

Sonia Jane Engel *Appellant*

v.

Kam-Ppelle Holdings Ltd., York Taxi Service Ltd. and Allan Salyn *Respondents*

INDEXED AS: ENGEL v. SALYN

File No.: 21970.

1992: October 14; 1993: January 21.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Torts — Damages — Calculation — Self-employed person — Calculation based on after-tax cost of replacement labour — Whether acceptable method of assessing appellant's pecuniary damages.

Torts — Damages — Mitigation — Tort victim refusing further tests — Expert medical opinion recommending conservative treatment — Whether appellant's refusal of medical treatment arbitrary or unreasonable resulting in failure to mitigate damages.

The appellant suffered a back injury in a motor vehicle accident. The sole issue at trial was the quantum of damages. The trial judge adopted a formula where the after-tax labour cost of replacement staff was calculated, grossed up by 10 percent to account for employee benefits, and then divided by two to reflect the fact that the appellant owned 50 percent of the business. During the trial, medical experts testified that, although further testing might reveal the exact nature of the injury, back surgery was not recommended unless her pain became unbearable. The appellant had followed this advice and refused to undergo further testing or surgery. The Court of Appeal ordered a new trial because it considered the formula for the calculation of loss of earnings to be inaccurate. It also considered the award for damages to be too high because appellant decided to refuse further testing and so failed to mitigate her losses. At issue here was: (1) whether the formula adopted by the trial judge was an acceptable method of assessing the appellant's pecuniary damages; and, (2) whether appellant arbitrar-

Sonia Jane Engel *Appelante*

c.

^a **Kam-Ppelle Holdings Ltd., York Taxi Service Ltd. et Allan Salyn** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ENGEL c. SALYN

^b N° du greffe: 21970.

1992: 14 octobre; 1993: 21 janvier.

^c Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Calcul — Personne établie à son compte — Calcul fondé sur le coût après impôt de la main-d'œuvre de remplacement — S'agit-il là d'une méthode valable d'évaluation des dommages pécuniaires de l'appelante?

^e *Responsabilité délictuelle — Dommages-intérêts — Limitation du préjudice — Victime d'un délit civil refusant de subir de nouveaux tests — Traitement conservateur recommandé par des experts médicaux — Le refus de l'appelante de subir des traitements médicaux était-il arbitraire ou déraisonnable constituant ainsi un manquement à l'obligation de limiter le préjudice?*

L'appelante a subi une blessure au dos dans un accident d'automobile. L'unique question en litige au procès était le montant des dommages-intérêts. Le juge de première instance a adopté une formule consistant à calculer le coût après impôt du personnel de remplacement, majoré de 10 pour 100 pour tenir compte des avantages sociaux, et à diviser le montant ainsi obtenu par deux de manière à traduire le fait que l'entreprise appartenait à 50 pour 100 à l'appelante. Au cours du procès, des experts médicaux ont témoigné que de nouveaux tests pourraient révéler la nature précise de la lésion, mais qu'une intervention chirurgicale au dos était déconseillée, à moins que la douleur ne devienne insupportable. Suivant ce conseil, l'appelante a refusé de subir de nouveaux tests ou de se faire opérer. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès parce qu'elle considérait comme inexacte la méthode de calcul de la perte. Elle a en outre jugé trop élevé le montant des dommages-intérêts puisque l'appelante a décidé de refuser de se soumettre à de nouveaux tests, manquant ainsi

ily or unreasonably refused medical testing and so failed to mitigate her damages.

Held: The appeal should be allowed.

The trial judge must attempt to put the injured party in the position that that party would have enjoyed if the accident had not occurred. Quantifying the victim's contribution to the business is inherently difficult in the case of self-employed persons. The best approach to calculating future losses is dictated by the particular circumstances. Expert witnesses may assist the judge in determining the most appropriate method. Here, the trial judge's approach was reasonable in the circumstances and even somewhat conservative.

Where the injured party is self-employed, decrease in salary may not be an appropriate measure of damages where the paid salary does not reflect the victim's actual contribution to the business. Similarly, a loss of profits approach may be warranted in some cases, and not in others. Inherent risks involved in owning a business may constitute a strong contingency factor but this can be counterbalanced by evidence of good earning potential. No evidence was tendered here on loss of profits (other than the loss attributable to the cost of replacement labour). Since nothing in the evidence suggested that the expert's approach was inappropriate, the Court of Appeal was not entitled to intervene.

The inviolability of the human body is a fundamental legal principle and, barring emergency situations, the onus for proving the need for medical testing lies on those seeking to have it performed. Although the appellant had the right to refuse medical testing intended to determine the exact nature of her injuries, the defendant must not be made to bear the cost of the injured party's choice where such refusal is unreasonable and arbitrary. The decision as to reasonableness is best made by the trier of fact who is in a position to appreciate the evidence first hand. Here, no evidence was tendered as to the lack of risk in undergoing the test or as to the gravity of the consequences in refusing it. The trial judge's con-

à son obligation de limiter son préjudice. Les questions en litige en l'espèce sont de savoir (1) si la formule adoptée par le premier juge représente une méthode valable d'évaluation des dommages pécuniaires de l'appelante et (2) si l'appelante a refusé d'une façon arbitraire ou déraisonnable de se soumettre aux tests médicaux, manquant par là à son obligation de limiter son préjudice.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge de première instance doit tenter de mettre la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée n'eût été l'accident. Dans le cas des personnes établies à leur compte, quantifier l'apport de la victime à l'entreprise est une tâche difficile en soi. Ce sont les circonstances particulières qui dictent la meilleure façon d'aborder le calcul des pertes futures. Des témoins experts peuvent aider le juge à décider de la méthode qui convient le mieux. En l'espèce, la méthode du juge de première instance était raisonnable dans les circonstances, voire plutôt prudente.

Lorsque la partie lésée est établie à son compte, la baisse de salaire n'est peut-être pas le critère approprié pour le calcul des dommages-intérêts si le salaire payé ne reflète pas l'apport réel de la victime à l'entreprise. De même, la méthode des profits perdus pourrait se justifier dans certains cas, mais non dans d'autres. Les risques inhérents à la possession d'une entreprise peuvent entraîner des aléas importants, mais c'est là un facteur auquel peut faire contrepoids une preuve de l'existence d'un bon potentiel de gains. En l'espèce, aucune preuve d'une perte de profits n'a été produite (hormis celle imputable au coût de la main-d'œuvre de remplacement). Comme il n'y a rien dans la preuve qui donne à entendre que la méthode de l'expert était inadéquate, l'intervention de la Cour d'appel n'était pas justifiée.

L'intégrité physique de la personne est un principe de droit fondamental et, sauf dans les situations d'urgence, le fardeau de démontrer la nécessité de tests médicaux incombe à ceux qui en demandent l'exécution. Bien que l'appelante fût en droit de refuser de subir des tests médicaux visant à déterminer la nature exacte de ses blessures, il ne faut pas faire supporter au défendeur le coût du choix de la partie lésée lorsque le refus est déraisonnable et arbitraire. C'est le juge des faits qui est en meilleure position pour prendre la décision quant au caractère raisonnable, car c'est lui qui peut apprécier la preuve de première main. En l'espèce, on n'a produit aucune preuve établissant que le test ne présentait pas de risque ni aucune preuve quant à la gravité des conséquences du refus de le subir. La conclusion du premier

clusion that the appellant did not act arbitrarily or unreasonably was well supported by the evidence.

Cases Cited

Considered: *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; referred to: *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388.

Statutes and Regulations Cited

Automobile Accident Insurance Act, R.S.S. 1978, c. A-35.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1990), 81 Sask. R. 153, [1990] 3 W.W.R. 277, allowing an appeal from a judgment of Maurice J. (1988), 68 Sask. R. 312. Appeal allowed.

Kenneth W. Wasylyshen and Daniel Dierker, for the appellant.

E. R. Gritzfeld, Q.C., for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—This case involves a claim for damages suffered in a motor vehicle accident. Two main issues are raised, namely (1) whether the Court of Appeal for Saskatchewan erred in remitting the matter of assessment of pecuniary damages to a new trial, and (2) whether a tort victim's refusal to undergo medical testing in order to determine the nature and extent of physical injuries necessarily constitutes a failure to mitigate damages.

I. The Facts

The appellant suffered an injury to her lower back as a result of a motor vehicle accident on February 6, 1982. Kam-Ppelle Holdings Ltd. and Allan Salyn admitted liability and the appellant

juge que l'appelante n'a agi ni arbitrairement ni déraisonnablement est solidement étayée par la preuve.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; **arrêts mentionnés:** *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388.

Lois et règlements cités

Automobile Accident Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. A-35.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1990), 81 Sask. R. 153, [1990] 3 W.W.R. 277, qui a accueilli l'appel interjeté contre une décision du juge Maurice (1988), 68 Sask. R. 312. Pourvoi accueilli.

Kenneth W. Wasylyshen et Daniel Dierker, pour l'appelante.

E. R. Gritzfeld, c.r., pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—Il s'agit en l'espèce d'une demande en dommages-intérêts découlant d'un accident de la route. Deux questions principales se posent: (1) Est-ce à tort que la Cour d'appel de la Saskatchewan a renvoyé la question de l'évaluation des dommages pécuniaires pour qu'elle soit tranchée dans le cadre d'un nouveau procès? (2) Le refus d'une victime d'un délit civil de se soumettre à des tests médicaux pour déterminer la nature et la gravité de ses lésions corporelles emporte-t-elle nécessairement manquement à l'obligation de limiter le préjudice?

I. Les faits

L'appelante a subi une blessure à la région lombaire par suite d'un accident d'automobile survenu le 6 février 1982. Kam-Ppelle Holdings Ltd. et Allan Salyn ont reconnu leur responsabilité et l'ap-

chose not to proceed against York Taxi Service Ltd. The sole issue at trial was the quantum of damages.

The appellant, 29 years of age at the time of the accident, has suffered chronic back pain since that time. Two weeks after the accident, she lost her job due to management changes. In April of 1982, she and her husband purchased a bakery which opened May 1, 1982 and has since been a successful venture. The appellant, characterized by the trial judge as a bright efficient worker with a strong work ethic, was unable to work at the bakery between May 1 and August 1, 1982. Two replacement workers were hired to do twelve hours of replacement labour per day. A clerical worker was paid at a rate of \$4.25 per hour and a baker was paid at a rate of \$8 per hour.

Since August 1, 1982, the appellant has only been able to work an average of five hours per day at the bakery, due to physical limitations caused by back pain. Her pain has made it impossible for her to enjoy some of her preferred activities such as dancing, swimming and gardening.

Physicians told the appellant that they were unsure whether her pain was muscular in nature or caused by a disk protrusion which could potentially be corrected by surgery. At trial, two medical experts testified that although a CT scan or myelogram might reveal the exact nature of the injury, back surgery was not recommended unless her pain became unbearable. The appellant chose not to undergo any further testing or surgery, pursuant to the physicians' recommendations.

II. The Decisions of the Courts Below

Court of Queen's Bench (1988), 68 Sask. R. 312

The appellant's non-pecuniary damages were assessed at \$30,000. The trial judge broke down the assessment of pecuniary damages into four distinct periods. For the period between February 6, 1982 and May 1, 1982, the appellant was awarded

pelante a choisi de mettre fin à sa poursuite contre York Taxi Service Ltd. L'unique question en litige au procès était le montant des dommages-intérêts.

L'appelante, âgée de 29 ans au moment de l'accident, souffre depuis lors d'une lombalgie chronique. Deux semaines après l'accident, elle a perdu son emploi en raison d'un licenciement. En avril 1982, son mari et elle ont fait l'acquisition d'une boulangerie, qui a ouvert ses portes le 1^{er} mai 1982 et qui, depuis, est prospère. L'appelante, qui a été qualifiée par le premier juge de travailleuse intelligente, efficace et très motivée, s'est vue dans l'impossibilité de travailler à la boulangerie entre le 1^{er} mai et le 1^{er} août 1982. Il a donc fallu engager deux suppléants qui travaillaient à eux deux douze heures par jour, soit un employé de bureau, rémunéré au taux de 4,25 \$ l'heure, et un boulanger, payé au taux horaire de 8 \$.

Depuis le 1^{er} août 1982, l'appelante n'a pu travailler en moyenne que cinq heures par jour à la boulangerie en raison des limites physiques que lui impose son mal de dos. Il lui est impossible de s'adonner à certaines de ses activités préférées comme la danse, la natation et le jardinage.

Les médecins ont dit à l'appelante ne pas être certains si sa douleur était de nature musculaire ou bien si elle résultait d'une protrusion discale susceptible d'être corrigée par une chirurgie. En première instance, deux experts médicaux ont témoigné qu'une scanographie ou un myélogramme pourrait peut-être révéler la nature précise de la lésion, mais qu'une intervention chirurgicale au dos était déconseillée, à moins que la douleur ne devienne insupportable. Suivant les recommandations des médecins, l'appelante a choisi de ne pas subir de nouveaux tests et de ne pas se faire opérer.

II. Les décisions des juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine (1988), 68 Sask. R. 312

Les dommages non pécuniaires de l'appelante ont été évalués à 30 000 \$. Aux fins de l'évaluation des dommages pécuniaires, le juge de première instance a retenu quatre périodes distinctes. Pour la période du 6 février 1982 au 1^{er} mai 1982,

two weeks' lost pay (\$464). The trial judge held that it was unlikely that she would have found employment prior to May 1, 1982, had she not been in the accident.

The second period addressed was between May 1, 1982 to August 1, 1982 when the appellant was unable to work at all. The trial judge accepted the formula proposed by economist Dr. Cameron which was to calculate the after-tax labour cost of replacement staff, grossed up by 10 percent to account for employee benefits, and divide the resulting amount by two, to reflect the fact that the appellant owned 50 percent of the business. Using this formula, damages for this period were assessed at \$1,340.78.

As for the third period between August 1, 1982 and June 1, 1988 in which the appellant worked an average of five hours per day, the number of replacement hours required was reduced from twelve to seven. Using the same formula set forth above, damages for this period amounted to \$24,746.13.

The last period discussed concerned future losses. The sum of \$82,357.60 was awarded under this heading. To arrive at this amount, the same after-tax replacement labour formula was used, however the total was discounted by 3 percent. Future losses were calculated until age 65 and were based on the assumption that the appellant would have worked every day except Sundays, public holidays and 14 vacation days per year. The total was further reduced by 20 percent to take into account various contingencies.

Further amounts were awarded for the cost of housekeeping services, and special damages. Sums received as payments under *The Automobile Accident Insurance Act*, R.S.S. 1978, at c. A-35, were deducted, and the total damage award came to \$144,000. The respondents entered an appeal.

il a accordé à l'appelante une somme correspondant à deux semaines de salaire perdu, soit 464 \$. D'après le premier juge, il était peu probable qu'elle aurait trouvé un emploi avant le 1^{er} mai 1982 si elle n'avait pas été victime de l'accident.

La deuxième période envisagée était celle du 1^{er} mai 1982 au 1^{er} août 1982, alors que l'appelante ne pouvait pas travailler du tout. Le juge de première instance a accepté la formule proposée par l'économiste M. Cameron, qui consiste à calculer le coût après impôt du personnel de remplacement, majoré de 10 pour 100 pour tenir compte des avantages sociaux, et à diviser le montant ainsi obtenu par deux de manière à traduire le fait que l'entreprise appartient à 50 pour 100 à l'appelante. Suivant cette formule, les dommages-intérêts pour la période en question ont été évalués à 1 340,78 \$.

Pour la troisième période, celle du 1^{er} août 1982 au 1^{er} juin 1988, pendant laquelle l'appelante a travaillé en moyenne cinq heures par jour, le nombre d'heures de remplacement a été réduit de douze à sept. Selon la formule énoncée ci-dessus, les dommages-intérêts pour cette période s'élevaient à 24 746,13 \$.

Pour ce qui est de la dernière période, ce sont les pertes futures qui sont en cause. La somme de 82 357,60 \$ a été accordée sous cette rubrique. Il s'agit d'un montant déterminé par l'application de la même formule du coût après impôt de la main-d'œuvre de remplacement, minoré cependant de 3 pour 100. On a calculé les pertes futures jusqu'à l'âge de 65 ans en tenant pour acquis que l'appelante aurait travaillé tous les jours sauf les dimanches, les jours fériés et pendant 14 jours de vacances par année. Le total a été en outre réduit de 20 pour 100 pour tenir compte des aléas.

Des montants supplémentaires ont été adjugés au double titre du coût des services d'entretien ménager et des dommages spéciaux. Il y a eu déduction des sommes versées en vertu de l'*Automobile Accident Insurance Act*, R.S.S. 1978, ch. A-35, de sorte que le montant total des dommages-intérêts était de 144 000 \$. Les intimés ont interjeté appel.

Court of Appeal (1990), 81 Sask. R. 153

The Court of Appeal for Saskatchewan was of the view that a new trial should be ordered on the basis that Dr. Cameron's approach to the calculation of loss of earnings was inaccurate and that the damage award should be reduced due to the appellant's failure to mitigate her losses.

Wakeling J.A. criticized the replacement costs approach, at p. 156:

It is important to recognize that Engel is not a wage earner but a business proprietor and her loss of capacity to earn must be assessed on that basis. The calculation of the loss does not therefore call for a detailed analysis of wages paid to others, but rather an analysis of the factors which make up Engel's contribution as one of the proprietors of a bakery business. That contribution involved her physical and intellectual energy, her business acumen, administrative, organizational and marketing skills and those other accomplishments which contributed to the operation of a bakery business she and her husband managed on an equal basis. Taking that proprietorship interest as her role in the business, it is apparent she was able to continue a reasonable and meaningful contribution.

He concluded, at p. 157, that there is a "need for a different approach in the calculation of the appropriate loss where the incapacitated party is not a wage earner".

On the issue of medical testing, the Court of Appeal was of the view that the appellant had arbitrarily refused to take tests and thus to mitigate her damages and that her damage award should be reduced accordingly. The main authority relied on was the decision of this Court in *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146.

III. Points in Issue

(1) Was the trial judge's calculation, based on the after-tax cost of replacement labour, an acceptable method of assessing the appellant's pecuniary damages?

Cour d'appel (1990), 81 Sask. R. 153

Selon la Cour d'appel de la Saskatchewan, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à cause de l'inexactitude de la méthode de calcul de la perte qu'a utilisée M. Cameron et parce qu'il convient de réduire le montant des dommages-intérêts du fait que l'appelante n'a pas pris de mesures pour limiter les dommages.

Le juge Wakeling critique la méthode du coût de remplacement, à la p. 156:

[TRADUCTION] Il importe de reconnaître qu'Engel n'est pas une salariée mais bien la propriétaire d'une entreprise et c'est sur ce fondement qu'il faut évaluer la perte de sa capacité de gagner un revenu. Le calcul de la perte ne nécessite donc pas une analyse détaillée des salaires versés à d'autres, mais plutôt une analyse des éléments constituant l'apport de Mme Engel en tant que copropriétaire d'une boulangerie. Cet apport comprenait son énergie physique et intellectuelle, son savoir-faire commercial, ses compétences administratives, son sens de l'organisation, ses aptitudes en matière de marketing, ainsi que ses autres réalisations qui ont contribué à l'exploitation de la boulangerie, dont elle partageait la gestion à part égale avec son mari. Si l'on tient pour acquis que son rôle dans l'entreprise se définit en fonction de cette qualité de copropriétaire, il est évident qu'elle a pu continuer à y faire un apport raisonnable et important.

Il conclut, à la p. 157, [TRADUCTION] «[qu'] une méthode différente de calcul de la perte en question s'impose lorsque la personne frappée d'incapacité n'est pas un salarié».

Sur la question des tests médicaux, la Cour d'appel estime que l'appelante a arbitrairement refusé de subir des tests et, partant, de limiter son préjudice, si bien qu'il y a lieu de réduire en conséquence le montant des dommages-intérêts. Elle invoque principalement à cet égard l'arrêt de notre Cour *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146.

III. Les questions en litige

(1) Le calcul du premier juge, fondé sur le coût après impôt de la main-d'œuvre de remplacement, représente-t-il une méthode valable d'évaluation des dommages pécuniaires de l'appelante?

(2) Did the appellant arbitrarily or unreasonably refuse medical testing, thereby failing to mitigate her damages?

IV. Analysis

(1) *Assessment of Pecuniary Damages where the Injured Party is Self-employed*

(a) The Quantum in Issue

The appellant claimed special damages, that is, pre-trial pecuniary losses such as medication, hospital services, transportation costs, housekeeping expenses and replacement labour. The Court of Appeal decision does not take issue with the amounts awarded by the trial judge under this heading and, accordingly, the issue is not before us.

As for general damages, the trial judge awarded the sum of \$30,000 for non-pecuniary damages such as pain and suffering and loss of enjoyment of life. Again, this award is not disputed.

The appellant did not tender evidence in support of a claim for non-pecuniary losses associated with inability to work. The issue before us is whether the trial judge erred in relying on calculations based on after-tax cost of labour replacement in assessing pecuniary damages.

(b) The Calculation Method Used by the Court of Queen's Bench

The trial judge accepted the approach of an expert economist which consisted of calculating the after-tax labour cost of replacement staff, grossed up by 10 percent to account for employee benefits, and dividing the resulting amount by two, to reflect the fact that the appellant was only a 50 percent owner of the family business. As agreed by the parties, a discount rate of 3 percent was

(2) L'appelante a-t-elle refusé d'une façon arbitraire ou déraisonnable de se soumettre aux tests médicaux, manquant par là à son obligation de limiter son préjudice?

IV. Analyse

(1) *L'évaluation des dommages pécuniaires lorsque la partie lésée est établie à son compte*

a) Le montant en cause

L'appelante a réclamé des dommages-intérêts particuliers, c'est-à-dire pour les pertes pécuniaires, telles que les médicaments, les services hospitaliers, les frais de transport, les frais d'entretien ménager et la main-d'œuvre de remplacement, subies antérieurement au procès. L'arrêt de la Cour d'appel ne met pas en doute les montants accordés par le juge de première instance sous cette rubrique et, par conséquent, notre Cour n'est pas saisie de cette question.

En ce qui concerne les dommages-intérêts généraux, le premier juge a attribué la somme de 30 000 \$ pour les dommages non pécuniaires, comme la douleur et les souffrances et la perte de la jouissance de la vie. Cette somme n'est pas contestée elle non plus.

L'appelante n'a pas produit de preuve à l'appui d'une demande d'indemnisation des pertes non pécuniaires résultant de l'incapacité de travailler. Nous devons déterminer si c'est à tort que le juge de première instance a retenu aux fins de l'évaluation des dommages pécuniaires des calculs fondés sur le coût après impôt du remplacement de la main-d'œuvre.

b) La méthode de calcul employée par la Cour du Banc de la Reine

Le juge de première instance a accepté la méthode d'un économiste expert, qui consistait à calculer le coût après impôt du personnel de remplacement, majoré de 10 pour 100 pour tenir compte des avantages sociaux, puis à diviser par deux le montant ainsi obtenu de manière à traduire le fait que l'entreprise familiale n'appartient à l'appelante qu'à 50 pour 100. Comme l'ont convenu

applied. The total was further decreased by 20 per cent to reflect such contingencies as the possibility that the appellant's energy and efficiency level might have diminished over time, that she might have died prior to age 65, and that business reversals might have occurred. In my opinion, not only was this approach reasonable in the circumstances, it could even be characterized as somewhat conservative.

In assessing damages for pecuniary losses, the objective sought is full compensation. Although it is virtually impossible to evaluate future losses with complete accuracy, the trial judge must attempt to put the injured party in the position that the party would have enjoyed if the accident had not occurred (see *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, and *Thornton v. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267). In the case of self-employed persons, quantifying the victim's contribution to the business is inherently difficult. The best approach to calculating future losses must be dictated by the particular circumstances. Expert witnesses may assist the judge in determining the most appropriate method of calculation.

In the case of wage earners, forecasts are more easily based on the salary commanded before the date of the accident. However, where the injured party is self-employed, the decrease in salary may not be the appropriate measure of damages, where the paid salary does not reflect the victim's actual contribution to the business. Similarly, a loss of profits approach may be warranted in some cases, and not in others. In the case at bar, no evidence of loss of profits was presented, other than the loss attributable to the cost of replacement labour.

With respect, I am of the opinion that the Court of Appeal erred in ordering a new trial on this ground. The appellant claimed nothing more than the cost of replacement labour which clearly decreased her return from the business, namely 50 percent of such cost. The 10 percent increase

les parties, une réduction de 3 pour 100 a été appliquée. Le total a de plus été réduit de 20 pour 100 pour tenir compte d'aléas, comme la possibilité que l'appelante connaisse avec le temps une diminution de vitalité et d'efficacité, qu'elle meure avant l'âge de 65 ans et que l'entreprise ne subisse des revers. À mon avis, non seulement cette méthode était raisonnable dans les circonstances, mais elle peut même être qualifiée de relativement prudente.

Dans l'évaluation des dommages-intérêts pour pertes pécuniaires l'objet visé est l'indemnisation intégrale. Il est certes presque impossible d'évaluer avec une parfaite exactitude les pertes futures, mais le juge de première instance doit tenter de mettre la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée n'eût été l'accident (voir *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, et *Thornton c. School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267). Dans le cas des personnes établies à leur compte, quantifier l'apport de la victime à l'entreprise est une tâche difficile en soi. Ce sont les circonstances particulières qui doivent dicter la meilleure façon d'aborder le calcul des pertes futures. Des témoins experts peuvent aider le juge à décider de la méthode de calcul qui convient le mieux.

Lorsqu'il s'agit de salariés, il est plus facile de fonder les prévisions sur le salaire touché avant la date de l'accident. Toutefois, lorsque la partie lésée est établie à son compte, la baisse de salaire n'est peut-être pas le critère approprié pour le calcul des dommages-intérêts si le salaire payé ne reflète pas l'apport réel de la victime à l'entreprise. De même, la méthode des profits perdus pourrait se justifier dans certains cas, mais non dans d'autres. En l'espèce, aucune preuve d'une perte de profits n'a été produite, hormis celle imputable au coût de la main-d'œuvre de remplacement.

Avec égards, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant pour ce motif la tenue d'un nouveau procès. L'appelante n'a rien demandé d'autre que le paiement du coût de la main-d'œuvre de remplacement, lequel a visiblement fait baisser les gains qu'elle tirait de l'entre-

for employee benefits was reasonable. Given the evidence, the 20 percent contingency rate applied was not too low. While there are inherent risks involved in owning a business which may constitute a strong contingency factor, this is counterbalanced where there is evidence of good earning potential. In the case at hand, the evidence was indicative of such potential. Once again, I wish to stress that the appropriate method of calculation depends on the circumstances of the case. In my opinion, there was nothing in the evidence which suggested that the expert's approach was inappropriate and thus, the Court of Appeal was not entitled to intervene.

(c) The Court of Appeal's Proposed Method of Calculation

The Court of Appeal, at p. 156, suggested that the trial judge's assessment of damages was incorrect, in that it failed to take into account certain factors such as the appellant's "physical and intellectual energy, her business acumen, administrative, organizational and marketing skills and those other accomplishments which contributed to the operation of the bakery business". All of these factors may indeed be relevant to the determination of loss of earning capacity or the value of her contribution to the business. However, in the case at bar, no evidence was tendered on loss of profits attributable to the loss of such input. All that was claimed were replacement labour costs arising from the reduction of the appellant's working hours and thus, the trial judge's approach was not incorrect. The method of calculation used was not likely to place the appellant in a more favourable position than she would have enjoyed had the accident not occurred.

(2) *Right to Refuse Medical Testing*

(a) Inviolability of the Human Body

prise. D'où sa réclamation de 50 pour 100 de ce coût. La majoration de 10 pour 100 au titre des avantages sociaux est raisonnable. Compte tenu de la preuve, le taux de 20 pour 100 pour les aléas n'est pas insuffisant. Il y a bien sûr inhérents à la possession d'une entreprise des risques qui peuvent entraîner des aléas importants, mais c'est là un facteur auquel peut faire contrepoids une preuve de l'existence d'un bon potentiel de gains. Or, en l'espèce, la preuve fait état d'un tel potentiel. Je souligne donc encore une fois que la méthode appropriée de calcul tient aux circonstances de l'affaire. À mon avis, rien dans la preuve ne donnait à entendre que la méthode de calcul proposée par l'expert était inadéquate, et l'intervention de la Cour d'appel n'était donc pas justifiée.

c) La méthode de calcul proposée par la Cour d'appel

La Cour d'appel, à la p. 156, indique que l'évaluation des dommages-intérêts faite par le premier juge est entachée d'erreur en ce qu'elle ne tient pas compte de certains facteurs, tels que l'[TRADUCTION] «énergie physique et intellectuelle [de l'appelante], son savoir-faire commercial, ses compétences administratives, son sens de l'organisation, ses aptitudes en matière de marketing, ainsi que ses autres réalisations qui ont contribué à l'exploitation de la boulangerie». Tous ces facteurs peuvent fort bien être pertinents pour déterminer la perte du potentiel de gains ou la valeur de l'apport de l'appelante à l'entreprise. En l'espèce, toutefois, aucune preuve n'a été présentée quant au manque à gagner imputable à la perte de cette participation à l'entreprise. Seuls ont été réclamés les coûts de la main-d'œuvre de remplacement qui ont résulté de la réduction des heures de travail de l'appelante, de sorte que la démarche du juge de première instance n'était pas erronée. En effet, la méthode de calcul employée ne risquait pas de mettre l'appelante dans une situation plus favorable que celle où elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu d'accident.

(2) *Le droit de refuser les tests médicaux*

a) L'intégrité physique de la personne

The inviolability of the human body is a fundamental legal principle. As stated by this Court in *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, at p. 437, "Since, barring emergency situations, a surgical procedure without consent ordinarily constitutes battery, it will be obvious that the onus of proving the need for the procedure is on those who seek to have it performed." The same principle can be transposed to medical testing. Clearly, the appellant had the right to refuse to undergo medical testing, with a view to determining the exact nature of her injuries.

(b) The Janiak Test

The respondents argue that the appellant's refusal to undergo medical testing was arbitrary and unreasonable and that this Court's decision in *Janiak v. Ippolito*, *supra*, should be applied. In *Janiak*, damages were considerably reduced due to failure to mitigate damages.

This Court held in *Janiak* that where an injured party, who is fully competent and capable, unreasonably and arbitrarily refuses to receive treatment, the injured party may not force the defendant to bear the cost of this choice.

I agree with the submission that the *Janiak* principle can be applied to medical testing. Although an injured party is free to decline medical testing, where such refusal is unreasonable and arbitrary, the defendant must not be made to bear the cost of the injured party's choice. Failure to take medical tests in order to determine the nature and extent of an injury raises the issue of the failure to mitigate damages.

(c) Application of the Test to this Case

The Court of Appeal concluded, at p. 157, that the appellant had "arbitrarily refused to take tests which enable diagnosis of her injury" and thus, damages should be reduced accordingly. The trial

L'intégrité physique de la personne est un principe de droit fondamental. Comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, aux pp. 437 et 438: «Étant donné que, sauf dans les situations d'urgence, une intervention chirurgicale sans consentement constitue habituellement des voies de fait, il ressort que le fardeau de démontrer la nécessité de l'acte médical incombe à ceux qui en demandent l'exécution». Le même principe s'applique aux tests médicaux. L'appelante avait de toute évidence le droit de refuser de subir des tests médicaux visant à déterminer la nature exacte de ses blessures.

b) Le critère de l'arrêt Janiak

Les intimés soutiennent que le refus de l'appelante de subir des tests médicaux était arbitraire et déraisonnable et qu'il y a lieu d'appliquer en l'espèce notre arrêt *Janiak c. Ippolito*, précité. Dans cette affaire, le montant des dommages-intérêts a été sensiblement réduit du fait du manquement à l'obligation de limiter le préjudice.

Notre Cour a statué dans *Janiak* que la partie lésée qui, étant en pleine possession de la capacité voulue, refuse déraisonnablement et arbitrairement d'accepter des traitements, ne saurait obliger le défendeur à supporter le coût de ce choix.

Je souscris à l'argument selon lequel le principe posé dans l'arrêt *Janiak* peut être appliqué aux tests médicaux. Bien qu'une partie lésée soit libre de refuser tout test médical, il ne faut pas faire supporter au défendeur le coût du choix de la partie lésée lorsque le refus est déraisonnable et arbitraire. Le refus de se soumettre à des tests médicaux visant à déterminer la nature et la gravité des blessures soulève donc la question du manquement à l'obligation de limiter le préjudice.

c) L'application du critère en l'espèce

La Cour d'appel conclut, à la p. 157, que l'appelante a [TRADUCTION] «arbitrairement refusé de subir des tests médicaux permettant de diagnostiquer ses blessures», de sorte qu'il y a lieu de réduire en conséquence le montant de ses dommages-intérêts. Elle critique la décision du juge de

judge's decision was criticized in the following terms, at p. 157:

His summary of the evidence may be correct, but it appears to erroneously assume that if the doctors can accept her decision to refuse diagnostic testing and prospective medical treatment, the law should likewise do so.

The position that the law should take is indeed highly dependant on the position taken by the medical profession. As stated by Wilson J. in *Janiak*, at p. 162:

It would appear from the authorities that as long as a plaintiff follows any one of several courses of treatment recommended by the medical advisers he consults he should not be said to have acted unreasonably.

She referred to three other factors relevant to the analysis, at pp. 162-63:

In making his finding as to the reasonableness or otherwise of a refusal of medical treatment, the trier of fact will also, of course, take into consideration the degree of risk to the plaintiff from the surgery (*Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505 (Sask. C.A.)), the gravity of the consequences of refusing it (*Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741 (Sask. K.B.)), and the potential benefits to be derived from it (*Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91 (S.C.)).

The same is true of medical tests. The decision as to the reasonableness of the tort victim's refusal to undergo medical testing or treatment is best made by the trier of fact who is in a position to appreciate the evidence first hand. In the case at hand, the trial judge's conclusion that the appellant did not act arbitrarily or unreasonably was well supported by the evidence. The appellant's expert Dr. Jowsey testified that her symptoms did not warrant surgery:

... her symptoms are not such that I am—even if this were a disk protrusion, that I am terribly enthusiastic about disk surgery either.

The defendants' expert Dr. Ekong was of the same opinion:

première instance dans les termes suivants, à la p. 157:

[TRADUCTION] Peut-être son résumé de la preuve est-il exact, mais il semble y supposer, à tort, que si les médecins peuvent accepter sa décision de refuser les tests de diagnostic et les traitements médicaux éventuels, les tribunaux devraient en faire autant.

La position à adopter par les tribunaux dépend effectivement, dans une large mesure, de celle des médecins. Comme l'affirme le juge Wilson dans l'arrêt *Janiak*, à la p. 162:

Il semblerait, d'après la jurisprudence, que dans la mesure où un demandeur suit l'une ou l'autre des différentes formes de traitement recommandées par les médecins qu'il a consultés, on ne puisse pas dire qu'il a agi déraisonnablement.

Aux pages 162 et 163, elle mentionne trois autres facteurs qui sont pertinents aux fins de l'analyse:

En déterminant le caractère raisonnable ou déraisonnable du refus de subir un traitement médical, il va de soi que le juge des faits doit également tenir compte du risque auquel l'intervention chirurgicale expose le demandeur (*Taylor v. Addems and Addems*, [1932] 1 W.W.R. 505 (C.A. Sask.)), de la gravité des conséquences du refus de la subir (*Masny v. Carter-Hall-Aldinger Co.*, [1929] 3 W.W.R. 741 (B.R. Sask.)) et des avantages qui peuvent en découler (*Matters v. Baker and Fawcett*, [1951] S.A.S.R. 91 (C.S.)).

Ainsi en est-il également des tests médicaux. En effet, le juge des faits est en meilleure position pour prendre la décision quant au caractère raisonnable du refus de la victime d'un délit civil de subir des tests ou des traitements médicaux, car c'est lui qui peut apprécier la preuve de première main. En l'espèce, la conclusion du premier juge que l'appelante n'a agi ni arbitrairement ni déraisonnablement est solidement étayée par la preuve. Le Dr Jowsey, l'expert de l'appelante, a témoigné que les symptômes de cette dernière ne justifiaient pas une intervention chirurgicale:

[TRADUCTION] ... d'ailleurs, ses symptômes ne sont pas tels que, même s'il s'agissait d'une protrusion discale, j'envisagerais très volontiers une intervention chirurgicale.

Le Dr Ekong, l'expert des défendeurs, était du même avis:

If she felt that she had enough problems to warrant wanting something for that to be done to correct the problem, that the prudent way to go would be to proceed with CT scan and possibly myelography if so indicated. I indicated that to her, though, that only—that based on the examination, I wasn't actually terribly impressed that that was indicated; that conservative treatment should be tried under those circumstances.

I agree with the trial judge's conclusion at p. 314 that, given these opinions, it follows that "no useful purpose can be [was] served by further tests" and that the appellant's refusal was therefore fully justified.

As indicated by the Court of Appeal, the respondents had the burden of proving that the appellant failed to mitigate her damages. However, no evidence concerning the lack of risk involved in undergoing the test was presented. The gravity of the consequences of refusing the test was not established, as even the respondents' own expert suggested that the level of pain suffered by the appellant was such that surgery was not warranted.

Evidence was presented on the issue of the potential benefit which might be derived from surgery. However, given the recommendation that the appellant not undergo surgery unless her condition worsened, the trial judge rightfully gave no weight to this consideration.

V. Conclusion

For these reasons, I am of the view that the appeal should be allowed, with costs both here and in the courts below, and that the Court of Queen's Bench decision should be restored.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Wasylyshen & Stephaniuk, Yorkton.

Solicitors for the respondents: Gritzfeld & Associates, Regina.

[TRADUCTION] Si elle croyait ses troubles suffisamment graves pour justifier la prise de mesures pour y remédier, la façon prudente de procéder aurait été de pratiquer une scanographie et, éventuellement, une myélographie, si cela était indiqué. J'ai dit toutefois que dans son cas—que, l'ayant examinée, je n'étais vraiment pas très convaincu que c'est ce qu'il fallait faire. Il convenait plutôt, dans les circonstances, d'essayer un traitement conservateur.

Tout comme le juge de première instance, à la p. 314, j'estime qu'il découle de ces opinions qu'[TRADUCTION] «il ne servirait [servait] à rien qu'elle subisse d'autres tests» et que le refus de l'appelante était en conséquence tout à fait justifié.

Comme l'a indiqué la Cour d'appel, c'est aux intimés qu'il incombait de prouver que l'appelante a manqué à son obligation de limiter son préjudice. Cependant, aucune preuve établissant que le test ne présentait aucun risque n'a été produite. On n'a pas établi la gravité des conséquences du refus de le subir, car même l'expert des intimés a indiqué que la douleur éprouvée par l'appelante ne justifiait pas une intervention chirurgicale.

Des éléments de preuve des avantages possibles d'une intervention chirurgicale ont été présentés. Toutefois, compte tenu de la recommandation que l'appelante ne se fasse opérer que si son état empirait, le juge de première instance a décidé à bon droit de ne pas attacher d'importance à cette considération.

V. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et de rétablir la décision de la Cour du Banc de la Reine.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Wasylyshen & Stephaniuk, Yorkton.

Procureurs des intimés: Gritzfeld & Associates, Regina.