

**The Trustees of the Toronto General Hospital** (*Defendant*) *Appellant*;

and

**Dr. R. L. Matthews** (*Defendant*) *Respondent*;

and

**Elizabeth Aynsley, a mentally incompetent person not so found by her next friend Stuart James Aynsley, and the said Stuart James Aynsley** (*Plaintiffs*) *Respondents*.

1971: May 13, 14; 1971: October 5.

Present: Judson, Ritchie, Hall, Spence and Pigeon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Negligence—Injuries sustained by patient while undergoing surgery in hospital—Negligence on part of assistant anaesthetist—Employee of hospital and supplied as part of its services to patient—Whether hospital vicariously liable.*

A trial judgment whereby the appellant was held liable, together with the respondent M, for injuries sustained by the respondent A while undergoing surgery in the hospital of the appellant was upheld by the Court of Appeal. An appeal to this Court was confined solely to the question of the hospital's vicarious liability for the negligence of P, a senior resident in anaesthesiology, who was assisting M in administering the anaesthetic to the respondent A in preparation for the heart surgery she was to undergo.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The Court was fully in agreement with the conclusion reached by the Court of Appeal that the liability of a hospital for the negligent acts or omissions of an employee vis-à-vis a patient depends primarily upon the particular facts of the case, that is to say, the services which the hospital undertakes to provide and the relationship of the physician and surgeon to the hospital.

The principles expressed as to nurses in *The Sisters of St. Joseph of the Diocese of London in Ontario v. Fleming*, [1938] S.C.R. 172, are applicable to physicians and even to physicians in the operating theatre.

**The Trustees of the Toronto General Hospital** (*Défendeur*) *Appelant*;

et

**D<sup>r</sup> R. L. Matthews** (*Défendeur*) *Intimé*;

et

**Elizabeth Aynsley, mentalement incapable, non déclarée telle, par son représentant ad litem Stuart James Aynsley, et ledit Stuart James Aynsley** (*Demandeurs*) *Intimés*.

1971: les 13 et 14 mai; 1971: le 5 octobre.

Présents: Les Juges Judson, Ritchie, Hall, Spence et Pigeon.

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

*Faute—Blessures subies par une patiente au cours d'une opération à l'hôpital—Négligence de l'anesthésiste adjoint—Employé de l'hôpital et mis à la disposition de la patiente, entre autres services—Responsabilité de l'hôpital à titre de commettant.*

La Cour d'appel a confirmé une décision en première instance qui a déclaré l'appelant, de même que l'intimé M, responsables des blessures que l'intimée A a subies au cours d'une opération à l'hôpital de l'appelant. L'appel à cette Cour porte uniquement sur la question de la responsabilité de l'hôpital, à titre de commettant, pour la négligence de P, résidant principal en anesthésiologie qui a aidé M à administrer l'anesthésique à l'intimée A en vue d'une opération du cœur.

*Arrêt:* L'appel doit être rejeté.

La Cour souscrit à la conclusion de la Cour d'appel que la responsabilité de l'hôpital pour les omissions ou actes négligents d'un employé envers un patient dépend surtout des faits particuliers de l'espèce, c'est-à-dire des services que l'hôpital s'engage à fournir et du rapport qui lie le médecin ou chirurgien à l'hôpital.

Les principes énoncés pour les infirmières dans l'arrêt *The Sisters of St. Joseph of the Diocese of London in Ontario c. Fleming*, [1938] R.C.S. 172, s'appliquent aux médecins, et ce, même quand ils sont dans les salles d'opération.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario<sup>1</sup>, upholding a judgment of Morand J. Appeal dismissed.

*Isador Levinter, Q.C.*, and *Gordon R. Dryden*, for the defendant, appellant.

*D. K. Laidlaw, Q.C.*, for the defendant, respondent, Dr. R. L. Matthews.

*W. H. O. Mueller*, for the plaintiffs, respondents, Elizabeth Aynsley and Stuart James Aynsley.

The judgment of the Court was delivered by

HALL J.—This is an appeal from the Court of Appeal for Ontario<sup>1</sup> which upheld the judgment of Morand J. who had held the appellant liable, together with the respondent Dr. R. L. Matthews, for injuries sustained by the respondent Elizabeth Aynsley while undergoing surgery in the hospital of the appellant.

The appeal is confined solely to the question of the hospital's vicarious liability for the negligence of one Dr. Porteous, a senior resident in anaesthesiology, who was assisting Dr. Matthews in administering the anaesthetic to the respondent Elizabeth Aynsley in preparation for the heart surgery she was to undergo. The damages fixed by the Court of Appeal are not in dispute. Dr. Matthews did not appeal.

The facts are fully set out in the judgment of Morand J. reported [1968] 1 O.R. 425 at pp. 427-36, 66 D.L.R. (2d) 575 at pp. 577-86. The relationship of Dr. Porteous to the hospital is set out in the judgment of Aylesworth J.A. as follows:

What then was the relationship between Dr. Porteous and the hospital? Dr. Porteous, as has been noted already, was a highly skilled, trained anaesthetist—a specialist with several years experience in this his chosen line of work. As such he was a full-time member of the hospital staff, paid by the hospital, and assigned by the hospital to assist from time to time consulting anaesthetists in the operating rooms of the hospital. The equipment was supplied by the hospital and a charge was made to the patient for the use of the operating room; in other words, the hospital undertook to furnish to the patient as part of the hospital service an operating

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario<sup>1</sup>, confirmant un jugement du Juge Morand. Appel rejeté.

*Isador Levinter, c.r.*, et *Gordon R. Dryden*, pour le défendeur, appellant.

*D. K. Laidlaw, c.r.*, pour le défendeur, intimé, Dr R. L. Matthews.

*W. H. O. Mueller*, pour les demandeurs, intimés, Elizabeth Aynsley et Stuart James Aynsley.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE HALL—Le présent appel est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario<sup>1</sup> confirmant la décision du Juge Morand qui a déclaré l'appelant, de même que l'intimé, le Dr R. L. Matthews, responsables des blessures que l'intimée Elizabeth Aynsley a subies au cours d'une opération à l'hôpital de l'appelant.

L'appel porte uniquement sur la question de la responsabilité de l'hôpital, à titre de commettant, pour la négligence d'un certain Dr Porteous, résidant principal en anesthésiologie, qui a aidé le Dr Matthews à administrer l'anesthésique à l'intimée Elizabeth Aynsley en vue d'une opération du cœur. Le montant auquel la Cour d'appel a fixé les dommages-intérêts n'est pas en litige. Le Dr Matthews n'a pas interjeté appel.

Les faits sont exposés au long dans la décision du Juge Morand, publiée dans le recueil [1968] 1 O.R. 425, pp. 427-36, 66 D.L.R. (2d) 575, pp. 577-86. Les relations entre le Dr Porteous et l'hôpital sont décrites comme suit dans la décision du Juge d'appel Aylesworth:

[TRADUCTION] Quelles étaient donc les relations entre le Dr Porteous et l'hôpital? Comme on l'a déjà signalé, le Dr Porteous était un anesthésiste d'une compétence et d'une formation supérieures; c'était un spécialiste qui avait plusieurs années d'expérience dans ce domaine, la branche de son choix. A ce titre, il faisait partie à plein temps du personnel hospitalier; c'est l'hôpital qui le payait et le chargeait d'assister de temps à autre les anesthésistes consultants dans les salles d'opération de l'hôpital. L'hôpital fournissait l'équipement et le patient était facturé pour l'usage de la salle d'opération; en d'autres termes, l'hôpital s'engageait à fournir au

<sup>1</sup> [1969] 2 O.R. 829, 7 D.L.R. (3d) 193.

<sup>1</sup> [1969] 2 O.R. 829, 7 D.L.R. (3d) 193.

theatre, the required equipment in good order and the services free from negligence of a properly qualified assistant to the patient's anaesthetist. A perusal of the medical evidence makes it abundantly clear that in the type of operation under review the safety of the patient and the success of the operation required the participation of two anaesthetists; it was of necessity a team effort; each anaesthetist had many tasks to attend to individually and concurrently with the other anaesthetist. While the senior, Dr. Matthews, was in charge and control in the sense that he could and did either assign or decide upon the division of the work, he could not and did not control everything Dr. Porteous was required to do or his manner of doing it; each of them of necessity acted in many tasks on his own responsibility and judgment. One such task, it is plain, was the manometer end of the calibrating procedure attended to by Dr. Porteous in the operating theatre proper while Dr. Matthews, in another room, "calibrated" the monitor. The negligence of Dr. Porteous, in my view, was a failure by the hospital staff itself to discharge efficiently its undertaking to the patient and I would allow the judgment against the hospital to stand; he was, I think, under a contract of service with the hospital but, in my view, the legal result would be the same if his had been a contract for services. In addition to what I have already said on this subject, I wish to concur in the following observations taken from the reasons for judgment of the learned trial Judge [[1968] 1 O.R. at pp. 439-41, 66 D.L.R. (2d) at pp. 589-91]:

"Dr. Porteous was... a highly skilled trained anaesthetist who was assisting Dr. Matthews in the necessary calibrating of the monitor. While under the orders of Dr. Matthews, he was to carry out these orders in a manner consistent with his training. . . . Since, in my view, he was an employee of the hospital and supplied as part of its services to the patient, even though under the direction of Dr. Matthews, I hold that the hospital is vicariously liable for his negligence.

\* \* \*

In the case in question, Dr. Porteous was directed by Dr. Matthews to assist in calibrating the machine, but it was in the pumping of the manometer as part of his duties as an assistant anaesthetist employed by the hospital that Dr.

patient, à titre de service hospitalier, une salle d'opération, l'équipement requis en bon état, et à l'anesthésiste du patient, les services diligents d'un assistant dûment qualifié. A la lecture de la preuve médicale, on voit très clairement que dans le genre d'opération en question ici, la participation de deux anesthésistes était requise pour assurer la sécurité du patient et le succès de l'opération. Il s'agissait obligatoirement d'un travail d'équipe. Chaque anesthésiste avait plusieurs tâches à remplir seul ou avec son collègue. L'anesthésiste principal, le D<sup>r</sup> Matthews, était responsable et maître des opérations, en ce sens qu'il pouvait assigner les diverses tâches ou déterminer leur répartition ce qu'il a d'ailleurs fait, mais il ne pouvait diriger et il ne dirigeait pas tout ce que le D<sup>r</sup> Porteous devait faire ou la façon dont il devait le faire. L'un et l'autre devaient remplir de nombreuses tâches laissées à leur jugement personnel et engageant leur propre responsabilité. Il est clair qu'une de ces tâches concernait l'étalonnage à l'aide du manomètre, tâche dont s'acquittait le D<sup>r</sup> Porteous dans la salle d'opération même pendant que le D<sup>r</sup> Matthews faisait l'étalonnage du moniteur dans une autre salle. A mon avis, la négligence du D<sup>r</sup> Porteous équivaut à une omission, par le personnel hospitalier lui-même de bien remplir son engagement envers le patient. Je confirmerais le jugement rendu contre l'hôpital. Je crois que celui-ci avait conclu un contrat de services avec l'hôpital, mais, à mon avis, les conséquences juridiques seraient les mêmes s'il avait conclu un contrat d'entreprise. En plus de ce que j'ai dit à ce sujet, je souscris aux observations suivantes que le savant juge de première instance a formulées dans ses motifs de jugement [[1968] 1 O.R. pp. 439-41, 66 D.L.R. (2d), pp. 589-91]:

«Le D<sup>r</sup> Porteous était... un anesthésiste d'une compétence et d'une formation supérieures, il assistait le D<sup>r</sup> Matthews dans l'étalonnage requis du moniteur. Lorsqu'il était sous les ordres du D<sup>r</sup> Matthews, il devait exécuter ses ordres de façon professionnelle... A mon avis, puisqu'il était un employé de l'hôpital qui le mettait à la disposition du patient, entre autres services même s'il était alors sous les ordres du D<sup>r</sup> Matthews, je décide que l'hôpital est responsable, à titre de commettant, de sa négligence.

\* \* \*

En l'espèce, le D<sup>r</sup> Porteous a reçu du D<sup>r</sup> Matthews l'instruction de l'aider à étalonner l'appareil, mais c'est en pompant le manomètre, ce qui faisait partie de ses fonctions d'anesthésiste adjoind employé par l'hôpital, que le D<sup>r</sup> Porteous

Porteous was negligent and this was done while Dr. Matthews was in the next room.

\* \* \*

In the instant case, however, Dr. Porteous was obviously expected to use his training and abilities aside from following direct orders of Dr. Matthews. Since the calibration required Dr. Matthews to be out of the room and out of view of the actions of Dr. Porteous at the time he, Dr. Porteous, pumped the manometer, it appears clear to me that Dr. Porteous would be expected to use professional skill in the manner in which the manometer was pumped. This, in my view, he failed to do and as a permanent employee of the hospital, the hospital is vicariously liable for his negligence."

In his judgment, Aylesworth J.A., with whom Evans and Brooke J.J.A. concurred, reviewed all the relevant cases beginning with *Hillyer v. The Governors of St. Bartholomew's Hospital*<sup>2</sup>, and he dealt in particular with the case in this Court of *The Sisters of St. Joseph of the Diocese of London in Ontario v. Fleming*<sup>3</sup>.

Davis J. who delivered the judgment in the *Fleming* case, after extensively reviewing the *Hillyer* case and subsequent cases criticizing, distinguishing or limiting its application, said concerning that case at p. 188 of the report:

The statement of Lord Justice Kennedy in *Hillyer's* case as to the difference between ministerial or administrative duties, on the one hand, and matters of professional care or skill, on the other hand, is entitled to great weight and respect, but even the decision in the case is not binding upon this Court.

and at p. 190:

After the most anxious consideration we have concluded that, however useful the rule stated by Lord Justice Kennedy may be in some circumstances as an element to be considered, it is a safer practice, in order to determine the character of a nurse's employment at the time of a negligent act, to focus attention upon the question whether or not in point

s'est montré négligent, à un moment où le D<sup>r</sup> Matthews se trouvait dans la salle voisine.

\* \* \*

Toutefois, en l'espèce, on s'attendait manifestement que le D<sup>r</sup> Porteous se serve de ses connaissances et de son expérience, en plus de suivre les ordres que le D<sup>r</sup> Matthews lui donnait directement. Étant donné que le D<sup>r</sup> Matthews devait s'absenter de la salle pour l'étalonnage, ce qui l'empêchait de voir ce que faisait le D<sup>r</sup> Porteous au moment où il (le D<sup>r</sup> Porteous) pompait le manomètre, il me paraît clair que le D<sup>r</sup> Porteous devait faire appel à ses connaissances professionnelles dans la façon dont il pompait le manomètre. A mon avis, c'est ce qu'il a omis de faire et, puisqu'il est un employé permanent de l'hôpital, ce dernier est responsable, à titre de commettant, de sa négligence.»

Dans son jugement, le Juge d'appel Aylesworth, à l'avis duquel souscrivaient les Juges d'appel Evans et Brooke, a passé en revue toutes les causes pertinentes, à commencer par *Hillyer v. The Governors of St. Bartholomew's Hospital*<sup>2</sup>; il a traité, en particulier, de la cause *The Sisters of St. Joseph of the Diocese of London in Ontario c. Fleming*<sup>3</sup>, en cette Cour.

Après avoir longuement étudié l'arrêt *Hillyer* et les arrêts subséquents qui en critiquaient ou limitaient l'application ou faisaient des distinctions à ce sujet, le Juge Davis, en rendant jugement dans l'affaire *Fleming*, a dit ce qui suit au sujet de l'arrêt *Hillyer*, à la p. 188 du recueil:

[TRADUCTION] L'exposé de Lord Kennedy, dans la cause *Hillyer*, sur la différence entre les fonctions ministérielles ou administratives d'une part, et les fonctions où s'exerce un soin ou une compétence professionnelle d'autre part, a beaucoup de poids et de mérite, mais même la décision prise dans cette cause-là ne lie pas cette Cour.

Puis, p. 190:

[TRADUCTION] Après une étude très approfondie, nous avons conclu que, si utile que soit, dans certaines circonstances, la règle énoncée par Lord Kennedy, à titre d'élément dont il faut tenir compte, il est plus sûr, pour déterminer la nature des fonctions d'une infirmière au moment où l'acte négligent a été commis, de chercher à savoir si oui ou non, de

<sup>2</sup> [1909] 2 K.B. 820.

<sup>3</sup> [1938] S.C.R. 172, [1938] 2 D.L.R. 417.

<sup>2</sup> [1909] 2 K.B. 820.

<sup>3</sup> [1938] R.C.S. 172, [1938] 2 D.L.R. 417.

of fact the nurse during the period of time in which she was engaged on the particular work in which the negligent act occurred was acting as an agent or servant of the hospital within the ordinary scope of her employment or was at that time outside the direction and control of the hospital and had in fact for the time being passed under the direction and control of a surgeon or physician, or even of the patient himself. It is better, we think, to approach the solution of the problem in each case by applying primarily the test of the relation of master and servant or of principal and agent to the particular work in which the nurse was engaged at the moment when the act of negligence occurred.

Aylesworth J.A., having quoted these extracts from *Fleming's* case, said:

I respectfully adopt that principle as binding upon this Court and in the statement thereof by Davis, J., I perceive no limitation of the application of the principle to acts by a nurse outside the operating theatre or not committed by her during the course of an operation. While it well may be that a nurse is seldom, if ever, while acting in the course of an operation, to be considered for the time being as an employee of the hospital, that is a question of fact in each case and does not impinge upon the principle itself. I also conclude that by analogy, at least, the same principle applies to a physician or surgeon, not only outside of the operating room but within it and that in each case it is a question of fact to be determined whether or not the physician or surgeon, a member of the staff of the hospital and, generally speaking, an employee of that hospital is, at the time of the commission of the act complained of, an employee of the hospital or acting in a different capacity. Certainly for all that was said in the *St. Joseph* case, it is open to this Court so to decide.

From this base Aylesworth J.A., after reviewing a number of cases subsequent to *Fleming's* case, concluded as follows:

The cases under review both in this country and in England make it clear, I think, that the liability of a hospital for the negligent acts or omissions of an employee vis-à-vis a patient, depends primarily upon the particular facts of the case, that is to say, the services which the hospital undertakes to provide and the relationship of the physician and surgeon to the hospital. The introduction into

fait, pendant qu'elle remplissait la tâche particulière où l'acte négligent a été commis, l'infirmière agissait en qualité d'agent ou de préposé de l'hôpital dans les limites ordinaires de ses attributions, ou si elle était à ce moment-là soustraite à la direction et au contrôle de l'hôpital, étant de fait pour ce temps sous la direction ou le contrôle d'un chirurgien ou d'un médecin ou même du patient. Nous croyons qu'il est préférable d'aborder la question dans chaque cas en cherchant à déterminer d'abord si la tâche particulière dont s'acquittait l'infirmière au moment où la négligence a été commise créait un rapport d'employeur à employés ou de mandant à mandataire.

Ayant cité ces extraits de l'arrêt *Fleming*, le Juge d'appel Aylesworth a dit:

[TRADUCTION] Je considère respectueusement que ce principe lie cette Cour et je ne vois, dans l'énoncé qu'en a fait le Juge Davis, rien qui limite son application aux actes qu'une infirmière commet en dehors de la salle d'opération ou aux actes qu'elle n'a pas commis au cours d'une opération. Même s'il se peut très bien qu'une infirmière soit rarement, sinon jamais, considérée comme une employée de l'hôpital pour le temps où elle remplit des fonctions au cours d'une opération, c'est dans chaque cas une question de fait et cela ne va pas à l'encontre du principe même. Je conclus également que, par analogie du moins, le même principe s'applique aux médecins et chirurgiens, non seulement à l'extérieur mais aussi à l'intérieur de la salle d'opération, et que dans chaque cas, la question de savoir si le médecin ou le chirurgien, membre du personnel de l'hôpital et de façon générale employé de cet hôpital, était au moment de la commission de l'acte dont on se plaint, un employé de l'hôpital ou s'il agissait en quelque autre qualité, est un point de fait. A coup sûr, malgré tout ce qui a été dit dans l'arrêt *St. Joseph*, il est loisible à cette Cour d'en décider ainsi.

Après avoir passé en revue un certain nombre de causes postérieures à l'arrêt *Fleming*, le Juge d'appel Aylesworth en est venu à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Les causes en question, tant ici qu'en Angleterre, montrent clairement, je crois, que la responsabilité de l'hôpital pour les omissions ou actes négligents d'un employé envers un patient dépend surtout des faits particuliers de l'espèce, c'est-à-dire des services que l'hôpital s'engage à fournir et du rapport qui lie le médecin ou chirurgien à l'hôpital. En Angleterre, l'introduction de la méde-

England of nationalized medicine probably has greatly altered the factual situation in that country with respect to the inquiries I have just mentioned, but each case there, I take it, will turn upon its particular facts. Similarly, I think in Ontario vicarious liability will be driven home to the hospital or plaintiffs will fail in that attempt, depending upon the peculiar facts of each case.

In this regard, I cannot refrain from observing that the more modern cases in England at the appellate level would seem to be drawing ever nearer to the principle, so far as nurses are concerned, enunciated in the Supreme Court of Canada in the *St. Joseph* case and, as I have already said, *in my view it is open to this Court to apply those principles expressed as to nurses, to physicians and even to physicians in the operating theatre.*

(Emphasis added.)

I am fully in agreement with Aylesworth J.A. in the conclusion which he reached in the paragraphs quoted above and I would, accordingly, dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the defendant, appellant: Levinter, Dryden, Bliss, Maxwell, Levitt & Hart, Toronto.*

*Solicitors for the defendant, respondent, Dr. R. L. Matthews, McCarthy & McCarthy, Toronto.*

*Solicitors for the plaintiffs, respondents, Elizabeth Aynsley and Stuart James Aynsley: Thomson, Rogers, Toronto.*

cine étatisée a probablement beaucoup modifié la situation de fait en ce qui concerne les causes que je viens de mentionner, mais dans ce pays, chaque cause sera jugée, je crois, d'après les faits particuliers qui y sont en jeu. De même, je crois qu'en Ontario les demandeurs réussiront à faire reconnaître la responsabilité du fait d'autrui de l'hôpital ou échoueront dans leur tentative selon les faits particuliers en jeu dans chaque cause.

A ce sujet, je ne puis m'empêcher de faire remarquer que les arrêts récents des cours d'appel anglaises semblent se rapprocher de plus en plus du principe énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *St. Joseph*, du moins en ce qui concerne les infirmières, et comme je l'ai déjà dit, *à mon avis, il est loisible à cette Cour d'appliquer aux médecins les principes énoncés pour les infirmières, et ce, même quand ils sont dans les salles d'opération.*

(Les italiques sont de moi.)

Je souscris entièrement à la conclusion du Juge d'appel Aylesworth, dans les paragraphes cités ci-dessus; par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

*Appel rejeté avec dépens.*

*Procureurs du défendeur, appellant: Levinter, Dryden, Bliss, Maxwell, Levitt & Hart, Toronto.*

*Procureurs du défendeur, intimé, le docteur R. L. Matthews: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

*Procureurs des demandeurs intimés, Elizabeth Aynsley et Stuart James Aynsley: Thomson, Rogers, Toronto.*