetheless exist where evidence in the case supports such a finding". While *Laferrrière* arose in the context of the civil law of Quebec, Gonthier J., speaking for a majority of the Court, made extensive reference to common law jurisdictions, suggesting that the principles discussed may be equally applicable in other provinces.

The approach suggested by the fundamental principles of tort law is subjective, in that it requires consideration of what the plaintiff at bar would have done. However, it incorporates elements of objectivity; the plaintiff's subjective belief at trial that she would have followed a certain course stands to be tested by her circumstances and attitudes at the time the decision would have been made as well as the medical advice she would have received at the time.

prise, par rapport à la preuve relative à sa situation personnelle et à ses croyances au moment où la décision aurait été prise. Cette situation comprend les conseils médicaux qu'il aurait reçus à l'époque et qui auraient pu influencer sa décision. Ainsi, le témoignage subjectif du demandeur quant à ce qu'il aurait fait est apprécié eu égard au caractère raisonnable des autres décisions possibles. Comme le dit le juge Sopinka (dissident, mais non sur ce point) dans *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, à la p. 689: «la méthode la plus fiable pour déterminer ce qui se serait vraiment produit consiste à examiner l'affirmation de la demanderesse en fonction d'une preuve matérielle de ce qu'une personne raisonnable aurait fait» (souligné dans l'original).

Cette méthode est conforme à l'arrêt *Laferrrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, à la p. 609, où notre Cour a décidé que la causalité «doit être établie selon la prépondérance des probabilités, compte tenu de toute la preuve, c'est-à-dire la preuve factuelle, la preuve statistique et les présomptions». Elle est conciliable avec l'avis qui y est exprimé que la «preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante», et que «lorsqu'une preuve statistique n'établit pas la causalité selon la prépondérance des probabilités, la causalité en droit peut quand même exister lorsque l'ensemble de la preuve étaye une telle conclusion». Certes, l'arrêt *Laferrrière* s'inscrit dans le contexte du droit civil du Québec, mais le juge Gonthier, qui s'exprime au nom de la majorité, se réfère maintes fois à la common law, laissant entendre que les principes analysés peuvent être également applicables dans d'autres provinces.

La méthode tirée des principes fondamentaux du droit de la responsabilité délictuelle est subjective, en ce qu'elle requiert l'examen de ce que le demandeur en cause aurait fait. Toutefois, elle comprend des éléments d'ordre objectif; la croyance subjective du demandeur exprimée au procès quant à la conduite qu'il aurait adoptée doit être appréciée au regard de sa situation et de ses attitudes au moment où la décision aurait été prise, ainsi que des conseils médicaux qu'il aurait reçus à ce moment.

43

44

V.

45 In discharging its task of assessing the best approach to the issue of causation in cases of medical non-disclosure, it behoves this Court to have regard to the test used in other common law jurisdictions as well as the views of scholars who have considered the matter. I turn first to the law in other jurisdictions.

46 In England, as the extracts from Fleming, *supra*, suggest, the factual test of what the plaintiff would have done on a balance of probabilities applies. Judges consistently ask what the particular plaintiff before the court would have done: see, e.g. *Chatterton v. Gerson*, [1981] 1 Q.B. 432; *Hills v. Potter*, [1983] 3 All E.R. 716 (Q.B.D.). The issue did not so much as elicit mention in the leading decision on informed consent to medical intervention: *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors*, [1985] 1 All E.R. 643 (H.L.). It may be taken as settled that the so-called subjective approach applies.

47 In Australia, too, courts have adopted the subjective approach based on what the particular plaintiff at bar would have done in all the circumstances. In *Ellis v. Wallsend District Hospital* (1989), 17 N.S.W.L.R. 553 (C.A.), Samuels J.A., for the majority, discussed the Canadian decision in *Reibl* and the American decision in *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972), and held (at p. 581):

I do not myself find these objections to the subjective test persuasive. I respectfully agree with Cox J in *Gover* (at 566) when he said: "... At any rate the basic causation principle governing actions in negligence plainly supports, in my opinion, the subjective test."...

It is, of course, true that a patient's evidence about what he or she would have done if told of certain risks may be coloured by the fact that the risks did in fact eventuate; but it is open to a court to disbelieve evidence found to be tainted by hindsight: Manderson, "Following Doctors' Orders: Informed Consent in Australia" (1988) 62 ALJ 430 at 434. Obviously, in endeavouring to ascertain what the plaintiff's response would have

V.

Afin de déterminer la meilleure méthode pour trancher la question de la causalité dans une affaire de non-communication de renseignements par un médecin, notre Cour doit tenir compte du critère utilisé par les autres tribunaux des pays de common law ainsi que des observations des commentateurs qui ont étudié la question. Voyons d'abord le droit étranger.

Comme il appert des remarques de Fleming, *op. cit.*, le critère de l'examen factuel, suivant la prépondérance des probabilités, de ce que le demandeur aurait fait, s'applique en Angleterre. L'usage chez les juges est de se demander ce que le demandeur en cause aurait fait: voir, par exemple, *Chatterton c. Gerson*, [1981] 1 Q.B. 432; *Hills c. Potter*, [1983] 3 All E.R. 716 (Q.B.D.). La cour n'a même pas jugé bon de faire mention de la question dans l'arrêt de principe en matière de consentement éclairé à une intervention chirurgicale: *Sidaway c. Bethlem Royal Hospital Governors*, [1985] 1 All E.R. 643 (H.L.). On peut donc tenir pour établi que la méthode dite subjective est appliquée.

En Australie, là aussi, les tribunaux ont adopté la méthode subjective, savoir ce que le demandeur en cause aurait fait compte tenu de toutes les circonstances. Dans *Ellis c. Wallsend District Hospital* (1989), 17 N.S.W.L.R. 553 (C.A.), le juge Samuels, au nom de la majorité, a analysé l'arrêt canadien *Reibl*, ainsi que l'arrêt américain *Canterbury c. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972), et il a tiré la conclusion suivante (à la p. 581):

[TRADUCTION] Je ne trouve pas ces objections au critère subjectif convaincantes. Je souscris aux motifs du juge Cox dans *Gover* (à la p. 566), où il dit: «[...] [d]e toute façon, le principe fondamental de la causalité qui régit les actions fondées sur la négligence sous-tend manifestement, à mon sens, le critère subjectif.»...

Bien sûr, il est vrai que le témoignage d'un patient sur la conduite qu'il aurait adoptée s'il avait été informé de certains risques peut être faussé car les risques se sont effectivement réalisés; mais le tribunal a toute latitude pour écarter le témoignage jugé vicié parce que fait avec l'avantage du recul: Manderson, «Following Doctors' Orders: Informed Consent in Australia» (1988) 62 ALJ 430, à la p. 434. De toute évidence, pour le tribunal

been to adequate information had it been conveyed at the appropriate time, a court will be greatly assisted by evidence of the plaintiff's temperament, the course of any prior treatment for the same or a like condition, the nature of the relationship between patient and doctor including pre-eminently, so far as it can be established, the degree of trust reposed in the doctor by the patient. The extent to which the procedure was elective or imposed by circumstantial exigency and the nature and degree of the risk involved will all be matters of considerable importance: see Robertson, "Informed Consent to Medical Treatment" (1981), 97 LQR 102 at 122.

See also *Young v. Northern Territory of Australia* (1992), 107 F.L.R. 264 (S.C.N.T.).

In the United States, the issue before us has been much debated. Many states purport to apply the objective test of the reasonable person. However, they may introduce so many subjective factors into the so-called objective test that it becomes virtually indistinguishable from a subjective test. For example, the Supreme Court of Hawaii in *Bernard v. Char*, 903 P.2d 667 (1995), purports to adopt a purely objective test that views the question of causation as what a reasonable person in the patient's position would have done had risk information been disclosed. However, the Court goes on to permit reference to the "individual fears and beliefs . . . of idiosyncratic patients" (p. 674), casting doubt on how reasonable the hypothetical reasonable person may in fact be. In the end, it seems, one looks at the individual before the court and evaluates what he or she would have done by reference to all the evidence, including evidence of what a reasonable person would have done as indicated by the medical advice that he or she would have received at the time.

Other states expressly apply a subjective test: see *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979); *Smith v. Reisig*, 686 P.2d 285 (Okla. 1984); *Arena v. Gingrich*, 733 P.2d 75 (Or. Ct. App. 1987). In the latter case, the court pointed out (at pp. 78-79) that the approach of looking at what the particular plaintiff would have done is most consistent with

appelé à déterminer si la réponse du demandeur aurait été différente s'il avait bénéficié de renseignements adéquats au bon moment, c'est un important avantage d'avoir la preuve du tempérament du demandeur, des effets d'un traitement antérieur pour la même affection ou une autre semblable, de la nature des relations entre le patient et le médecin, y compris au premier chef, dans la mesure où il peut être vérifié, le degré de confiance du patient envers son médecin. La mesure dans laquelle l'opération était facultative ou urgente, et la nature et le degré du risque qu'elle comportait, sont tous des éléments qui présentent une importance considérable: voir Robertson, «Informed Consent to Medical Treatment» (1981), 97 LQR 102, à la p. 122.

Voir aussi *Young c. Northern Territory of Australia* (1992), 107 F.L.R. 264 (C.S.N.T.).

Aux États-Unis, la question dont nous sommes saisis a été l'objet d'un long débat. Dans nombre d'États, le critère objectif, celui de la personne raisonnable, est censé être appliqué. Toutefois, tant de facteurs subjectifs sont intégrés au critère dit objectif qu'il devient presque indifférenciable du critère subjectif. Par exemple, dans *Bernard c. Char*, 903 P.2d 667 (1995), la Cour suprême de Hawaii, censée appliquer un critère purement objectif selon lequel la question de la causalité est tranchée en fonction de ce qu'une personne raisonnable, placée dans la situation du patient, aurait fait si elle avait été mise au courant des risques, permet qu'il soit tenu compte des [TRADUCTION] «craintes et croyances personnelles [. . .] de patients excentriques» (p. 674), mettant ainsi en doute le caractère effectivement raisonnable de la personne raisonnable hypothétique. En fin de compte, il semble que la cour examine l'individu en présence duquel elle se trouve et qu'elle évalue ce qu'il aurait fait en tenant compte de toute la preuve, y compris la preuve de ce qu'une personne raisonnable aurait fait, une fois en possession des conseils médicaux qu'elle aurait reçus à l'époque.

Dans d'autres États, un critère subjectif est expressément appliqué: voir *Scott c. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla. 1979); *Smith c. Reisig*, 686 P.2d 285 (Okla. 1984); *Arena c. Gingrich*, 733 P.2d 75 (Or. Ct. App. 1987). Dans cette dernière affaire, la cour a souligné (aux pp. 78 et 79) que la méthode consistant à examiner ce que le demandeur en

the aims of the fact-finding process and does not preclude evaluation of the plaintiff's subjective testimony for reasonability by objective factors, since those factors would have a bearing on what the plaintiff would have decided:

Stated succinctly, the objective causation test espoused by defendant and the courts on whose decisions he relies makes no sense to us. The only rationale the court offered for the test in *Cobbs* was that a plaintiff's testimony about the subjective fact is likely to be colored by the events that occurred after he consented and will, *ipso facto*, be highly adverse to the defendant. Although that is true, it is not unique. Many kinds of information relevant to the determination of liability in tort cases are peculiarly within the plaintiff's knowledge. Juries are aware that a party's testimony which favors his own cause must be weighed carefully and that credibility determinations must be made. We do not think that it is necessary to present the jury with a hypothetical question rather than the real one in order to protect the factfinding process, nor do we think that presenting hypothetical questions is consistent with what the factfinding process exists to achieve.

... Evidence and arguments about whether other patients — hypothetical or real — would have consented under similar circumstances can assist the factfinder in evaluating the plaintiff's credibility and in exercising its common sense. The question that the jury must answer is whether the plaintiff would *in fact* have withheld consent if apprised of the undisclosed information, but the jury may consider, in deciding that question and in weighing the plaintiff's credibility, the likelihood that a competent and prudent person would make the decision which the plaintiff claims that he would have made. Although a patient's decision to give or refuse consent need not be an objectively reasonable one, the trier of fact is entitled to consider its perception of the reasonableness of a decision as one of the factors bearing on what the plaintiff in the given case would have decided. [Emphasis in original.]

cause aurait fait est des plus compatibles avec les objectifs du processus d'établissement des faits et n'empêche pas l'évaluation du témoignage subjectif du demandeur destinée à vérifier son caractère raisonnable en fonction de facteurs objectifs, puisque ces facteurs auraient influencé la décision du demandeur:

[TRADUCTION] En résumé, le critère objectif de la causalité prôné par le demandeur et par les tribunaux dans les décisions qu'il cite à l'appui nous paraît illogique. Le seul motif que la cour a invoqué dans *Cobbs* était que le témoignage du demandeur au sujet du fait subjectif sera vraisemblablement faussé par les faits survenus après qu'il a consenti et sera automatiquement défavorable au défendeur. Bien que cela soit vrai, ce n'est pas une situation exceptionnelle. Bien des renseignements pertinents pour déterminer la responsabilité en matière délictuelle relèvent particulièrement de la connaissance du demandeur. Les jurés savent que le témoignage d'une partie qui favorise sa propre cause doit être apprécié avec prudence et qu'il faut juger sa crédibilité. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de présenter une question hypothétique au jury au lieu de la question réelle pour protéger le processus d'établissement des faits, et nous ne pensons pas non plus que la présentation de questions hypothétiques soit compatible avec l'objet du processus d'établissement des faits.

... La preuve et les plaidoyers concernant la question de savoir si d'autres patients — hypothétiques ou réels — auraient consenti dans des circonstances semblables peuvent aider le juge des faits à évaluer la crédibilité du demandeur et à exercer son bon sens. La question que doit trancher le jury est de savoir si le demandeur aurait *de fait* refusé son consentement s'il avait connu les renseignements non divulgués, mais le jury peut, pour résoudre la question et évaluer la crédibilité du demandeur, tenir compte de la probabilité qu'une personne habile à consentir et prudente prendrait la décision que le demandeur prétend qu'il aurait prise. Quoique la décision d'une personne de donner ou de refuser son consentement n'ait pas à être objectivement raisonnable, le juge des faits est en droit de considérer sa perception du caractère raisonnable de la décision comme l'un des facteurs influant sur le parti qu'aurait choisi le demandeur dans un cas déterminé. [En italique dans l'original.]

50

Canadian academic commentary largely supports the so-called subjective approach to causation in medical negligence cases.

Les commentateurs canadiens appuient dans une large mesure la méthode dite subjective pour trancher la question de la causalité dans les affaires de négligence médicale.

P. H. Osborne, Annotation to *Arndt v. Smith* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 264, argues that the concern that a subjective test depends too much on the testimony of the plaintiff may be overstated if not illusory. He states (at p. 267):

Causation is not proved solely by the plaintiff's testimony. The court must make an assessment of credibility which would appear not to be easier nor more difficult than in other contexts. There may also be relevant evidence from third parties to assist the trier of fact.

Osborne suggests that a doctrine that protects only reasonable "choosers" is too harsh and may fail to protect individual plaintiffs. In "Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment" (1985), 33 C.C.L.T. 131, Osborne strongly advocates the subjective approach. He indicates that since *Reibl*, there has been diversity in the manner in which the test has been applied. The diversity is found in the range of personal factors and circumstances to be incorporated into the reasonable person test. In some cases, the courts examine little more than the available medical data. In others, a limited number of personal factors are considered. In still others, the courts have taken into account a wide range of subjective factors in applying the modified objective approach. Finally, some courts have applied both a subjective and a modified objective test.

Osborne argues that if any concern is to be shown for a patient's self determination, a subjective test is mandated. Under the objective approach, the patient's right to self determination may be denied because the reasonable person's decision may be different from that of the individual patient. He adds that under a subjective test, the plaintiff's testimony is not conclusive. "The question is not what the plaintiff says he would have done but what the Judge or jury on the basis of all the evidence believes that the plaintiff would have done" (p. 141).

G. Robertson, "Informed Consent Ten Years Later: The Impact of *Reibl v. Hughes*" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 423, suggests that "[i]n principle

Dans une note commentant l'arrêt *Arndt v. Smith* (1995), 25 C.C.L.T. (2d) 264, P. H. Osborne soutient qu'il est peut-être exagéré, voire illusoire, de s'inquiéter de ce que le critère subjectif dépende trop du témoignage du demandeur (à la p. 267):

[TRADUCTION] La causalité n'est pas établie seulement par le témoignage du demandeur. La cour doit faire une évaluation de la crédibilité qui ne semble pas plus facile ni plus difficile que dans d'autres contextes. Des tiers peuvent aussi apporter des preuves pertinentes propres à aider le juge des faits.

Osborne est d'avis qu'une théorie qui protège seulement ceux qui expriment un choix raisonnable est trop sévère et risque de ne pas protéger certains demandeurs. Dans son article intitulé «Causation and the Emerging Canadian Doctrine of Informed Consent to Medical Treatment» (1985), 33 C.C.L.T. 131, Osborne préconise la méthode subjective. Il affirme que depuis *Reibl* le critère a été appliqué de manières diverses. Cette diversité se traduit par l'éventail des facteurs et des situations personnels qui sont pris en compte dans le critère de la personne raisonnable. Parfois, le tribunal s'en tient presque uniquement aux preuves médicales. Parfois, un nombre limité de facteurs personnels sont pris en considération. Parfois, le tribunal tient compte d'un large éventail de facteurs subjectifs dans son application de la méthode objective modifiée. Enfin, il arrive que le tribunal applique à la fois un critère subjectif et un critère objectif modifié.

Osborne soutient que si l'on doit respecter la liberté de choix du patient, un critère subjectif s'impose. Suivant la méthode objective, le patient peut être privé de la liberté de choix parce que la décision d'une personne raisonnable peut différer de celle du patient. Il ajoute que, s'agissant du critère subjectif, le témoignage du demandeur n'est pas décisif. [TRADUCTION] «La question n'est pas de savoir ce que le demandeur dit qu'il aurait fait, mais ce que le juge ou le jury croit, d'après toute la preuve, que le demandeur aurait fait» (p. 141).

Dans l'article intitulé «Informed Consent Ten Years Later: The Impact of *Reibl v. Hughes*» (1991), 70 *R. du B. can.* 423, G. Robertson émet

51

52

53

this causal link should be assessed subjectively, by considering whether *this particular patient* (that is, the plaintiff) would have declined the treatment if the risks had been disclosed” (p. 426) (emphasis in original). He notes that since *Reibl*, which many courts have interpreted as imposing a strict objective test, causation has proved to be a formidable obstacle for plaintiffs.

54 N. Fontigny, “When Yes Really Means Yes: The Law of Informed Consent in Canada Revisited”(1996), 4 *Health L. Rev.* 17, although opining that framing the duty of disclosure in fiduciary terms is simple and logical, suggests that consideration be given to a subjective test such as that here proposed. She states at p. 22:

... the Supreme Court could consider returning to a subjective test of causation. Authors, such as P. H. Osborne, have argued that there is nothing inherently unworkable or unfair in a subjective test, since the question is not what the patient would have done, but what the Judge or jury, on the basis of all the evidence, believes that the plaintiff would have done. The evidence of the plaintiff would be important, but it would be evaluated. The ultimate determination would only be made after a careful consideration of the plaintiff’s credibility; in the light of the plaintiff’s personal circumstances and personality, the nature of the illness, the nature of the proposed treatment, the relationship between the plaintiff and his doctor, and other relevant evidence. It is therefore possible to argue that the Supreme Court should change the modified subjective test, and adopt a subjective test, and then frame this test in such a way so as to not be unfairly prejudicial to the health care providers.

55 I conclude that while views diverge, the preponderance of authority in other common law jurisdictions as well as academic commentary support a test which asks what the particular plaintiff would have done in all the circumstances, but accepts that the reasonableness of the one choice over another, as reflected in the medical advice the plaintiff would have received, is an important factor bearing on that decision.

l’avis qu’[TRADUCTION] «[e]n pratique, le lien de causalité doit être examiné subjectivement: il faut se demander si *le patient en cause* (c’est-à-dire le demandeur) aurait refusé le traitement s’il avait été informé des risques» (p. 426) (en italique dans l’original). Il fait remarquer que depuis l’arrêt *Reibl*, que bien des tribunaux ont interprété comme imposant un critère objectif strict, la causalité s’est révélée un obstacle terrible pour les demandeurs.

Dans «When Yes Really Means Yes: The Law of Informed Consent in Canada Revisited» (1996), 4 *Health L. Rev.* 17, N. Fontigny, qui est par ailleurs d’avis qu’il est logique et simple de tenir l’obligation de divulguer pour un devoir fiduciaire, estime néanmoins qu’il y a lieu d’examiner la possibilité d’adopter un critère subjectif tel qu’il est proposé dans les présents motifs. Elle s’exprime en ces termes, à la p. 22:

[TRADUCTION] ... la Cour suprême pourrait envisager de revenir à un critère subjectif de la causalité. Des auteurs, tel P. H. Osborne, ont affirmé qu’un critère subjectif n’est pas intrinsèquement inapplicable ou injuste, puisque la question n’est pas de savoir ce que le patient aurait fait, mais bien ce que le juge ou le jury croit, d’après toute la preuve, que le demandeur aurait fait. Le témoignage du demandeur serait important, mais il serait soumis à l’évaluation. La question ne serait tranchée définitivement qu’à la suite d’un examen minutieux de la crédibilité du témoin, compte tenu de la personnalité et de la situation personnelle du demandeur, de la nature de la maladie et du traitement proposé, ainsi que de la nature des relations entre le patient et le médecin, et d’autres éléments de preuve pertinents. Il est donc possible de soutenir que la Cour suprême devrait remplacer le critère subjectif modifié par un critère subjectif, puis l’énoncer de façon qu’il ne soit pas injustement préjudiciable aux professionnels de la santé.

Je conclus que, si les points de vue divergent, l’opinion dominante dans la jurisprudence de common law à l’étranger et dans la doctrine penche pour un critère visant à déterminer ce que le demandeur en cause aurait fait, compte tenu de l’ensemble des circonstances et notamment du caractère raisonnable de la décision prise, lequel est établi en fonction des conseils médicaux que le demandeur aurait reçus et est tenu pour un important facteur dans cette décision.

VI.

This brings us to the arguments against the position that the trial judge's task is to determine what the particular plaintiff at bar would have done had she been properly advised of the risk. The most formidable is the submission that this Court rejected such an approach in *Reibl, supra*.

Reibl concerned a patient who had suffered a stroke and paralysis as a result of an endarterectomy performed to reduce the risk of stroke in the future. His physician had failed to advise him of a risk of stroke or death during or in the aftermath of surgery. He told him only that his risk of having a stroke was greater without the surgery than with it. The patient argued that had he been informed of the risk of stroke consequent on surgery, he would have postponed the surgery for a year and one-half until a lifetime retirement pension from his employment vested. He also asserted that he would have opted for a shorter, normal life rather than a longer life as a cripple. The issue before the Court was how to assess whether the patient would in fact have foregone the surgery had he been properly informed.

The Court, *per* Laskin C.J., began by rejecting the argument that the real wrong was being deprived of the right of choice or consent, giving rise to the tort of battery. Laskin C.J. stated at pp. 891-92:

I can appreciate the temptation to say that the genuineness of consent to medical treatment depends on proper disclosure of the risks which it entails, but in my view, unless there has been misrepresentation or fraud to secure consent to the treatment, a failure to disclose the attendant risks, however serious, should go to negligence rather than to battery. Although such a failure relates to an informed choice of submitting to or refusing recommended and appropriate treatment, it arises as the breach of an anterior duty of due care, comparable in legal obligation to the duty of due care in carrying out the particular treatment to which the patient has con-

VI.

Cela nous amène aux arguments avancés contre la thèse selon laquelle le juge de première instance a pour tâche de déterminer ce que la demanderesse en cause aurait fait si elle avait été informée adéquatement du risque. Le plus redoutable veut que notre Cour ait écarté une telle méthode dans l'arrêt *Reibl*, précité.

Cet arrêt concernait un patient qui avait été victime d'un accident cérébrovasculaire qui l'avait laissé paralysé par suite d'une endartériectomie pratiquée pour réduire le risque d'attaque ultérieure. Son médecin ne l'avait pas informé du risque d'attaque ou de décès pendant ou après l'opération. Il lui avait dit seulement que le risque de paralysie était plus grand si le patient ne subissait pas l'opération. Ce dernier a soutenu que s'il avait été informé du risque d'attaque, il aurait différé l'opération jusqu'à ce qu'il ait acquis un droit à une pension à vie dans le cadre de son emploi un an et demi plus tard. Il a également fait valoir qu'il aurait choisi une vie plus courte et normale de préférence à une vie plus longue d'invalides. Notre Cour devait décider de la méthode convenable pour déterminer si le patient aurait de fait renoncé à l'opération s'il avait été informé adéquatement.

Notre Cour, par la voix du juge en chef Laskin, a d'abord repoussé l'argument selon lequel le vrai préjudice était la privation du droit de choisir ou de consentir, donnant lieu au délit de voies de fait. Voici ce qu'il dit aux pp. 891 et 892:

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

56

57

58

sented. It is not a test of the validity of the consent. [Emphasis added.]

pas un critère de la validité du consentement. [Je souligne.]

59 The Court went on to approach the problem on the assumption that a plaintiff suing for negligent non-disclosure will always assert that he or she would have acted differently had he or she been fully informed. Laskin C.J. wrote (at p. 898):

La Cour a ensuite basé son analyse du problème sur la supposition que le demandeur qui intente une action fondée sur la négligence en alléguant la non-divulgarion prétendra toujours qu'il aurait agi différemment s'il avait obtenu toute l'information. Le juge en chef Laskin écrit ceci (à la p. 898):

It could hardly be expected that the patient who is suing would admit that he would have agreed to have the surgery, even knowing all the accompanying risks. His suit would indicate that, having suffered serious disablement because of the surgery, he is convinced that he would not have permitted it if there had been proper disclosure of the risks, balanced by the risks of refusing the surgery.

On peut difficilement s'attendre à ce que le patient qui intente une poursuite admette qu'il aurait consenti à l'opération même en connaissant tous les risques qu'elle comportait. Sa poursuite tend à indiquer, que gravement handicapé suite à l'opération, il est convaincu qu'il n'y aurait pas consenti si on lui avait bien divulgué les risques de l'opération comparés aux risques que présentait le refus de la subir.

60 Laskin C.J. dismissed a purely subjective approach on the ground that "it depends on the plaintiff's testimony as to his state of mind, thereby exposing the physician to the patient's hindsight and bitterness" (quoting at p. 898 from "Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure" (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548, at p. 550). Laskin C.J. observed that "the issue of causation would be in the patient's hands on a subjective test, and would, if his evidence was accepted, result inevitably in liability unless, of course, there was a finding that there was no breach of the duty of disclosure" (p. 899). For this reason, Laskin C.J. rejected a purely subjective approach based on what the plaintiff at trial asserted he would have done.

Le juge en chef Laskin a écarté la méthode purement subjective parce qu'«elle est subordonnée au témoignage du demandeur quant à son état d'esprit, exposant le médecin à l'analyse rétrospective du patient et à sa rancoeur» (citant, à la p. 898, un passage de l'article intitulé «Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure» (1973), 48 *N.Y.U. L. Rev.* 548, à la p. 550). Il a fait observer que «la question de la causalité dépendra du patient selon le critère subjectif, et l'acceptation de son témoignage entraînera inévitablement la responsabilité à moins, bien sûr, que l'on ait conclu qu'il n'y a pas eu manquement au devoir de divulguer» (p. 899). Pour ce motif, le juge en chef Laskin a rejeté la méthode purement subjective basée sur la décision que le demandeur prétend au procès qu'il aurait prise.

61 At the same time, Laskin C.J. was alive to the problems presented by a purely objective approach based on what a hypothetical reasonable person would have done. He noted (at p. 898):

Néanmoins, le juge en chef Laskin était conscient des problèmes suscités par une méthode purement objective fondée sur la décision qu'aurait prise une personne raisonnable hypothétique. Il a fait remarquer ce qui suit (à la p. 898):

... a vexing problem raised by the objective standard is whether causation could ever be established if the surgeon has recommended surgery which is warranted by the patient's condition. Can it be said that a reasonable person in the patient's position, to whom proper disclosure of attendant risks has been made, would decide against the surgery, that is, against the surgeon's recommendation that it be undergone? The objective standard

... la norme objective pose un problème troublant, savoir si l'on pourrait établir la causalité lorsque le chirurgien a recommandé une opération qui est justifiée par l'état du patient. Pouvons-nous dire qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient, à qui les risques que comporte l'opération auraient été bien divulgués, déciderait de ne pas subir l'opération contrairement à la recommandation du chirurgien? La norme

of what a reasonable person in the patient's position would do would seem to put a premium on the surgeon's assessment of the relative need for the surgery and on supporting medical evidence of that need. Could it be reasonably refused?

Having rejected both a purely subjective and a purely objective approach, Laskin, C.J. crafted a test that fell between the two, the "modified objective" test. While approaching the issue of what the patient would have done objectively, the judge should take into account "special considerations affecting the particular patient" (p. 898). This would, in his view, avoid the problem of leaving the matter of causation entirely in the surgeon's hands: "The patient's particular situation and the degree to which the risks of surgery or no surgery are balanced would reduce the force, on an objective appraisal, of the surgeon's recommendation" (p. 899). At the same time, consideration of all factors that might have "reasonably" affected the decision avoids exclusive reliance on the plaintiff's assertion at trial.

While "the patient's particular concerns" at the time should be considered (pp. 899-900) (for example, the judge might consider specific questions which the patient may have asked, evincing specific concerns (p. 899)), they must be "reasonably based" to avoid excessive subjectivity. Thus "fears which are not related to the [undisclosed] material risks . . . would not be causative factors". Summing up, Laskin C.J. stated (at p. 900):

In short, although account must be taken of a patient's particular position, a position which will vary with the patient, it must be objectively assessed in terms of reasonableness.

There is little profit in debating whether the test Laskin C.J. had in mind should be labelled objective or subjective. Suffice it to say it contains elements of both the subjective and objective and has been read in different ways. Two assertions can,

objective de ce qu'une personne raisonnable ferait dans la situation du patient semble donner un avantage à l'évaluation du chirurgien quant à la nécessité relative de l'opération et à la preuve médicale à l'appui de cette nécessité. Pouvait-on raisonnablement refuser de la subir?

Après avoir écarté la méthode purement subjective et la méthode purement objective, le juge en chef Laskin a conçu un critère qui emprunte à l'une et à l'autre, le critère «objectif modifié». Le juge qui détermine, objectivement, quelle décision le patient aurait prise doit tenir compte de «toute considération spéciale touchant un patient donné» (p. 899), évitant ainsi le problème de laisser la question de la causalité entièrement dans les mains du chirurgien: «La situation particulière du patient et l'équilibre des risques que présente l'opération ou l'absence d'opération réduiraient, dans une évaluation objective, l'effet de la recommandation du chirurgien» (p. 899). Au surplus, le tribunal qui tient compte de tous les facteurs qui ont pu «raisonnablement» jouer dans la décision évite de se fonder exclusivement sur le témoignage du demandeur au procès.

Quoique «les inquiétudes particulières du patient» à l'époque doivent être prises en considération (pp. 899 et 900), (par exemple, le juge pourrait tenir compte de questions précises que le patient a posées et qui manifestaient des préoccupations particulières (p. 899)), ces inquiétudes doivent avoir un «fondement raisonnable» afin que soit évitée une marge de subjectivité excessive. Ainsi, «les craintes non reliées aux risques importants qui n'ont pas été divulgués bien qu'ils eussent dû l'être, ne seraient pas des facteurs de causalité». Le juge en chef Laskin se résume dans ces termes (à la p. 900):

En bref, bien que l'on doive tenir compte de la situation particulière d'un patient, situation qui variera selon le patient, il faut l'évaluer objectivement en fonction de ce qui est raisonnable.

Il y a peu à gagner à déterminer s'il convient de qualifier d'objectif ou de subjectif le critère qu'entendait appliquer le juge en chef Laskin. Qu'il suffise de dire qu'il renferme à la fois des éléments des deux méthodes et qu'il a été interprété contra-

62

63

64

however, be ventured. First, the Court was concerned to ensure that the plaintiff's particular concerns and circumstances be considered. To hold otherwise would be to virtually place the outcome of the causation inquiry in the hands of the physician. Second, the Court was concerned to ensure that the plaintiff's subjective assertion of what she would have done had she been properly advised be tested "in terms of reasonableness". To hold otherwise would give undue weight to the plaintiff's hindsight assertion that she would have acted in a way that supports her claim for damages. The approach suggested above — that causation is a question of fact for the trial judge to determine on all the evidence including the plaintiff's assertion at trial examined in the light of her circumstances, mind-set and the medical advice she would have received at the time — satisfies both these concerns.

dictoirement. Nous pouvons tout de même risquer deux affirmations. Premièrement, notre Cour visait à faire en sorte que les inquiétudes et la situation particulières du demandeur soient prises en compte. Sinon, c'était presque laisser l'issue de l'examen de la question de la causalité entre les mains du médecin. Deuxièmement, notre Cour visait à faire en sorte que l'affirmation subjective du demandeur quant à la décision qu'il aurait prise s'il avait été bien informé soit évaluée «en fonction de ce qui est raisonnable». En arriver à toute autre solution serait accorder un poids injustifié à l'affirmation du demandeur, faite avec l'avantage du recul, selon laquelle il aurait pris une décision qui corrobore son droit à des dommages-intérêts. La méthode proposée précédemment — la causalité est une question de fait que le juge de première instance doit trancher selon l'ensemble de la preuve, y compris le témoignage du demandeur au procès, apprécié à la lumière de la situation de ce dernier, de son état d'esprit et des conseils médicaux qu'il aurait reçus au moment où la décision a été prise — remplit ces deux objectifs.

⁶⁵ This brings us to the ultimate objection to the proposed test: that it treats the plaintiff unfairly by diminishing her right to choose. As noted earlier, absent extraordinary conduct such as fraud or abuse of power, the inquiry into the damages that flow from failure to advise of medical risks is governed by the law of negligence. The issue is not the plaintiff's right to choose, as it would be for the tort of battery or an action for fraud, but whether as a factual matter the negligent act caused the loss.

Cela nous amène à la dernière objection au critère proposé: il traite le demandeur injustement en réduisant sa liberté de choix. Je le répète, sauf pour les cas extraordinaires comme la fraude ou l'abus de pouvoir, l'examen du préjudice découlant de l'omission de divulguer les risques médicaux est régi par les règles de droit en matière de négligence. Il ne s'agit pas du droit du demandeur de choisir, comme dans le cas des voies de fait ou de la fraude, mais d'une question de fait, savoir si la négligence a causé la perte.

⁶⁶ Applying the standard appropriate to the law of negligence, the question is whether the proposed test is fair to both plaintiff and defendant. In my view, it is. It avoids the trap of determining the issue of causation either solely by the physician's opinion of what a reasonable person would have done or solely by the plaintiff's unilateral assertion at trial that he or she would have acted differently. Instead, it places the issue in the hands of the trial judge for determination on all the evidence. It takes into account the plaintiff's right of choice, rather than presuming that choice on the basis of a

S'agissant d'appliquer la norme appropriée en droit de la négligence, la question est de savoir si le critère proposé est juste pour le demandeur et le défendeur. À mon avis, il l'est. Il évite le piège de trancher la question de la causalité en fonction uniquement soit de l'avis du médecin sur ce qu'une personne raisonnable aurait fait, soit uniquement en fonction de la déclaration unilatérale du demandeur au procès, selon laquelle il aurait agi différemment. Il laisse au contraire au juge de première instance le soin de trancher selon toute la preuve. Ce critère tient compte de la liberté de choix du

hypothetical reasonable person. And it permits serious consideration of the plaintiff's evidence as to what that choice would have been. As the California Supreme Court stated in *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (1972), at pp. 11-12, cited by Sopinka J. in *Hollis*, *supra*, at p. 689, "[t]he patient-plaintiff may testify on this subject but the issue extends beyond his credibility". At the same time, it is fair to the physician, who may introduce evidence of what the reasonable patient would have done as it bears on the choice the particular patient at bar would have made.

The proposed test also meets the need, eloquently voiced by Wood J.A. in the British Columbia Court of Appeal, for a test which accommodates cases where the decision involves a "delicate balancing of overlapping personal, ethical, and medical considerations which can lead to more than one 'reasonable' choice" (p. 225 B.C.L.R.). The objective test, based on the hypothetical reasonable person, depreciates the plaintiff's personal choice in such situations and deprives her testimony of any weight. The test of what the particular plaintiff at bar would have done, determined in the light of all the circumstances and his or her own values and attitudes, avoids these problems. Nor does the fact that there was more than one reasonable choice present a problem. The question is what choice this plaintiff would have made on all the evidence and on a balance of probabilities.

VII.

In my view, the trial judge applied the right test and did not err in dismissing the action on the ground that the plaintiff failed to establish that the physician's failure to advise her of the risk to her fetus from chickenpox caused the loss associated with the rearing of her disabled daughter.

Although the trial judge paid lip service to the reasonable person test, he resolved the issue of

demandeur au lieu de présumer de son choix en fonction d'une personne raisonnable hypothétique. De plus, il permet un examen sérieux du témoignage du demandeur sur ce qu'aurait été son choix. Comme l'a dit la Cour suprême de la Californie dans *Cobbs c. Grant*, 502 P.2d 1 (1972), aux pp. 11 et 12, dont les observations sont reprises par le juge Sopinka dans l'arrêt *Hollis*, précité, à la p. 689, [TRADUCTION] «[I]e patient demandeur peut témoigner sur ce point, mais la question va au-delà de sa crédibilité». Au reste, le critère est juste pour le médecin, qui peut présenter des éléments de preuve tendant à établir ce qu'un patient raisonnable aurait fait car ce facteur joue sur le choix qu'aurait fait le patient en cause.

Le critère proposé répond aussi à la nécessité, exprimée avec éloquence par le juge Wood de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, d'un critère qui s'adapte bien aux cas dans lesquels la décision repose sur un [TRADUCTION] «équilibre délicat entre des considérations d'ordre personnel, éthique et médical qui se superposent et justifient une pluralité de choix «raisonnables» (p. 225 B.C.L.R.). Le critère objectif, fondé sur la personne raisonnable hypothétique, diminue la valeur du choix personnel du demandeur dans ce type de situation et enlève tout poids à son témoignage. Le critère de la décision que le demandeur en cause aurait prise, déterminée d'après toutes les circonstances, ainsi que ses propres valeurs et attitudes, permet d'éviter ces difficultés. La pluralité de choix raisonnables ne fait pas non plus problème. Il s'agit de décider quel choix le demandeur en cause aurait fait compte tenu de toute la preuve et selon la prépondérance des probabilités.

VII.

À mon avis, le juge de première instance a appliqué le bon critère et n'a pas commis d'erreur en rejetant l'action pour le motif que la demanderesse n'a pas établi que l'omission par le médecin de l'informer du risque que comportait la varicelle pour son fœtus avait causé la perte encourue pour élever sa fille handicapée.

Bien que le juge de première instance ait examiné pour la forme le critère de la personne rai-

67

68

69

causation by asking what the plaintiff herself would have done in all the circumstances. My colleagues Sopinka and Iacobucci JJ. suggest that the trial judge did not apply the subjective test because he did not evaluate the plaintiff's evidence. I respectfully disagree. The trial judge considered the plaintiff's evidence in its entirety but concluded that "Ms. Arndt's testimony [was] coloured, probably not by an intent to mislead the court, but rather by the tremendous stress that her daughter's wretched health [had] inflicted upon her" (p. 233). Because her evidence was coloured, the trial judge tested the plaintiff's assertion that she would have had an abortion had she been told of "any risk of abnormalities at all" (p. 235) against other circumstances existing at the time that the choice would have been made. He considered the fact that an abortion in the second trimester would have been riskier than an earlier abortion and the need to obtain the approval of a committee for any abortion. He went on to consider factors going to the plaintiff's state of mind, including the fact that she very much wanted to have a child, that she had a natural skepticism of mainstream medicine and had so informed Dr. Smith, and that she stated she did not want an ultrasound scan of the developing fetus. For all these reasons he concluded "that Ms. Arndt would have chosen in foresight to carry Miranda to full term had she been fully apprised of the nature and probability of risks her fetus faced" (p. 236).

sonnable, il a tranché la question de la causalité en se demandant ce que la demanderesse aurait fait, quant à elle, compte tenu de toutes les circonstances. Mes collègues, les juges Sopinka et Iacobucci, sont d'avis que le juge de première instance n'a pas appliqué le critère subjectif parce qu'il n'a pas évalué la preuve présentée par la demanderesse. En toute déférence, je ne souscris pas à cette opinion. Le juge de première instance a tenu compte de toute la preuve présentée par la demanderesse mais il a conclu que [TRADUCTION] «le témoignage de M^{me} Arndt était faussé, non sans doute par l'intention de tromper la cour mais par l'énorme stress causé par l'état de santé lamentable de sa fille» (p. 233). Et parce que son témoignage était faussé, le juge de première instance a évalué l'affirmation de la demanderesse, qui a soutenu qu'elle se serait fait avorter si elle avait été informée [TRADUCTION] «d'un risque de malformation quel qu'il soit» (p. 235), au regard des autres circonstances à l'époque où la décision aurait été prise. Il a tenu compte du risque plus élevé que comporte un avortement au deuxième trimestre par rapport à un avortement pratiqué plus tôt et de la nécessité d'obtenir l'approbation d'un comité d'avortement. Il a aussi pris en considération des facteurs se rapportant à l'état d'esprit de la demanderesse, dont son vif désir d'avoir un enfant, son scepticisme naturel envers la médecine traditionnelle dont elle avait informé la D^{re} Smith et le fait qu'elle a dit ne pas avoir voulu que son fœtus soit soumis à une échographie. Pour toutes ces raisons, il a conclu que [TRADUCTION] «M^{me} Arndt aurait, a priori, choisi de mettre Miranda au monde si elle avait reçu toute l'information sur la nature et la probabilité des risques auxquels son fœtus était exposé» (p. 236).

70

The trial judge's approach conforms to the test proposed in these reasons. He asked the right question: what would this plaintiff have decided in all the circumstances? He then evaluated her assertion at trial that she would have had an abortion by reference to her external circumstances and her values and state of mind as evidenced by her conduct and words at the time the decision fell to be made. In short, he proceeded correctly and made no error of principle. Although he did not expressly cite it

La méthode suivie par le juge de première instance est conforme au critère proposé dans les précédents motifs. Il s'est posé la question qu'il fallait: quelle aurait été la décision de la demanderesse, compte tenu de toutes les circonstances? Puis, il a évalué son témoignage au procès selon lequel elle aurait interrompu sa grossesse, eu égard à la situation dans laquelle elle se trouvait, à ses valeurs et à son état d'esprit tels qu'ils sont manifestés par sa conduite et par les propos qu'elle a tenus à

as a reason for his decision, the fact that the medical profession would not have recommended an abortion in these circumstances also supports the trial judge's conclusion that Ms. Arndt would not have chosen an abortion had she been advised of the very small increased risk to the fetus posed by varicella. As she admitted, she would not have opted for abortion "without significant convincing". On the evidence, that convincing would not have occurred.

It is argued, however, that the trial judge erred in considering the increased risk of a second trimester abortion and the need for approval for an abortion on the ground that these matters were not in evidence. In fact, there was evidence of increased risk of second trimester abortions (although this appears not to have been pointed out to the Court of Appeal). The need to obtain committee approval for an abortion was a matter of law of which the trial judge could take judicial notice: *Laferrière, supra*. Consequently, I find no error on these counts.

I find no legal basis for interference with the trial judge's conclusion that the plaintiff failed to establish on a balance of probabilities that had she been given the required information concerning risk, she would have ended her pregnancy.

VIII.

Finding, as I do, that the trial judge did not err in concluding that the plaintiff had failed to establish Dr. Smith's negligence caused her loss, it is unnecessary to consider whether the action would in any event have been statute-barred. However, since the matter has been fully argued before us, it may be useful to offer guidance on the point for future cases.

l'époque où la décision devait être prise. Bref, il a appliqué la bonne méthode et n'a pas fait d'erreur de principe. Certes, il ne l'a pas dit expressément dans les motifs de sa décision, mais le fait que le corps médical n'aurait pas recommandé l'avortement dans ces circonstances appuie aussi la conclusion du juge que M^{me} Arndt n'aurait pas choisi l'avortement si elle avait été informée de l'augmentation très faible du risque auquel la varicelle exposait le fœtus. Comme elle l'a admis, [TRADUCTION] «à moins d'arguments très persuasifs», elle n'aurait pas opté pour l'avortement. Il appert de la preuve que l'on n'aurait pas réussi à la faire changer d'avis.

Toutefois, il a été affirmé que le juge de première instance a commis une erreur en tenant compte du risque accru que comporte un avortement au deuxième trimestre et de la nécessité d'une approbation, parce que ces éléments n'ont pas été mis en preuve. En fait, la preuve du risque accru au deuxième trimestre a été faite (bien que ce point n'ait pas été soulevé devant la cour d'appel). La nécessité de l'approbation par un comité d'avortement était une question de droit dont le juge pouvait prendre connaissance d'office: arrêt *Laferrière*, précité. En conséquence, je conclus à l'absence d'erreur sur ces points.

J'estime qu'aucune raison de droit ne nous autorise à modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle la demanderesse n'a pas établi selon la prépondérance des probabilités que, si elle avait obtenu l'information requise concernant le risque, elle aurait interrompu sa grossesse.

VIII.

Puisque j'ai conclu que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en décidant que la demanderesse n'a pas prouvé que la négligence de la Dre Smith avait causé la perte qu'elle a subie, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si l'action était prescrite de toute façon. Toutefois, comme la question a été débattue à fond devant nous, il peut être utile de donner quelques directives pour les affaires ultérieures.

71

72

73

74 The *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236, s. 3(1)(a), provides a limitation period of two years in actions for “damages in respect of injury to person or property, including economic loss arising from the injury”. The majority of the Court of Appeal concluded that this provision barred the plaintiff’s claim for emotional trauma, stress and loss of enjoyment of life, because these claims relate to “injuries” to Ms. Arndt, but did not bar her claims for loss and expense relating to the care of Miranda because these were not claims in relation to “damages in respect of injury to person or property”.

75 In my view, Ms. Arndt’s claims for economic loss are not statute-barred because they do not relate to personal injury either to Ms. Arndt or to Miranda. In *Martin v. Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 13 B.C.L.R. 163 (S.C.), the court held that injury to person means physical, emotional or mental injury to the body or mind of the individual. Unlike her claim for emotional trauma, stress and loss of enjoyment of life, Ms. Arndt’s claims for economic loss do not relate to physical, emotional or mental injury to her body. Nor do the injuries represent physical, emotional or mental injury to Miranda because Dr. Smith did not cause the child’s injuries. The action for economic loss is for the expenses incurred in raising Miranda. Dr. Smith’s negligent failure to fully inform the plaintiff could have caused loss only in the sense that it was a factor leading to Miranda’s birth. It is therefore not caught by the wording of s. 3(1)(a) of the *Limitation Act*.

IX.

76 I would allow the appeal and restore the trial judge’s order dismissing the action. The defendant is entitled to costs on a party and party basis here and in the British Columbia courts.

La *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236 dispose, à l’al. 3(1)a), que les actions se prescrivent par deux ans dans le cas des [TRADUCTION] «dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice causé à la personne ou aux biens, y compris la perte économique découlant du préjudice». La cour d’appel à la majorité a conclu que cette clause entraînait l’extinction de la demande relativement au traumatisme, au stress et à la perte de jouissance de la vie, parce que ces chefs de demande se rapportaient au préjudice subi par M^{me} Arndt, mais elle n’a pas tenu pour irrecevable sa demande quant à ses pertes et ses frais relatifs à l’entretien de Miranda, parce qu’il ne s’agissait pas d’obtenir des [TRADUCTION] «dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice causé à la personne ou aux biens».

À mon avis, la demande présentée par M^{me} Arndt à l’égard de la perte économique n’est pas éteinte par la prescription, parce qu’elle ne concerne pas un préjudice causé à la personne de M^{me} Arndt ou de Miranda. Dans *Martin c. Insurance Corp. of British Columbia* (1979), 13 B.C.L.R. 163 (C.S.), la cour a décidé que le préjudice causé à la personne s’entendait des atteintes physiques, émotionnelles ou mentales. Contrairement au traumatisme, au stress et à la perte de jouissance de la vie, la perte économique dont M^{me} Arndt demande réparation ne se rapporte pas à des atteintes physiques, émotionnelles ou mentales qui lui auraient été infligées. Le préjudice ne vise pas non plus des atteintes physiques, émotionnelles ou mentales subies par Miranda, parce que la D^{re} Smith n’est pas à l’origine du préjudice subi par l’enfant. L’action en dommages-intérêts pour la perte économique concerne les frais supportés pour élever Miranda. L’omission, par négligence, de la D^{re} Smith de bien informer la demanderesse n’aurait pu causer la perte que dans la mesure où elle a contribué à la naissance de Miranda. Elle n’est donc pas visée par l’al. 3(1)a) de la *Limitation Act*.

IX.

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir l’ordonnance du juge de première instance rejetant l’action. La défenderesse a droit aux dépens entre parties dans la présente instance et dans les instances de la Colombie-Britannique.

Appeal allowed with costs, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitors for the respondents: MacLeod Smith, Vancouver.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges SOPINKA et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureurs des intimés: MacLeod Smith, Vancouver.