

The Canadian Red Cross Society *Appellant*

and

York Finch General Hospital (*Defendant*)

v.

Douglas Walker as Executor of the Estate of Alma Walker, deceased, Douglas Walker, infants Scott Walker and Danielle Walker by their Litigation Guardian Douglas Walker, J. Bob Alderson and Velma Alderson *Respondents*

and between

The Canadian Red Cross Society *Appellant*

and

Toronto Hospital (*Defendant*)

v.

Lois Osborne as Executrix of the Estate of Ronald Charles Osborne, deceased, Lois Osborne, Paul Osborne, Karen McCraw and David Osborne *Respondents*

and between

The Canadian Red Cross Society *Appellant*

and

Hospital for Sick Children (*Defendant*)

v.

A.A.M., A.M., on his own behalf and as Litigation Guardian for D.R.M. and A.M.M. *Respondents*

La Société canadienne de la Croix-Rouge *Appelante*

et

York Finch General Hospital (*Défendeur*)

c.

Douglas Walker à titre d'exécuteur de la succession de feu Alma Walker, Douglas Walker, les jeunes enfants Scott Walker et Danielle Walker, représentés par leur tuteur à l'instance Douglas Walker, J. Bob Alderson et Velma Alderson *Intimés*

et entre

La Société canadienne de la Croix-Rouge *Appelante*

et

Toronto Hospital (*Défendeur*)

c.

Lois Osborne à titre d'exécutrice de la succession de feu Ronald Charles Osborne, Lois Osborne, Paul Osborne, Karen McCraw et David Osborne *Intimés*

et entre

La Société canadienne de la Croix-Rouge *Appelante*

et

Hospital for Sick Children (*Défendeur*)

c.

A.A.M., A.M., pour son propre compte et à titre de tuteur à l'instance de D.R.M. et A.M.M. *Intimés*

INDEXED AS: WALKER ESTATE v. YORK FINCH GENERAL HOSPITAL

Neutral citation: 2001 SCC 23.

File Nos.: 27284, 27285.

2000: November 7; 2001: April 19.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Négligence — Standard of care — Blood banks — Plaintiffs contracting HIV from blood products supplied by Canadian Red Cross Society — Plaintiffs claiming that Society was negligent in procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS — Appropriate standard of care for professional voluntary blood banks in North America — Whether Society met proper standard of care — Whether trial judge correct in finding that Society's May 1984 pamphlet given to blood donors was inadequate despite evidence of two medical experts to the contrary.

Négligence — Causation — Proper test for causation in cases of negligent donor screening by blood banks — Plaintiff contracting HIV from blood and blood products supplied by Canadian Red Cross Society — Plaintiff claiming that Society was negligent in procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS — Trial judge concluding that infected donor would still have given blood even if Society had met proper standard of care and dismissing negligence action for failure to prove causation — Court of Appeal imposing liability on basis of presumptive causal link — Whether rebuttable presumption of causation appropriate standard to apply in cases of negligent blood donor screening.

The plaintiffs — W, O and M — contracted HIV from blood and blood products supplied by the Canadian Red Cross Society ("CRCS"). They claimed that the CRCS was negligent in the procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS. In W's case,

RÉPERTORIÉ : WALKER, SUCCESSION c. YORK FINCH GENERAL HOSPITAL

Référence neutre : 2001 CSC 23.

N^{os} du greffe : 27284, 27285.

2000 : 7 novembre; 2001 : 19 avril.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Négligence — Norme de diligence — Banques de sang — Les demandeurs ont contracté le VIH après avoir reçu des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge — Les demandeurs soutiennent que la Croix-Rouge a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA — Norme de diligence appropriée pour une banque professionnelle de dons bénévoles de sang en Amérique du Nord — La Croix-Rouge a-t-elle satisfait à la norme de diligence applicable? — Le juge de première instance a-t-il eu raison de conclure au caractère inadéquat du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge, malgré le témoignage contraire de deux experts en médecine?

Négligence — Lien de causalité — Critère à appliquer au lien de causalité en matière de négligence de la part des banques de sang dans la sélection des donneurs — Le demandeur a contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge — Le demandeur soutient que la Croix-Rouge a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA — Le juge de première instance a conclu que même si la Croix-Rouge avait satisfait à la norme de diligence applicable, le donneur contaminé aurait tout de même donné du sang et a rejeté l'action fondée sur la négligence au motif qu'aucun lien de causalité n'a été établi — La Cour d'appel a attribué la responsabilité sur la base du lien causal présumé — La présomption réfutable de l'existence du lien de causalité est-elle la norme appropriée dans les affaires de négligence en matière de sélection des donneurs de sang?

Les demandeurs — W, O et M — ont contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par la Société canadienne de la Croix-Rouge (« Croix-Rouge canadienne »). Ils soutiennent que la Croix-Rouge canadienne a fait preuve de négligence

the infected donor gave blood in September 1983. At the time, the CRCS's donor-screening method was a questionnaire given to potential donors. This April 1983 questionnaire contained questions that generally pertained to the donor's health, but made no reference to persons at high risk for contracting AIDS or to signs and symptoms of AIDS. A pamphlet published in May 1984 was the first to make reference to AIDS. In that pamphlet, the CRCS requested that homosexual or bisexual males who have multiple partners refrain from donating blood. The cases of O and M involved a single donor. The blood received by O and M was given in December 1984 and in March 1985 respectively. The donor was a long-time blood donor. He had swollen lymph nodes in his neck, but these had been present since about 1975 and, as far as he was concerned, they had no effect on his overall health and gave no cause for concern in his donating blood. Since he had not been sexually active with men since 1982, he did not regard himself as a sexually active homosexual at the time he donated blood in December 1984. It was not until November 1985 that the CRCS revised its May 1984 pamphlet to describe a typical member of the group of high-risk donors as a person who was "a male and [has] had sex with another male since 1977". Around the same time, it also began testing all blood donations for the presence of HIV antibodies using the ELISA test. In May 1986 the CRCS introduced the first brochure that asked symptom-specific questions about HIV.

The three cases were heard together. The O and M actions in negligence were successful. In determining the appropriate standard of care for the CRCS at the time, the trial judge indicated that the American Red Cross ("ARC") pamphlet released in March 1983 referred to AIDS and mentioned the high-risk groups and the signs and symptoms of AIDS. He noted that it was not until May 1984 that the CRCS released a pamphlet to potential donors which referred to AIDS and that the pamphlet did not mention the signs and symptoms of AIDS. Despite the opinions of two expert witnesses who testified that the "good health" question in the pamphlet provided an adequate alternative to symptom-specific questions, the trial judge concluded that the question did not meet the appropriate standard of care. The CRCS was in breach of the duty that it

dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA. En ce qui a trait à W, le donneur contaminé a donné du sang en septembre 1983. À cette époque, la méthode de sélection des donneurs de la Croix-Rouge canadienne consistait à remettre un questionnaire aux éventuels donneurs. Le questionnaire d'avril 1983 contient des questions qui portent de façon générale sur la santé du donneur, mais ne mentionnent ni les personnes très vulnérables au SIDA, ni les signes et symptômes du SIDA. Le dépliant de mai 1984 est le premier dépliant à mentionner le SIDA. La Croix-Rouge canadienne y demande aux hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires de s'abstenir de donner du sang. Les causes de O et de M concernent le même donneur de sang. Le sang reçu par O et M a été donné en décembre 1984 et en mars 1985 respectivement. Le donneur a longtemps donné du sang. Certains de ses ganglions lymphatiques du cou sont enflés, mais ils le sont depuis environ 1975, et il considère qu'ils n'ont aucune incidence sur son état de santé général et qu'il n'y a aucune raison de s'inquiéter du fait qu'il donne du sang. Étant donné qu'il n'a pas eu de relations sexuelles avec des hommes depuis 1982, il ne se considère pas comme un homosexuel actif au moment où il donne du sang en décembre 1984. Ce n'est qu'en novembre 1985 que la Croix-Rouge canadienne révisé son dépliant de mai 1984 afin d'y décrire le membre type du groupe de donneurs à risque élevé comme étant « un homme qui a eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 ». C'est environ à cette époque qu'elle commence aussi à analyser tous les dons de sang, à l'aide du test ELISA, afin de déterminer s'ils contiennent des anticorps anti-VIH. En mai 1986, elle commence à utiliser le premier dépliant à poser des questions portant précisément sur les symptômes du VIH.

Les trois causes ont été entendues conjointement. Les actions fondées sur la négligence de O et de M ont été accueillies. Pour établir la norme de diligence appropriée pour la Croix-Rouge canadienne de l'époque, le juge de première instance a affirmé que le dépliant de la Croix-Rouge américaine, publié en mars 1983, mentionne le SIDA et les groupes à risque élevé, de même que les signes et symptômes du SIDA. Il a fait remarquer que ce n'est qu'en mai 1984 que la Croix-Rouge canadienne publie à l'intention des éventuels donneurs un dépliant où il est question de SIDA et que le dépliant ne fait pas mention des signes et des symptômes du SIDA. Malgré l'avis de deux experts qui témoignent que la question sur la « bonne santé » contenue dans le questionnaire peut valablement remplacer les questions portant précisément sur les symptômes, le juge de première

owed to users of blood and blood products, to use the same standard as its counterparts in the U.S. to screen blood donors. The trial judge also concluded that the causal link was established in both actions. He held that if either the description of the male homosexual high risk group had been less ambiguous and more precise in the May 1984 pamphlet or the infected donor had been asked if he experienced any of the signs and symptoms of AIDS (such as swollen lymph glands), he would have been precluded from donating blood on December 1984 and March 1985. The Court of Appeal upheld that decision.

The trial judge dismissed W's action for failure to show causation. The trial judge found that even if the CRCS had met the proper standard of care, the infected donor still would have given blood. The trial judge rejected the evidence of the donor that in the fall of 1983 he was not aware of AIDS or the request by the CRCS that gay men who engaged in sex with other men should defer from donating blood, and concluded that the donor was aware of the issue but believed he could ignore the warnings to self-defer because he was in good health. The Court of Appeal set aside that decision. The court found that the CRCS was in breach of its duty of care because, during the relevant time frame, it failed to take adequate or any measures to screen persons known to pose a high risk of transmitting the HIV virus. On the issue of causation, the court applied the principles in *Hollis*. Given that the plaintiff bore the onus of proving causation, it held that the necessary causal link was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures at the time the infected donor gave the fatal HIV-tainted blood to the plaintiff. There was no evidence of conduct on the part of the donor that would have made the CRCS's failure to adequately screen high risk donors irrelevant. It was not open to the CRCS to dislodge the presumptive causal link by showing that proper screening measures would have proved ineffective in deterring the donor because of his own negligence.

Held: The appeals should be dismissed.

instance conclut que la question ne satisfait pas à la norme de diligence qu'il convient d'appliquer. La Croix-Rouge canadienne a manqué, envers les utilisateurs du sang et des produits sanguins qu'elle fournit, à son obligation d'utiliser la même norme que ses homologues aux États-Unis en matière de sélection des donneurs de sang. Le juge de première instance conclut également que le lien de causalité a été établi dans les deux actions. Il est d'avis que si la description du groupe à risque élevé que constituent les homosexuels avait été moins ambiguë et plus précise dans le dépliant de mai 1984 ou si on avait demandé au donneur contaminé s'il avait eu l'un ou l'autre des signes et des symptômes du SIDA (comme des ganglions lymphatiques enflés), il n'aurait pas pu donner du sang en décembre 1984 et en mars 1985. La Cour d'appel a maintenu la décision.

Le juge de première instance rejette l'action de W au motif que le lien de causalité n'a pas été établi. Il dit que, même si la Croix-Rouge canadienne avait satisfait à la norme de diligence applicable, le donneur contaminé aurait tout de même donné du sang. Le juge de première instance rejette le témoignage du donneur selon lequel à l'automne 1983, il n'était pas au courant du SIDA, ni du fait que la Croix-Rouge canadienne demandait aux homosexuels ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes de s'abstenir de donner du sang, et conclut que le donneur était au courant de la question, mais croyait pouvoir passer outre aux mises en garde contre le don de sang, parce qu'il était en bonne santé. La Cour d'appel annule la décision. Elle juge que la Croix-Rouge canadienne n'a pas respecté son obligation de diligence, car, au cours de la période visée, elle n'a pas pris de mesures convenables, ni même aucune mesure, pour filtrer les personnes dont le risque de transmission du VIH est élevé. En ce qui a trait au lien de causalité, la cour applique les principes de l'arrêt *Hollis*. Ainsi, comme il incombe au demandeur d'établir le lien de causalité, elle conclut qu'on doit présumer que le lien causal nécessaire est établi une fois qu'il est démontré que la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donneurs à l'époque où le donneur contaminé a fait le don de sang mortel contaminé par le VIH à la demanderesse. Aucune preuve n'établit un comportement tel de la part du donneur qu'il aurait rendu non pertinente l'omission de la Croix-Rouge canadienne de filtrer convenablement les donneurs à risque élevé. La Croix-Rouge canadienne ne peut pas contester le lien causal présumé en établissant que des mesures de sélection convenables n'auraient pas suffi à dissuader le donneur à cause de sa négligence.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

In the O and M actions, the Court of Appeal was correct in upholding the trial judge's decision. The trial judge was entitled to find that the donor screening procedures of the CRCS May 1984 pamphlet, which was in use when the donor made his HIV-infected blood donations in December 1984 and March 1985, were inadequate and to reject the opinions of the experts who testified on the issue. The trial judge was not asked to assess complex scientific or highly technical matters. The issue was whether the general health question was sufficient to deter the infected donor from donating blood. The issue is not how an expert would respond to the donor screening question in the questionnaire, but how a lay person would respond.

In W's action, the Court of Appeal wrongly relied on *Hollis* to determine causation on the basis of a presumptive causal link. Unlike *Hollis*, there is no "learned intermediary" in this case and a rebuttable presumption of causation is therefore an inappropriate standard to apply. In cases of negligent donor screening, it may be difficult or impossible to prove hypothetically what the donor would have done had he or she been properly screened by the CRCS. In such cases, therefore, the question should not be whether the CRCS's conduct was a necessary condition for the plaintiffs' injuries using the "but-for" test, but whether that conduct was a sufficient condition. The proper test for causation in cases of negligent donor screening is whether the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury. In the present case, it is clear that it did. The plaintiff accordingly retains the burden of proving that the failure of the CRCS to screen donors with tainted blood materially contributed to W contracting HIV from the tainted blood. The trial judge erred on the question of causation. Rather than asking whether the donor would have self-deferred or been excluded from donating blood in September 1983 if he had seen the CRCS May 1984 pamphlet, the trial judge should have asked whether the donor would have self-deferred or been excluded if the CRCS had followed the appropriate standard of care for a professional voluntary blood bank in North America at the time, as represented by the ARC March 1983 pamphlet. The problem with the CRCS May 1984 pamphlet is the focus on being in "good health", a focus which the trial judge found to be inadequate in O's case. Even using the strict but-for test, which is not required in these types of cases, causation is proved on the facts. The trial judge concluded, in

Dans les actions de O et de M, la Cour d'appel a eu raison de maintenir les conclusions du juge de première instance. Le juge de première instance pouvait conclure que les méthodes de sélection des donneurs du dépliant de la Croix-Rouge canadienne de mai 1984, utilisé à l'époque où le donneur a fait en décembre 1984 et en mars 1985 des dons de sang contaminé par le VIH sont insuffisantes et rejeter les opinions des experts qui ont témoigné à ce sujet. On ne demandait pas au juge de première instance d'apprécier des questions scientifiques complexes ou extrêmement techniques. La question litigieuse qu'il devait trancher était de savoir si la question sur l'état de santé général suffisait pour dissuader le donneur contaminé de donner de son sang. Il ne s'agit pas de savoir comment un expert répondrait à la question de sélection des donneurs contenue dans le questionnaire, mais plutôt comment un profane y répondrait.

Dans l'action de W, la Cour d'appel s'est fondée à tort sur l'arrêt *Hollis* pour établir le lien de causalité sur la base du lien causal présumé. Contrairement à *Hollis*, il n'y a pas d'« intermédiaire compétent » dans la présente affaire et la présomption réfutable de l'existence du lien de causalité n'est pas une norme appropriée. Dans les affaires de négligence dans la sélection des donneurs, il peut être difficile, voire impossible d'établir de façon hypothétique ce que le donneur aurait fait s'il avait été convenablement filtré par la Croix-Rouge canadienne. Dans les affaires de cette nature, la question à trancher ne consiste donc pas à déterminer, selon le critère du facteur déterminant, si la conduite de la Croix-Rouge canadienne est une condition nécessaire du préjudice des demandeurs, mais plutôt à savoir si cette conduite en est une condition suffisante. Le critère à appliquer au lien de causalité, en matière de négligence dans la sélection des donneurs, est de savoir si la négligence du défendeur a « contribué de façon appréciable » à la survenance du préjudice. En l'espèce, il est clair que c'est le cas. Il incombe donc toujours à la demanderesse d'établir que l'omission de la Croix-Rouge de filtrer les donneurs dont le sang était contaminé a contribué de façon appréciable au fait que W a eu le VIH après avoir reçu du sang contaminé. Le juge de première instance a commis une erreur sur la question du lien de causalité. Au lieu de demander si le donneur se serait auto-exclu ou aurait été exclu en septembre 1983 s'il avait vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne, le juge de première instance aurait dû demander si le donneur se serait auto-exclu ou aurait été exclu si la Croix-Rouge canadienne avait suivi la norme de diligence appropriée pour une banque professionnelle de dons bénévoles de sang en Amérique du Nord à cette époque,

response to a hypothetical question, that the donor would not have been deferred or excluded from donating blood on September 1983, had he seen the CRCS May 1984 pamphlet. That would not have been the case, however, had the donor seen the ARC 1983 pamphlet. When the proper standard of care is applied the causal link is established.

Cases Cited

Distinguished: *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; **applied:** *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; **referred to:** *Ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458.

Statutes and Regulations Cited

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 43 O.R. (3d) 461, 169 D.L.R. (4th) 689, 118 O.A.C. 217, 44 C.C.L.T. (2d) 205, 31 C.P.C. (4th) 24, [1999] O.J. No. 644 (QL), dismissing the Canadian Red Cross Society's appeals and allowing the Walkers' appeal from a judgment of Borins J. (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1, [1997] O.J. No. 4017 (QL), allowing the *Osborne* and *M* actions in negligence and dismissing the *Walker* action. Appeals dismissed.

Christopher Morrison and Peter K. Boeckle, for the appellant.

Bonnie A. Tough, Jill Lawrie, David Harvey and Cathy Beagan Flood, for the respondents Walker et al.

David Harvey, Bonnie A. Tough and Leah Rachin, for the respondents Osborne et al.

représentée par le dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine. La carence du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne est qu'il est axé sur la « bonne santé », ce que le juge de première instance estime peu satisfaisant dans le cas de O. Même si on applique le critère strict du facteur déterminant, ce qui n'est pas nécessaire dans ces types d'affaires, le lien de causalité est établi d'après les faits. Le juge de première instance a conclu, en réponse à une question hypothétique, que le donneur n'aurait pas été dissuadé ou empêché de donner du sang en septembre 1983 s'il avait vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Ce n'aurait pas été le cas, cependant, si le donneur avait vu le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine. En appliquant la norme de diligence appropriée, on établit le lien causal.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; **arrêt appliqué :** *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; **arrêts mentionnés :** *Ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458.

Lois et règlements cités

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 43 O.R. (3d) 461, 169 D.L.R. (4th) 689, 118 O.A.C. 217, 44 C.C.L.T. (2d) 205, 31 C.P.C. (4th) 24, [1999] O.J. No. 644 (QL), qui a rejeté les appels de la Société canadienne de la Croix-Rouge et accueilli l'appel des Walker contre un jugement du juge Borins (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1, [1997] O.J. No. 4017 (QL), qui avait accueilli les actions en négligence *Osborne* et *M* et rejeté l'action *Walker*. Pourvois rejetés.

Christopher Morrison et Peter K. Boeckle, pour l'appelante.

Bonnie A. Tough, Jill Lawrie, David Harvey et Cathy Beagan Flood, pour les intimés Walker et autres.

David Harvey, Bonnie A. Tough et Leah Rachin, pour les intimés Osborne et autres.

Kenneth Arenson, for the respondents A.A.M. et al.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — Canadians gradually became aware of the AIDS disease at the beginning of the 1980s. There was no scientific advice available and knowledge about the disease was practically all anecdotal. The scientific community, from that point on, began collecting data and sharing information as it became available. It was not until May 1985 that scientists developed the ELISA test that screened for the presence of HIV antibodies in the blood.

The three respondents (plaintiffs) in these appeals contracted HIV from blood and blood products supplied by the appellant, Canadian Red Cross Society (CRCS). Each respondent claimed that the appellant was negligent in the procedures used to screen blood donors with HIV and AIDS.

The respondents Osborne and M succeeded at their trial on liability. Damages were not in issue. However, the action by Walker was dismissed. Ultimately all three respondents were successful in the Ontario Court of Appeal.

The unique circumstances of these appeals confine these findings of negligence to cases arising in the same time period. The advancements in understanding HIV and AIDS have now equipped the medical community and the blood services industry to better protect the integrity of the blood supply. In light of what is now known it is difficult not to view the allegations of negligence with some hindsight. It is important to resist that temptation and to assess the claims on the basis of what was or reasonably ought to have been known at the time that the appellants attempted to screen blood donors who were infected with HIV or AIDS.

Kenneth Arenson, pour les intimés A.A.M. et autres.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — La population canadienne a commencé à prendre conscience du SIDA au début des années 80. Il n'existait pas d'avis scientifique à ce sujet et l'information sur la maladie était essentiellement anecdotique. La communauté scientifique a alors commencé à recueillir des données et à les échanger au fur et à mesure. Ce n'est qu'en mai 1985 que des scientifiques ont mis au point le test ELISA, qui permettait de détecter la présence d'anticorps anti-VIH dans le sang.

Les trois intimés (demandeurs) dans les pourvois ont contracté le VIH après avoir reçu du sang et des produits sanguins fournis par l'appelante, la Société canadienne de la Croix-Rouge (« Croix-Rouge canadienne »). Ils soutiennent que l'appelante a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder pour filtrer les donneurs de sang ayant le VIH ou le SIDA.

Les intimés Osborne et M ont réussi en première instance à établir la responsabilité. Les dommages-intérêts n'étaient pas en cause. Cependant, l'action de Walker a été rejetée. En fin de compte, les trois intimés ont eu gain de cause devant la Cour d'appel de l'Ontario.

En raison des circonstances particulières des présentes affaires, les conclusions en matière de négligence ne s'appliquent qu'aux affaires portant sur la même période. Grâce aux progrès réalisés dans la compréhension du VIH et du SIDA, la communauté médicale et l'industrie des services transfusionnels peuvent maintenant mieux protéger l'intégrité des réserves sanguines. Compte tenu de ce que l'on sait aujourd'hui, il est difficile de ne pas considérer a posteriori les allégations de négligence. Il importe cependant de résister à cette tentation et d'apprécier les prétentions d'après ce qu'on savait, ou ce qu'on aurait raisonnablement dû savoir, à l'époque où les appelants tentaient de filtrer les donneurs de sang qui avaient le VIH ou le SIDA.

1

2

3

4

5 For the reasons that follow, the three appeals are dismissed.

I. Relevant Blood Donor Literature

6 For the purposes of these reasons, there were three crucial documents prepared for distribution or presentation to blood donors, which were used by Canadian and American voluntary blood banks during the relevant period. They are the American Red Cross (ARC) pamphlet entitled “An important message to all blood donors” published in March 1983; the CRCS donor questionnaire entitled “Canadian Red Cross Blood Transfusion Service Donor Questionnaire” published in April 1983; and the CRCS pamphlet entitled “An Important Message to Our Blood Donors” published in April 1984, implemented on May 1, 1984, and distributed to potential donors thereafter. The content of these documents bears directly on the issues in these appeals and the relevant parts are reproduced below. Other materials were published by the CRCS in 1985 and in subsequent years but those are not relevant in this appeal.

A. *American Red Cross Pamphlet entitled “An important message to all blood donors” — March 1983*

This information is distributed to all potential blood donors to help prevent the spreading of certain illnesses from donors to patients by blood transfusions.

Please read this statement, and if you think that there is a risk that your blood could cause illness in a patient who might receive it, please refrain from donating blood at this time.

What Are These Illnesses?

Some persons may feel in excellent health but have viruses or other infectious agents in their blood that could cause illness in persons receiving a transfusion of their blood. If you think any of the following information pertains to you, please do not donate blood today:

Pour les motifs qui suivent, les trois pourvois sont rejetés.

I. Documentation pertinente à l'intention des donneurs de sang

Dans le cadre des présents motifs, il existait trois documents cruciaux destinés aux donneurs de sang que des banques canadiennes et américaines de dons bénévoles de sang utilisaient à l'époque visée : le dépliant de l'American Red Cross (« Croix-Rouge américaine ») « An important message to all blood donors », publié en mars 1983, le « Service de transfusion sanguine de la Croix-Rouge canadienne, Questionnaire des donneurs », publié en avril 1983, et le dépliant de la Croix-Rouge canadienne « Un message important pour nos donneurs de sang », publié en avril 1984, utilisé pour la première fois le 1^{er} mai 1984 et distribué par la suite aux donneurs éventuels. Le contenu de ces documents, dont les passages pertinents sont reproduits plus loin, a une incidence immédiate sur les questions litigieuses que soulèvent les pourvois. La Croix-Rouge canadienne a publié d'autres documents en 1985 et par la suite, mais ils ne sont pas pertinents en l'espèce.

A. *Dépliant de la Croix-Rouge américaine « An important message to all blood donors » — mars 1983*

[TRADUCTION]

Les présents renseignements sont communiqués à tous les éventuels donneurs de sang en vue de prévenir la transmission, par transfusion, de certaines maladies des donneurs aux patients.

Veillez lire ce texte et si, après la lecture, vous estimez que votre sang risque de causer une maladie chez un éventuel receveur, veuillez vous abstenir de donner du sang cette fois-ci.

Quelles sont ces maladies?

Il arrive que des personnes se sentent en excellente santé, bien qu'elles soient porteuses de virus ou d'autres agents infectieux qui pourraient entraîner des maladies chez les receveurs de leur sang. Si vous estimez que l'un ou l'autre des renseignements suivants s'applique à vous, veuillez vous abstenir de donner du sang aujourd'hui :

1. Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS). This newly described illness of unknown cause is believed to be spread by intimate personal contact and, possibly, by blood transfusion. Persons with AIDS have reduced defenses against disease and as a result may develop infections such as pneumonia, or other serious illnesses. At this time there is no laboratory test to detect all persons with AIDS. Therefore, we must rely on blood donors' health histories to exclude individuals whose blood might transmit AIDS to patients who will receive that blood.

The Office of Biologics of the Food and Drug Administration has identified groups at an increased risk of developing AIDS. These groups are —

- Persons with symptoms and signs suggestive of AIDS. These include severe night sweats, unexplained fevers, unexpected weight loss, lymphadenopathy (swollen glands), or Kaposi's Sarcoma (a rare cancer).
- Sexually active homosexual or bisexual men with multiple partners.
- Recent Haitian entrants into the United States.
- Present or past abusers of intravenous drugs.
- Sexual partners of persons at increased risk of AIDS.

. . . .

What Should I Do?

If you believe that you may be carrying one of the above-mentioned illnesses, or if you are an individual in a group at increased risk of developing AIDS, we ask that you refrain from donating blood at this time. You may leave now without providing an explanation. Or, if you prefer, you may proceed to be deferred confidentially, without further questioning, by the health history interviewer.

B. CRCS Blood Transfusion Service Donor Questionnaire — April 1983

Thank you for your gift of blood. In order to protect you and the patients who may receive your blood, it is important that you be in good health. Please read these questions carefully each time you give. If you answer

1. Syndrome d'immunodéficience acquis (SIDA). Cette maladie, qui est identifiée depuis peu et dont la cause est inconnue, serait transmise par contact personnel intime et, peut-être, par transfusion. Comme les personnes atteintes du SIDA connaissent une diminution des défenses immunitaires, elles sont susceptibles d'avoir des infections, telle une pneumonie, ou d'autres maladies graves. À l'heure actuelle, il n'existe pas d'essai en laboratoire permettant d'identifier toutes les personnes atteintes du SIDA. Nous devons donc nous fonder sur les antécédents de santé des donneurs pour exclure les individus dont le sang pourrait transmettre le SIDA aux receveurs.

L'Office of Biologics de la Food and Drug Administration a désigné les groupes particulièrement vulnérables au SIDA :

- les personnes ayant des symptômes et signes qui semblent indiquer qu'elles sont atteintes du SIDA, notamment des sueurs nocturnes excessives, des fièvres inexpliquées, des pertes de poids soudaines, l'adénopathie (enflure des ganglions) ou le sarcome de Kaposi (cancer rare);
- les hommes homosexuels ou bisexuels ayant des relations sexuelles avec plusieurs partenaires;
- les Haïtiens récemment arrivés aux États-Unis;
- les personnes ayant fait ou faisant usage de drogues injectables;
- les partenaires sexuels des personnes particulièrement vulnérables au SIDA.

. . . .

Que dois-je faire?

Si vous croyez être porteur de l'une ou l'autre des maladies susmentionnées ou si vous appartenez à un groupe de personnes particulièrement vulnérables au SIDA, nous vous demandons de vous abstenir de donner du sang cette fois-ci. Vous pouvez partir maintenant sans fournir d'explications. Ou encore, si vous le souhaitez, la personne chargée d'interroger les donneurs au sujet de leurs antécédents de santé peut vous laisser partir en confiance, sans vous poser d'autres questions.

B. Questionnaire des donneurs, Service de transfusion sanguine de la Croix-Rouge canadienne — avril 1983

Nous vous remercions de votre don de sang. Pour votre protection et celle des malades susceptibles de recevoir votre sang, il est essentiel que vous soyez en bonne santé. Veuillez lire attentivement les questions suivantes

to any question is yes, please speak to the nurse who will tell you if you can give blood today.

A yes answer does not necessarily disqualify you as a donor.

1. Do you participate in any other blood programme? (plasmapheresis, cell apheresis, etc.)
2. Have you fainted at any previous donation?
3. Do you now or have you ever had: Hepatitis or "yellow jaundice"; Epilepsy (Seizures); High Blood Pressure; Lung Disease; Cancer; Malaria, Diabetes; Kidney Disease; Heart Disease; Blood Disease.
Any other chronic health problem?
4. In the past 3 years:
Have you been outside North America?
Did you take medication to prevent Malaria?
5. In the past six months have you had:
Any serious illness or have you required physician or hospital care? Transfusion of blood or blood products, Vaccination, Tattoo, Ear piercing, Acupuncture?
Contact with Infectious Hepatitis?
Have you been pregnant? Did you breast feed your infant?
6. Do you now have:
Any active allergic condition (Asthma or Hay Fever), sore throat, cold, flu, skin problems?
7. Are you currently taking any medications or injections?
8. Within the last 24 hours:
Have you taken any medication for headache, cough, cold, arthritis or stomach upset?

C. CRCS Pamphlet entitled "An Important Message To Our Blood Donors" — May 1, 1984

Recently it has become apparent that the condition known as AIDS (Acquired Immune Deficiency Syndrome) is probably blood borne and should be included in the list of illnesses which excludes donation.

chaque fois que vous offrez votre sang. Si vous répondez oui à l'une des questions, allez voir l'infirmière qui vous dira si vous pouvez donner du sang aujourd'hui ou non.

Une réponse affirmative ne vous élimine pas nécessairement comme donneur.

1. Êtes-vous inscrit à d'autres programmes de don de sang? (plasmaphérèse, autres aphérèses, etc.)
2. Avez-vous déjà perdu connaissance après un don de sang?
3. Avez-vous déjà souffert ou souffrez-vous d'une hépatite ou d'une jaunisse; d'hypertension artérielle; d'une maladie cardiaque; d'une maladie du rein; d'une maladie pulmonaire; d'une maladie sanguine; d'épilepsie; du diabète; de cancer; de la malaria; d'une autre maladie chronique?
4. Au cours des trois dernières années avez-vous quitté l'Amérique du Nord? avez-vous pris des médicaments pour prévenir la malaria?
5. Au cours des six derniers mois, avez-vous souffert d'une maladie grave ou d'une maladie nécessitant l'avis du médecin ou des soins à l'hôpital, reçu des transfusions de sang ou de produits sanguins, été vacciné, été tatoué, reçu des traitements d'acupuncture, eu les oreilles percées, été en contact avec un sujet atteint d'hépatite infectieuse? avez-vous été enceinte? si oui, avez-vous allaité votre enfant?
6. Souffrez-vous en ce moment d'une affection allergique (asthme ou fièvre des foins), de maux de gorge, d'un rhume, de la grippe ou d'une maladie de la peau?
7. Prenez-vous en ce moment des médicaments?
8. Au cours des dernières 24 heures, avez-vous pris de l'aspirine ou un autre médicament contre les maux de tête, la toux, le rhume, l'arthrite ou les malaises d'estomac?

C. Dépliant de la Croix-Rouge canadienne « Un message important pour nos donateurs de sang » — 1^{er} mai 1984

Il y aurait également lieu de croire que le syndrome d'immunodéficience acquis (SIDA) peut être transmis par transfusion et à ce titre, il doit figurer parmi les maladies qui nous amènent à déconseiller le don de sang.

AIDS is a condition in which the body's natural resistance to various diseases is seriously reduced, frequently with fatal results. The cause is unknown. There is no laboratory test to detect it in its early, non-symptomatic stage. Therefore, it is recommended that for the present, persons who have been indicated, according to current evidence, as being at above average risk of contracting AIDS should not donate blood.

These persons include:

- homosexual or bisexual males who have multiple partners
- present or past abusers of intravenous drugs
- recent immigrants from, or visitors to, those areas where AIDS is endemic, i.e., Chad, Haiti and Zaire
- sexual partners of any of the above persons.

II. Facts

The respondents Alma Walker ("Walker"), Ronald Osborne ("Osborne") and A.M.M. ("M") each received blood products between 1983 and 1985 from the CRCS. The blood was tainted with the HIV virus. Eventually, both Walker and Osborne developed AIDS and died. M, who will be 20 in August 2001, is currently HIV-positive.

All three recipients brought actions against the CRCS claiming, among other things, that the CRCS was negligent in the process it took to screen blood donors with HIV and AIDS between 1983 and 1985. They claimed that as a result, the tainted blood infected them with HIV and caused Walker and Osborne to eventually develop AIDS and die.

The time frame of these claims was the early to mid-1980s. This was when information and data about HIV and AIDS was emerging quickly. In the early 1980s, scientists did not know how to test blood for the presence of HIV or AIDS.

Le SIDA est une affection souvent fatale, qui affaiblit les défenses immunitaires de l'organisme et dont l'agent causal n'a pas encore été identifié. De plus, il n'existe présentement pas de test de laboratoire permettant d'en faire le diagnostic au stade précoce et asymptomatique de son développement. On a cependant observé que l'incidence du SIDA est plus élevée chez certains groupes de personnes.

Aussi, toute personne appartenant à l'un des groupes suivants devrait s'abstenir de donner de son sang :

- les hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires;
- les personnes ayant fait ou faisant présentement usage de drogues par voie intraveineuse;
- les personnes ayant récemment émigré des régions où le SIDA est endémique (Tchad, Haïti, Zaire, etc.) ou revenant d'un voyage dans ces régions;
- les partenaires sexuels (hommes ou femmes) des personnes appartenant aux groupes ci-haut mentionnés.

II. Les faits

Les intimés Alma Walker (« Walker »), Ronald Osborne (« Osborne ») et A.M.M. (« M ») reçoivent tous des produits sanguins entre 1983 et 1985 de la Croix-Rouge canadienne. Le sang est contaminé par le virus VIH. Par la suite, Walker et Osborne contractent le SIDA et meurent. M, qui aura vingt ans en août 2001, est actuellement porteur du VIH.

Les trois transfusés intentent des actions contre la Croix-Rouge canadienne, faisant notamment valoir qu'elle a fait preuve de négligence dans sa façon de procéder entre 1983 et 1985 pour filtrer les donneurs de sang porteurs du VIH ou atteints du SIDA. Ils soutiennent que le sang contaminé leur a transmis le VIH de sorte que Walker et Osborne ont contracté le SIDA, dont ils sont morts.

La période visée dans ces prétentions est le début et le milieu des années 80, à l'époque où les renseignements et données sur le VIH et le SIDA émergent rapidement. Au début des années 80, les scientifiques ne savent pas comment tester le sang pour détecter le VIH ou le SIDA.

7

8

9

10 In May 1985, scientists developed the ELISA test which screens for the presence of HIV antibodies in the blood. Prior to this, attempts to protect the blood system were restricted to screening blood donors to exclude those most likely to carry HIV. Consequently, the donor-screening procedures of the CRCS are the focus of these appeals.

11 As a result of evolving scientific knowledge in the 1980s, the chronology of events is important. It is necessary to review the facts in greater detail than usual to establish what the CRCS knew about HIV and AIDS, when they knew it, and how the CRCS responded to the new information.

A. *The Walker Action*

12 On September 12, 1983, “Robert M.” made a blood donation that was collected by the CRCS at its permanent clinic in the Manulife Centre in Toronto. This unit of blood, identified as 73693, was later determined to be HIV positive.

13 On October 1, 1983, the respondent Walker was transfused with two units of red blood cells while in York Finch General Hospital recuperating from a Caesarean section. One unit of red blood cells came from the HIV-infected unit 73693.

14 Her infection with HIV was confirmed on November 21, 1990. She died of AIDS on August 17, 1993 at the age of 31. Before her death, she started an action against the CRCS that is now carried on by her estate (the “Walkers”). In that action she claimed, among other things, that the CRCS failed to implement appropriate blood donor screening procedures and that its failure resulted in the donation of blood that was HIV positive.

15 Before he died, the donor Robert M. was examined under oath on November 13, 1992 in accordance with the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. He testified that he was gay and had lived in Toronto from 1975 until

En mai 1985, des scientifiques mettent au point le test ELISA, qui permet la détection d’anticorps anti-VIH dans le sang. Jusque-là, les mesures de protection des réserves sanguines consistaient à filtrer les donneurs les plus susceptibles d’être porteurs du VIH. Les pourvois portent donc principalement sur la méthode de sélection des donneurs par la Croix-Rouge canadienne.

Vu l’évolution des connaissances scientifiques dans les années 80, la chronologie des événements est importante. Il faut examiner les faits de façon plus détaillée que d’habitude pour établir ce que la Croix-Rouge canadienne savait à propos du VIH et du SIDA, à quels moments elle le savait et quelle est sa réaction devant les nouveaux renseignements.

A. *L’action Walker*

Le 12 septembre 1983, « Robert M. » fait un don de sang à la Croix-Rouge canadienne à son centre permanent de collecte de sang du Centre Manulife, à Toronto. Il est plus tard établi que ce don, identifié par le numéro 73693, est contaminé par le VIH.

Le 1^{er} octobre 1983, l’intimée Walker reçoit deux unités de globules rouges au York Finch General Hospital, alors qu’elle se remet d’une césarienne. L’une de ces unités provient du don 73693, qui est infecté par le VIH.

Le 21 novembre 1990, on confirme qu’elle est porteuse du VIH. Elle meurt du SIDA le 17 août 1993, à l’âge de 31 ans. Avant de mourir, elle a intenté une action contre la Croix-Rouge canadienne, qui est maintenant menée par sa succession (« les Walker »), soutenant notamment que la Croix-Rouge canadienne n’a pas suivi les méthodes appropriées de sélection des donneurs de sang et que, de ce fait, elle a accepté des dons de sang contaminés par le VIH.

Avant son décès, le donneur Robert M. est interrogé sous serment le 13 novembre 1992 conformément aux *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194. Il témoigne qu’il est homosexuel et qu’il a vécu à Toronto de 1975 à

the fall of 1983 when he moved to Montreal. He estimated that in the eight years he lived in Toronto he had approximately 1,000 homosexual encounters.

When asked about his knowledge of HIV and AIDS, Robert M. testified that he did not know that there was an emerging connection between AIDS and the gay community and that, as of 1983, he had no knowledge of either HIV or AIDS. He said that he was a member of the gay community in Toronto that “stuck together” because of the prejudice against it. He testified that he did not subscribe to newspapers and did not have any interest in current events. He was not involved politically with gay issues or concerns.

Robert M. was a regular blood donor in Toronto and continued to donate blood when he moved to Montreal in 1983 until he was told to stop in January 1987. He did not recall hearing any warnings through the media, conversations with friends, at work, or through the gay community that gay men should not donate blood. He testified that had he heard such warnings, he would have questioned why he should not donate blood because he was healthy. He also stated that had he seen or been given information on AIDS and about those people who fell within high risk categories and should not donate blood, he would have raised this issue with the nurse in attendance at the donor clinic. He said that he would have recognized that he belonged to one of the high risk groups — homosexual males with multiple partners.

When Robert M. made the fateful donation in September 1983, the CRCS’s donor-screening method was a questionnaire given to potential donors. This April 1983 questionnaire contained questions that generally pertained to the donor’s health, but made no reference to persons at high risk for contracting AIDS or to signs and symptoms of AIDS.

In April 1984, six months after Walker’s transfusion, the CRCS drafted a pamphlet entitled

l’automne 1983, époque à laquelle il va s’installer à Montréal. Il estime qu’au cours des huit années qu’il a passées à Toronto, il a eu environ 1 000 relations homosexuelles.

Interrogé sur ce qu’il sait du VIH et du SIDA, Robert M. témoigne qu’il ignorait qu’on commençait à établir un lien entre le SIDA et les homosexuels et qu’en 1983 il ne connaissait ni le VIH, ni le SIDA. Il dit qu’il faisait partie de la communauté homosexuelle à Toronto, dont les membres étaient « solidaires » en raison des préjugés dont ils faisaient l’objet. Il témoigne qu’il ne reçoit pas de journaux et ne s’intéresse pas à l’actualité. Il ne milite pas en faveur de la cause des homosexuels.

Robert M. donnait régulièrement du sang à Toronto et a continué à le faire après s’être installé à Montréal en 1983, jusqu’à ce qu’on lui dise de s’abstenir, en janvier 1987. Il ne se souvient pas d’avoir entendu dire dans les médias, lors de conversations avec des amis, au travail ou dans la communauté homosexuelle que les homosexuels ne doivent pas donner de sang. Il témoigne que s’il avait entendu de telles mises en garde, il aurait cherché à savoir pourquoi il ne devait donner du sang, car il était en bonne santé. Il dit aussi que s’il avait vu ou si on lui avait fourni des renseignements sur le SIDA et les personnes qui, appartenant à des catégories à risque élevé, ne doivent pas donner de sang, il en aurait parlé à l’infirmière de service au centre de collecte de sang. Selon lui, il aurait reconnu qu’il appartenait à l’un des groupes à risque élevé, soit les homosexuels ayant plusieurs partenaires.

Quand Robert M. a fait le don fatidique en septembre 1983, la méthode de sélection des donneurs de la Croix-Rouge canadienne consistait à remettre un questionnaire aux éventuels donneurs. Le questionnaire d’avril 1983 contient des questions qui portent de façon générale sur la santé du donneur, mais ne mentionnent ni les personnes très vulnérables au SIDA, ni les signes et symptômes du SIDA.

En avril 1984, six mois après la transfusion de Walker, la Croix-Rouge canadienne rédige le

16

17

18

19

“An Important Message to Our Blood Donors”, which was presented to donors beginning on May 1, 1984.

20 The May 1984 pamphlet was both the first pamphlet to be used at CRCS donor clinics and the first CRCS document to make reference to AIDS. In that pamphlet, the CRCS requested that homosexual or bisexual males who have multiple partners refrain from donating blood.

21 The 1984 pamphlet obviously did not exist when Robert M. made his September 12th, 1983 donation. Robert M. made five subsequent donations in Montreal after the CRCS began to use the May 1984 pamphlet. He testified that he had not seen the pamphlet before it was shown to him when he gave evidence before his death.

22 When Robert M. was asked what he would have done had he been asked to read that May 1984 pamphlet on September 12, 1983, he said he would have told the nurse at the donor clinic that he was homosexual and asked him or her what he should do.

B. *The Osborne Action*

23 On December 17, 1984, a man referred to as “Everett” made a blood donation to the CRCS at the Manulife Centre in Toronto. This unit of blood, numbered 10746, was later found to be HIV positive.

24 In late December 1984, Osborne was admitted to hospital suffering from acute Guillain-Barré Syndrome (“AGBS”). On January 7, 1985, he was given plasma, a blood product, to treat his AGBS. One unit of blood products came from the HIV-infected unit 10746, donated by Everett.

25 The respondent Osborne fully recovered from AGBS but was diagnosed with HIV on August 28, 1990 and died of AIDS on June 18, 1993. Before he died, he brought an action against the CRCS that is now being carried by his estate (the

dépliant « Un message important pour nos donateurs de sang », qui est remis aux donateurs à partir du 1^{er} mai 1984.

Le dépliant de mai 1984 est le premier dépliant à être utilisé dans les centres de collecte de sang de la Croix-Rouge canadienne et le premier document de la Croix-Rouge canadienne à mentionner le SIDA. Celle-ci y demande aux hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires de s’abstenir de donner du sang.

Le dépliant de 1984 n’existait manifestement pas quand Robert M. a donné du sang le 12 septembre 1983. Robert M. a par la suite donné du sang cinq fois à Montréal après que la Croix-Rouge canadienne a commencé à utiliser le dépliant de mai 1984. Lorsqu’on le lui montre lors de son témoignage avant sa mort, il déclare ne l’avoir jamais vu auparavant.

Quand on interroge Robert M. sur ce qu’il aurait fait si on lui avait demandé, le 12 septembre 1983, de lire le dépliant de mai 1984, il dit qu’il aurait avisé l’infirmière du centre de collecte de sang qu’il était homosexuel et lui aurait demandé ce qu’il devait faire.

B. *L’action Osborne*

Le 17 décembre 1984, un certain « Everett » donne du sang au centre de collecte de la Croix-Rouge canadienne du Centre Manulife, à Toronto. Il est établi plus tard que ce don, identifié par le numéro 10746, est contaminé par le VIH.

À la fin de décembre 1984, Osborne, gravement atteint du syndrome de Guillain-Barré (« SGB »), est admis à l’hôpital. Le 7 janvier 1985, on lui donne du plasma, un produit sanguin, pour le traitement du SGB. Une unité de produits sanguins provient du don 10746 d’Everett, qui était contaminé par le VIH.

L’intimé Osborne se remet complètement du SGB, mais on diagnostique chez lui la présence du VIH le 28 août 1990, et il meurt du SIDA le 18 juin 1993. Avant de mourir, il a intenté une action contre la Croix-Rouge canadienne, qui est mainte-

“Osbornes”). In the action, he alleged, among other things, that the CRCS failed to implement appropriate blood donor screening procedures and that its failure resulted in the donation of blood that was HIV positive.

Before he died, the donor Everett was examined under oath on December 3, 1992 in accordance with the Ontario *Rules of Civil Procedure*. He testified that from 1974 to 1982 he was involved in sexual relations with between 200 and 400 different men. He said that he gave up the gay lifestyle in 1982. He testified that while he was living the gay lifestyle he was not aware of any connection between gay sex and HIV or AIDS.

Everett was a long-time blood donor who thought he was in good health. He did not know that he was HIV positive prior to giving blood on December 17, 1984. He had swollen lymph nodes in his neck, but these had been present since about 1975 and, as far as Everett was concerned, they had no effect on his overall health and gave no cause for concern in his donating blood. Although he had engaged in sexual relations with between 200 and 400 men between 1974 and 1982, he did not regard himself as a sexually-active homosexual at the time he donated blood in December 1984.

Everett said that he was asked to read a laminated health questionnaire each time he attended the Manulife clinic. He testified that he never saw any mention of HIV, AIDS, gay sexual behaviour, homosexual behaviour or bisexuality in the material that he was given to read. Everett said that in December 1984, if he had been questioned by a nurse whether he had ever had sex with a man, he would have said yes.

Everett did not recall seeing the CRCS's May 1984 pamphlet. When asked whether, on December 17, 1984, he would have included himself in the category of “homosexual or bisexual males who have multiple partners”, Everett said no. He had not been sexually active with men since 1982. However, had the pamphlet used the language

nant menée par sa succession (« les Osborne »), soutenant notamment que la Croix-Rouge canadienne n'a pas suivi les méthodes appropriées de sélection des donneurs de sang et que, de ce fait, elle a accepté des dons de sang contaminés par le VIH.

Avant son décès, le donneur Everett est interrogé sous serment le 3 décembre 1992 conformément aux *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Il témoigne que, de 1974 à 1982, il a eu des relations sexuelles avec 200 à 400 hommes. Il dit qu'il a mis fin à son mode de vie homosexuel en 1982. Il témoigne qu'à l'époque où il menait ce mode de vie, il ignorait l'existence d'un lien entre les rapports homosexuels et le VIH ou le SIDA.

Everett a longtemps donné du sang, pensant être en bonne santé. Il ne sait pas qu'il est porteur du VIH quand il donne du sang le 17 décembre 1984. Certains de ses ganglions lymphatiques du cou sont enflés, mais ils le sont depuis environ 1975, et Everett considère qu'ils n'ont aucune incidence sur son état de santé général et qu'il n'y a aucune raison de s'inquiéter du fait qu'il donne du sang. Malgré ses relations sexuelles avec 200 à 400 hommes, de 1974 à 1982, il ne se considère pas comme un homosexuel ayant une vie sexuelle active lorsqu'il donne du sang en décembre 1984.

Everett dit qu'on lui demandait de lire un questionnaire laminé sur la santé chaque fois qu'il se présentait au centre de collecte de sang du Centre Manulife. Il témoigne qu'il n'a jamais vu de mention du VIH, du SIDA, du comportement sexuel des homosexuels ou des relations homosexuelles ou bisexuelles dans les documents qu'on lui donnait à lire. Il affirme qu'en décembre 1984, si une infirmière lui avait demandé s'il avait déjà eu des relations sexuelles avec un homme, il aurait répondu par l'affirmative.

Everett ne se souvient pas d'avoir vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Quand on lui demande si, le 17 décembre 1984, il se considérait comme appartenant à la catégorie des « hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires », il répond par la négative. Il n'a pas eu de relations sexuelles avec des hommes

26

27

28

29

“homosexual or bisexual males who have had multiple partners”, he said he would have included himself in that category.

C. *The M Action*

30 Everett also donated blood at the CRCS in the Manulife Centre on March 25, 1985. On March 27, 1985, when he was about 3 ½ years old, M received blood from that donation during the course of elective surgery to repair a hole in his heart. He contracted HIV. He is currently 19 years old and his infection is controlled by anti-viral medications. The *M* case was ordered to be heard with the *Osborne* case as the actions involved the same blood donor. All three actions, *Osborne*, *M*, and *Walker* were heard together.

31 In November 1985, the CRCS revised its pamphlet to describe a typical member of the group of high-risk donors as a person who was “a male and [has] had sex with another male since 1977”. Around the same time, it also began testing all blood donations for the presence of HIV antibodies using the ELISA test. In May 1986 the CRCS introduced the first brochure that asked symptom-specific questions about HIV.

III. Judicial History

A. *Ontario Court of Justice (General Division)* (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1

(1) The *Osborne* and *M* Actions

32 In the *Osborne* and *M* actions, the trial judge held that the CRCS owed a duty of care to users and recipients of blood and blood products to take reasonable measures to protect the safety of the blood, and blood products, it provided for therapeutic use.

depuis 1982. Cependant, si le libellé du dépliant avait été les « hommes homosexuels ou bisexuels ayant eu plusieurs partenaires », il dit qu’il se serait considéré comme appartenant effectivement à cette catégorie.

C. *L’action M*

Everett a également donné du sang au centre de collecte de la Croix-Rouge canadienne du Centre Manulife le 25 mars 1985. Le 27 mars 1985, alors âgé d’environ trois ans et demi, M reçoit du sang provenant de ce don dans le cadre d’une intervention chirurgicale non indispensable destinée à réparer un trou dans son cœur. Il est contaminé par le VIH. Il a actuellement 19 ans et il contrôle son infection avec des médicaments antiviraux. Il a été ordonné que l’affaire *M* soit entendue en même temps que l’affaire *Osborne*, vu que les deux actions portent sur le même donneur de sang. Les trois affaires, à savoir *Osborne*, *M* et *Walker*, ont été entendues conjointement.

En novembre 1985, la Croix-Rouge canadienne révisé son dépliant afin d’y décrire le membre type du groupe de donneurs à risque élevé comme étant [TRADUCTION] « un homme qui a eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 ». C’est environ à cette époque qu’elle commence aussi à analyser tous les dons de sang, à l’aide du test ELISA, afin de déterminer s’ils contiennent des anticorps anti-VIH. En mai 1986, elle commence à utiliser le premier dépliant à poser des questions portant précisément sur les symptômes du VIH.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour de justice de l’Ontario (Division générale)* (1997), 39 C.C.L.T. (2d) 1

(1) *Osborne* et *M*

Dans *Osborne* et *M*, le juge de première instance conclut que la Croix-Rouge canadienne a une obligation de diligence envers les utilisateurs et receveurs de sang et de produits sanguins, et doit prendre des mesures raisonnables pour garantir l’innocuité du sang et des produits sanguins qu’elle fournit pour usage thérapeutique.

With respect to the standard of care, the trial judge said that “the conduct of a voluntary blood bank will be measured against the professional standards of other voluntary blood banks” (para. 132). (All references to paragraphs refer to the reasons of the trial judge except where otherwise indicated.) The parties conceded that it was appropriate, in determining the standard of care for the CRCS, to consider the practices of the voluntary blood collection industry in the United States with respect to safeguarding blood.

In the trial judge’s view, “the Americans had it right” (para. 153). The ARC pamphlet, which was released in March 1983, made reference to AIDS, and made mention of high-risk groups and the signs and symptoms of AIDS. By March 1983, the CRCS had not released a pamphlet of its own. The donor questionnaire of April 1983 did not mention AIDS. It was not until May 1, 1984 that the CRCS released a pamphlet to potential donors which referred to AIDS.

The trial judge found that “the CRCS has provided no credible explanation why it did not make any AIDS risk information available to donors at clinic sites before May, 1984” (para. 155). He said at para. 158:

When one looks to the measures taken to screen donors by the voluntary blood collection industry in the United States, it becomes clear that the CRCS was not in compliance with all the professional standards followed in the United States. Because the CRCS had access to the same scientific body of knowledge and data available to the ARC, AABB and CCBC when they formulated the Joint Statement, [which refers to the Joint Statement on AIDS Related to Transfusion issued on January 13, 1983] and because it was in regular communication with the ARC, NIH and CDC, it is reasonable to conclude that the CRCS possessed the same knowledge as the

En ce qui concerne la norme de diligence, le juge de première instance dit que [TRADUCTION] « la conduite d’une banque de sang provenant de dons bénévoles sera appréciée au regard des normes professionnelles d’autres banques de sang provenant de dons bénévoles » (par. 132). (Toutes les mentions de paragraphes renvoient aux motifs du juge de première instance, sauf indication contraire.) Les parties concèdent que, pour établir la norme de diligence pour la Croix-Rouge canadienne, il convient d’examiner les pratiques en vigueur dans l’industrie de la collecte de dons de sang bénévoles aux États-Unis en matière de protection du sang.

Selon le juge de première instance, [TRADUCTION] « les Américains avaient un bon système » (par. 153). Dans le dépliant de la Croix-Rouge américaine, publié en mars 1983, il est fait mention du SIDA et des groupes à risque élevé, de même que des signes et symptômes du SIDA. En mars 1983, la Croix-Rouge canadienne n’a pas encore publié de dépliant. Le questionnaire d’avril 1983 ne mentionne pas le SIDA. Ce n’est que le 1^{er} mai 1984 que la Croix-Rouge canadienne publie enfin à l’intention des éventuels donneurs un dépliant où il est question de SIDA.

Le juge de première instance conclut que [TRADUCTION] « l’explication de la Croix-Rouge canadienne quant à la raison pour laquelle elle n’a pas, avant mai 1984, mis à la disposition des donneurs aux centres de collecte de sang des renseignements sur le risque du SIDA n’est pas crédible » (par. 155). Il dit au par. 158 :

[TRADUCTION] Si l’on examine les mesures prises par l’industrie de la collecte de dons de sang bénévoles aux États-Unis en matière de sélection des donneurs, il est clair que la Croix-Rouge canadienne ne se conformait pas à l’ensemble des normes professionnelles suivies aux États-Unis. Or, comme la Croix-Rouge canadienne avait accès aux mêmes connaissances et données scientifiques que l’ARC, l’AABB et le CCBC lorsqu’ils ont formulé la déclaration conjointe [la « *Joint Statement on AIDS Related to Transfusion*, publiée le 13 janvier 1983] et comme elle communiquait régulièrement avec l’ARC, la NIH et le CDC, il est raisonnable de conclure

33

34

35

American voluntary blood collection industry, or ought to have been possessed of it.

qu'elle possédait ou aurait dû posséder les mêmes connaissances que l'industrie de la collecte de dons de sang bénévoles aux États-Unis.

36 Borins J. noted that the Canadian and American blood collection agencies took different approaches to achieve the same objective. When the CRCS finally implemented the May 1984 pamphlet, it made no reference to the signs and symptoms of AIDS. The trial judge noted at para. 160:

Le juge Borins fait remarquer que les organismes canadiens et américains de collecte de sang ne s'y prenaient pas de la même façon pour atteindre le même objectif. Quand la Croix-Rouge canadienne a finalement publié le dépliant de mai 1984, elle n'y faisait aucune référence aux signes et symptômes du SIDA. Voici ce que conclut le juge de première instance (au par. 160) :

The CRCS followed the "good health" approach, while virtually all of its peers in North America attempted to prevent, or reduce, the risk of infected blood from entering the blood supply by symptom specific questions deliberately designed and intended to eliminate donors at high risk for being infected with HIV.

[TRADUCTION] La Croix-Rouge canadienne suivait l'approche de la « bonne santé », alors qu'à peu près tous les autres organismes de collecte de sang d'Amérique du Nord essayaient d'empêcher, ou du moins de réduire, le risque que du sang contaminé soit versé dans les réserves sanguines, en posant des questions portant précisément sur les symptômes, qu'on avait sciemment conçues de façon à éliminer les donneurs particulièrement vulnérables au VIH.

37 He concluded that the "good health" question was based on a false premise and said that a donor could not know if he or she was in good health unless told what would constitute bad health in this context. The American procedure did this by identifying the signs and symptoms of bad health. According to the trial judge, this deficiency was illustrated by the fact that Everett had swollen lymph glands for several years. The fact that these glands were swollen for so long lead him to believe that that was his normal condition and that he was therefore in good health.

Il conclut que la mention de la « bonne santé » est fondée sur une prémisse erronée et dit qu'un donneur ne peut pas savoir s'il est en bonne santé, à moins qu'on lui définisse la mauvaise santé dans ce contexte. Or c'est ce que fait la méthode américaine en décrivant les signes et symptômes d'une mauvaise santé. Selon le juge de première instance, cette lacune est illustrée par le fait qu'Everett a eu des ganglions lymphatiques enflés pendant plusieurs années. Comme ses ganglions étaient enflés depuis longtemps, il croyait qu'il s'agissait d'un état normal et qu'il était donc en santé.

38 The trial judge stated that there was a basic contradiction in the CRCS's May 1984 pamphlet. On the one hand, donors were told not to donate if they were not "feeling generally well". On the other hand, they were told that "some apparently healthy persons" were infected with viruses. AIDS was not included in the list of diseases. The pamphlet listed those persons who were at high risk for AIDS, but said nothing about the health indicators of HIV infection. As a result, he concluded that the

Selon le juge de première instance, le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne comporte une contradiction fondamentale. D'une part, on dit à l'éventuel donneur de s'abstenir de donner du sang s'il n'est pas « certain de [se] sentir bien ». D'autre part, on lui dit « des personnes apparemment en bonne santé » peuvent être porteuses de virus. Le SIDA ne fait pas partie de la liste des maladies mentionnées. Le dépliant énumère les groupes de personnes particulièrement vulnérables au SIDA, mais il ne mentionne pas les indicateurs de santé permettant de détecter l'infection à VIH. Le juge conclut donc que les questions sur la

“good health” questions did not meet the appropriate standard of care.

The CRCS retained two expert witnesses at the trial, Drs. Allen and Barker, who testified that the “good health” question provided an adequate alternative to symptom-specific questions. Dr. Barker was the senior physician responsible for the general management of blood service operations at the 57 centres of the ARC in the United States. Dr. Allen was in charge of AIDS surveillance for the Centers for Disease Control and Prevention (CDC) in Atlanta and was recognized as being at the forefront of the worldwide fight against AIDS. Although Borins J. described them as “eminent physicians and scientists”, he did not, as he was entitled, accept their expert opinions. Borins J. stated at para. 162:

As I have indicated, the “good health” question is not an effective substitute to asking a donor about specific symptoms which, if he has them, are indicative that he may be infected with AIDS. Everett’s circumstances illustrate the inadequacy and ineffectiveness of the “good health” question. Had he been asked if he had swollen lymph glands, he would have answered affirmatively, and he would have been excluded as a donor.

Borins J. concluded that the standard of care adopted by the CRCS did not meet the standard required to safeguard the blood supply from the risk of infection by HIV. The CRCS was in breach of the duty that it owed to users of its blood and blood products to use the same standard as its counterparts in the United States to screen blood donors. It failed in its duty to exercise the standard that other blood banks used to screen high risk donors under similar circumstances.

Borins J. found that the causal link was established in the *Osborne* and *M* actions. He decided that if either the description of the male homosexual high risk group had been less ambiguous and more precise in the May 1, 1984 pamphlet

« bonne santé » ne satisfait pas à la norme de diligence qu’il convient d’appliquer.

La Croix-Rouge canadienne fait comparaître deux experts au procès, le D^r Allen et le D^r Barker, qui témoignent que la question sur la « bonne santé » peut valablement remplacer les questions portant précisément sur les symptômes. Le D^r Barker est le médecin principal responsable de la gestion générale des services transfusionnels dans les 57 centres de la Croix-Rouge américaine aux États-Unis. Le D^r Allen est, quant à lui, responsable du contrôle du SIDA pour les Centers for Disease Control and Prevention (CDC) d’Atlanta; il est reconnu comme étant au tout premier rang de la lutte mondiale contre le SIDA. Même s’il les présente comme [TRADUCTION] « d’illustres médecins et scientifiques », le juge Borins n’accepte pas leurs opinions d’expert, comme il est en droit de le faire (au par. 162) :

[TRADUCTION] Comme je l’ai déjà mentionné, la question sur la « bonne santé » ne remplace pas de façon efficace les questions portant précisément sur des symptômes qui indiquent que le donneur peut avoir le SIDA s’il a les symptômes en question. La situation d’Everett illustre l’insuffisance et l’inefficacité de la question sur la « bonne santé ». Si on lui avait demandé s’il avait des ganglions lymphatiques enflés, il aurait répondu par l’affirmative et aurait été exclu en tant que donneur.

Le juge Borins conclut que la norme de diligence adoptée par la Croix-Rouge canadienne ne satisfaisait pas à la norme requise visant à protéger les réserves sanguines contre le risque de contamination par le VIH. La Croix-Rouge canadienne a manqué, envers les utilisateurs du sang et des produits sanguins qu’elle fournit, à son obligation d’utiliser la même norme que ses homologues aux États-Unis en matière de sélection des donneurs de sang. Elle n’a pas rempli son obligation d’appliquer la norme que d’autres banques de sang utilisaient pour filtrer les donneurs à risque élevé dans des circonstances similaires.

Selon le juge Borins, le lien de causalité a été établi dans *Osborne* et *M*. Il conclut que si la description du groupe à risque élevé que constituent les homosexuels avait été moins ambiguë et plus précise dans le dépliant du 1^{er} mai 1984 (utilisation

39

40

41

(“homosexual or bisexual males who have had multiple partners”, rather than “homosexual or bisexual males who have multiple partners”), or if Everett had been asked if he experienced any of the signs and symptoms of AIDS (such as swollen lymph glands), he would have been precluded from donating blood on December 17, 1984 (*Osborne*) and March 25, 1985 (*M*).

42 The findings of negligence of the CRCS in respect of donor screening made in the *Osborne* case also apply in the *M* case because the CRCS was still using the May 1, 1984 pamphlet, which was found to be inadequate in the *Osborne* case, on March 25, 1985 when Everett donated the blood received by the infant *M*.

(2) The Walker Action

43 While he found liability on the part of the CRCS in the *Osborne* and *M* actions, Borins J. found that the CRCS was not liable for Walker contracting AIDS as the Walkers had failed to show causation. That is, the trial judge found that even if the CRCS had met the proper standard of care, Robert M. still would have given blood.

44 The trial judge rejected the evidence of the Walker donor, Robert M., that in the fall of 1983 he was not aware of AIDS or the request by the CRCS that gay men who engaged in sex with other men should defer from donating blood. Borins J. concluded that Robert M. was aware of the issue but believed he could ignore the warnings to self-defer because he was in good health.

45 Borins J. also noted that Robert M. continued to donate blood in Montreal after the CRCS May 1984 pamphlet was implemented. Although Robert M. testified that he had not seen the CRCS May 1984 brochure before it was shown to him at his examination in November 1992 (para. 35),

de « hommes homosexuels ou bisexuels ayant eu plusieurs partenaires » au lieu de « hommes homosexuels ou bisexuels ayant plusieurs partenaires », ou si on avait demandé à Everett s’il avait eu l’un ou l’autre des signes et symptômes du SIDA (comme des ganglions lymphatiques enflés), il n’aurait pas pu donner du sang le 17 décembre 1984 (*Osborne*) et le 25 mars 1985 (*M*).

Les conclusions tirées dans *Osborne* selon lesquelles la Croix-Rouge canadienne a fait preuve de négligence en matière de sélection des donneurs s’appliquent également à l’affaire *M*, car la Croix-Rouge canadienne utilise toujours le dépliant du 1^{er} mai 1984, qui est jugé inadéquat dans *Osborne*, le 25 mars 1985, lorsque Everett donne le sang que le jeune *M* a reçu.

(2) L’action Walker

Même s’il établit que la responsabilité de la Croix-Rouge canadienne est engagée dans *Osborne* et *M*, le juge Borins conclut que la Croix-Rouge canadienne n’est pas responsable du fait que Walker a contracté le SIDA, car les Walker n’ont pas établi le lien de causalité. En d’autres termes, le juge de première instance dit que, même si la Croix-Rouge canadienne avait satisfait à la norme de diligence applicable, Robert M. aurait tout de même donné du sang.

Le juge de première instance rejette le témoignage du donneur dans l’affaire Walker, Robert M., selon lequel à l’automne 1983, il n’était pas au courant du SIDA, ni du fait que la Croix-Rouge canadienne demandait aux homosexuels ayant des relations sexuelles avec d’autres hommes de s’abstenir de donner du sang. Selon le juge Borins, Robert M. était au courant de la question, mais croyait pouvoir passer outre aux mises en garde contre le don de sang, parce qu’il était en bonne santé.

Le juge Borins souligne aussi que Robert M. continue de donner du sang à Montréal après la publication du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Malgré le témoignage de Robert M. qu’il n’a jamais vu ce dépliant avant qu’on le lui montre à son interrogatoire de novem-

Borins J. found that “[Robert M.] tried his best to avoid acknowledging that he received, and read, the AIDS pamphlets available in the Montreal clinic” (para. 40).

Borins J. held that “if the CRCS had published an AIDS pamphlet in September 1983 which was similar to the May 1, 1984, pamphlet, and if it had been given to [Robert M.] on September 12, 1983 at the Manulife clinic, he would have donated blood” (para. 41). He would have done so because he thought that he was in good health and believed that his blood would be tested.

Borins J. felt that the *Walker* case could be decided without determining negligence, as the case failed on causation. See para. 45:

In regard to donor screening, assuming, without deciding, that when Robert M. donated blood on September 12, 1983 the CRCS was negligent in not having instituted a donor screening programme which focused on asking the donor symptom-specific questions, the [Walkers] have not satisfied me that this would have resulted in the deferral of Robert M., who was in good health at that time.

In addition to dismissing the *Walker* action on a failure to prove causation, Borins J. found that the alternate claim based on strict liability in tort also failed.

Borins J. declined to decide whether the CRCS was similar to a manufacturer of whole blood or plasma. He concluded that the principle of strict liability in tort is not available to the Walkers regardless of how one characterizes the role of the CRCS in the collecting, processing and distribution of blood and blood substances.

Borins J. based his findings on several factors. The infected donations were obtained prior to the general use in Canada of the ELISA test in

bre 1992 (par. 35), le juge Borins dit que [TRADUCTION] « [Robert M.] a fait ce qu’il a pu pour éviter de reconnaître qu’il avait reçu et lu les dépliants sur le SIDA qui étaient disponibles au centre de collecte de sang de Montréal » (par. 40).

Le juge Borins déclare que [TRADUCTION] « si la Croix-Rouge canadienne avait publié un dépliant sur le SIDA en septembre 1983 semblable à celui du 1^{er} mai 1984 et s’il [...] avait été remis [à Robert M.] le 12 septembre 1983 au centre de collecte de sang du Centre Manulife, il aurait tout de même donné de son sang » (par. 41), parce qu’il se croyait en bonne santé et pensait que son sang serait analysé.

Le juge Borins estime qu’il peut trancher l’affaire *Walker* sans rendre de conclusion en matière de négligence, car aucun lien de causalité n’a été établi (au par. 45) :

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la sélection des donneurs, si je présume, sans pour autant trancher la question, que lorsque Robert M. a donné du sang le 12 septembre 1983, la Croix-Rouge canadienne a fait preuve de négligence en n’ayant pas instauré de programme de sélection des donneurs axé principalement sur des questions précisément liées à des symptômes à poser aux éventuels donneurs, je dois conclure que les Walker ne m’ont pas convaincu que Robert M., qui était en bonne santé à cette époque-là, n’aurait pas donné de son sang.

En plus de rejeter l’action *Walker* au motif que le lien de causalité n’a pas été établi, le juge Borins estime que la demande subsidiaire, fondée sur la responsabilité délictuelle stricte, doit également être rejetée.

Le juge Borins refuse de trancher la question de savoir si la Croix-Rouge canadienne s’apparente à un fabricant de sang entier ou de plasma. Il juge que les Walker ne peuvent invoquer le principe de la responsabilité délictuelle stricte, peu importe la façon dont on caractérise le rôle de la Croix-Rouge canadienne dans la collecte, le traitement et la distribution de sang et substances sanguines.

Le juge Borins fonde ses motifs sur plusieurs facteurs. Les dons contaminés ont été obtenus avant l’utilisation générale du test ELISA au

46

47

48

49

50

November 1985. He cited Sopinka J.'s comments in *Ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674, that blood, in some ways, is an inherently dangerous substance, in contrast to the commercial world, where a manufacturer has control over the goods. He examined case law in the United States and noted that although strict liability had become the norm for defective products, blood and blood products had been excepted from that rule in order to ensure that they continued to be available to the public. Borins J. concluded that on policy grounds, it would be wrong to find the CRCS strictly liable in tort for the infected blood received by Mrs. Walker on October 1, 1983.

B. *Ontario Court of Appeal* (1999), 43 O.R. (3d) 461

51 The court dismissed the CRCS's appeal in the *Osborne* and *M* actions, but allowed the Walkers' appeal.

(1) CRCS's Appeal of the *Osborne* and *M* Actions

52 As the CRCS had agreed that it owed a duty of care to recipients of its blood and blood products, the issue before the Court of Appeal was the appropriate standard of care.

53 The trial judge had found that the CRCS May 1, 1984 pamphlet fell below the applicable standard of care, having regard to the practices in place in the United States. Before the Court of Appeal, it was argued that the trial judge could not reasonably reach that conclusion when the only two medical experts, Barker and Allen, testified that the steps taken by the CRCS met the appropriate standard of care. As stated above, the medical experts testified that the "good health" question in the CRCS's May 1984 pamphlet was a reasonable

Canada en novembre 1985. Il cite les remarques du juge Sopinka dans l'arrêt *Ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674, que le sang est, à certains égards, une substance essentiellement dangereuse, contrairement aux biens commerciaux, que le fabricant contrôle. Il examine la jurisprudence américaine et souligne que même si la responsabilité stricte est devenue la norme applicable pour les produits défectueux, le sang et les produits sanguins sont soustraits à l'application de cette règle pour qu'ils continuent d'être disponibles pour le public. Le juge Borins estime qu'en raison de considérations de principe, il serait erroné de statuer que la responsabilité délictuelle stricte de la Croix-Rouge canadienne est engagée du fait que M^{me} Walker a reçu du sang contaminé le 1^{er} octobre 1983.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1999), 43 O.R. (3d) 461

La Cour d'appel rejette l'appel de la Croix-Rouge canadienne dans *Osborne* et *M*, mais accueille l'appel des Walker.

(1) L'appel de la Croix-Rouge canadienne dans *Osborne* et *M*

Comme la Croix-Rouge canadienne reconnaît qu'elle a une obligation de diligence envers les receveurs du sang et des produits sanguins qu'elle fournit, la question que doit trancher la Cour d'appel est de savoir quelle est la norme de diligence applicable.

Selon le juge de première instance, le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne ne satisfait pas à la norme de diligence applicable, compte tenu des pratiques en vigueur aux États-Unis. On soutient devant la Cour d'appel que le juge de première instance n'a pu raisonnablement parvenir à cette conclusion, car les deux seuls experts en médecine qui ont témoigné, soit Barker et Allen, ont déclaré que les mesures prises par la Croix-Rouge canadienne répondent à la norme de diligence applicable. Comme je l'ai déjà dit, selon le témoignage des experts en médecine, la question sur la « bonne santé » figurant dans le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne remplace

alternative to asking symptom-specific questions to potential blood donors.

The Court of Appeal rejected that argument and held that the trial judge was entitled to conclude that the “good health” question was insufficient to meet the requisite standard of care (at p. 468):

[Borins J.’s] finding that the pamphlet was inadequate did not turn on any disagreement with the experts on a medical issue, but rather on his evaluation of whether the message conveyed by the pamphlet was sufficient to deter those at high risk of having the HIV virus from donating blood. The finding that the pamphlet did not meet that purpose turned on his evaluation of how that pamphlet would be read and understood by possible donors and not on the application of any medical expertise.

(2) The Walker Appeal

The trial judge declined to determine whether the CRCS had been negligent in the *Walker* case as the action failed on causation. The Court of Appeal did determine that issue. It found that the respondent CRCS was in breach of its duty of care because, during the relevant time frame, the CRCS failed to take adequate or any measures to screen persons known to pose a high risk of transmitting the HIV virus. The CRCS knew or ought to have known that its failure to implement adequate screening measures could result in the transmission of HIV infected blood to recipients.

The remaining issue was causation. The Court of Appeal overruled the trial judge on the ground that he was incorrect in dismissing that action on the failure to show causation. According to the trial judge, the Walkers bore the additional onus of showing that had proper screening measures been in place, Robert M. would have been deterred from donating. The Walkers’ claim failed at trial because they did not succeed in meeting this onus.

raisonnablement les questions portant précisément sur les symptômes qu’on aurait posées aux éventuels donateurs de sang.

La Cour d’appel rejette cet argument et dit que le juge de première instance pouvait conclure que la question sur la « bonne santé » était insuffisante pour satisfaire à la norme de diligence applicable (à la p. 468) :

[TRADUCTION] [L]a conclusion [du juge Borins] que le dépliant est inadéquat repose non pas sur une divergence d’opinion entre lui et les experts au sujet d’une question médicale, mais plutôt sur son appréciation de la question de savoir si le message que transmet le dépliant suffit pour dissuader les individus particulièrement vulnérables au VIH de donner du sang. La conclusion que le dépliant n’atteint pas cet objectif est fondée sur son appréciation de la façon dont les éventuels donateurs liraient et comprendraient ce dépliant, et non sur l’application d’une expertise médicale.

(2) L’appel Walker

Le juge de première instance refuse de trancher la question de savoir si la Croix-Rouge canadienne a été négligente dans l’affaire *Walker*, au motif qu’aucun lien de causalité n’a été établi. La Cour d’appel a, par contre, tranché cette question. Elle conclut que l’intimée la Croix-Rouge canadienne n’a pas respecté son obligation de diligence, car, au cours de la période visée, elle n’a pas pris de mesures convenables, ni même aucune mesure, pour filtrer les personnes dont le risque de transmission du VIH est élevé. La Croix-Rouge canadienne savait, ou aurait dû savoir, que du sang contaminé par le VIH risque d’être transmis à des receveurs du fait qu’elle n’a pas pris les mesures de sélection appropriées.

L’autre question litigieuse est celle du lien de causalité. La Cour d’appel infirme la décision du juge de première instance au motif qu’il a eu tort de rejeter cette action parce qu’aucun lien de causalité n’a été établi. Selon le juge de première instance, il incombe également aux Walker d’établir que si des mesures de sélection convenables avaient été prises, Robert M. aurait été exclu. L’action des Walker a été rejetée en première instance, car ils n’ont pas réussi à le prouver.

54

55

56

57

In allowing the *Walker* appeal, the Court of Appeal relied on *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634. In that case, it was found that the manufacturer, Dow, was negligent in failing to adequately warn doctors of the possibility that its breast implants could rupture. However, the plaintiff did not have to prove that if warned, the doctor would have communicated that warning to the plaintiff. La Forest J. stated at para. 60:

Simply put, I do not think a manufacturer should be able to escape liability for failing to give a warning it was under a duty to give, by simply presenting evidence tending to establish that even if the doctor had been given the warning, he or she would not have passed it on to the patient, let alone putting an onus on the plaintiff to do so. Adopting such a rule would, in some cases, run the risk of leaving the plaintiff with no compensation for her injuries. She would not be able to recover against a doctor who had not been negligent with respect to the information that he or she did have; yet she also would not be able to recover against a manufacturer who, despite having failed in its duty to warn, could escape liability on the basis that, had the doctor been appropriately warned, he or she still would not have passed the information on to the plaintiff. Our tort law should not be held to contemplate such an anomalous result. [Emphasis in original.]

58

The Court of Appeal applied the principles in *Hollis*, *supra*, to the *Walker* case. Given that the Walkers bore the onus of proving causation, it held that the necessary causal link was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures at the time Robert M. donated the fatal HIV-tainted blood to the plaintiff Walker. There was no evidence of conduct on the part of Robert M. that would have made the CRCS's failure to adequately screen high risk donors irrelevant. It was not open to the CRCS to dislodge the presumptive causal link by showing that proper screening measures would have proved ineffective

En accueillant l'appel *Walker*, la Cour d'appel se fonde sur l'arrêt *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, dans lequel notre Cour conclut que le fabricant, Dow, a fait preuve de négligence en omettant de convenablement mettre les médecins en garde contre la possibilité de rupture de ses implants mammaires. Cependant, la demanderesse n'était pas tenue d'établir que s'il avait été mis en garde, le médecin lui aurait communiqué cette mise en garde. Voici ce que dit le juge La Forest, au par. 60 :

En termes simples, j'estime qu'un fabricant ayant omis la mise en garde qu'il avait l'obligation de faire ne devrait pas pouvoir se dégager de sa responsabilité simplement par une preuve tendant à établir que même si le médecin avait reçu la mise en garde, il ne l'aurait pas transmise à son patient, et encore moins en imposant cette charge à la demanderesse. L'adoption d'une telle règle entraînerait, dans certains cas, le risque que la demanderesse ne soit pas indemnisée pour le préjudice subi. Elle n'aurait aucun recours contre un médecin qui n'aurait pas fait preuve de négligence en ce qui concerne les renseignements qu'il avait effectivement à sa disposition, et elle n'aurait non plus aucun recours contre un fabricant qui, même s'il a manqué à son obligation de mise en garde, pourrait échapper à sa responsabilité en faisant valoir que, si le médecin avait été adéquatement mis en garde, il n'aurait pas transmis l'information à la demanderesse. Notre droit de la responsabilité délictuelle ne devrait pas être interprété comme envisageant un résultat aussi inusité. [Souligné dans l'original.]

La Cour d'appel applique les principes de l'arrêt *Hollis*, précité, à l'affaire *Walker*. Ainsi, comme il incombe aux Walkers d'établir le lien de causalité, elle conclut qu'on doit présumer que le lien causal nécessaire est établi une fois qu'il est démontré que la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donneurs à l'époque où Robert M. a fait le don de sang mortel contaminé par le VIH à la demanderesse Walker. Aucune preuve n'établit un comportement tel de la part de Robert M. qu'il aurait rendu non pertinente l'omission de la Croix-Rouge canadienne de filtrer convenablement les donneurs à risque élevé. La Croix-Rouge canadienne ne peut pas contester le lien causal présumé en établissant que des mesures de sélection conve-

in deterring Robert M. because of his own negligence.

The Court of Appeal concluded that had the trial judge applied the correct causal analysis, he would have found the necessary causal link and, given the Court of Appeal's finding of negligence, the appeal was allowed.

IV. Issues

A. *Standard of Care*

Did the Court of Appeal err in holding that the trial judge was correct to find that the CRCS May 1, 1984 pamphlet was inadequate in the *Osborne* and *M* appeals, despite the evidence of two medical experts to the contrary?

B. *Causation*

Did the Court of Appeal err in finding that the necessary causal link in the *Walker* appeal was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures at the time of Robert M.'s donation and that it was not open to the CRCS to dislodge that presumptive causal link?

V. Analysis

A. *The AIDS Crisis*

The trial judge set out the history and the knowledge of AIDS that was developing in the United States to determine the standard of care required in safeguarding the Canadian blood supply (see paras. 134 to 152). A summary of which is useful to demonstrate the uniqueness of the time frame in these appeals, and to highlight the difference between the American and Canadian responses to the emerging AIDS crisis.

nables n'auraient pas suffi à dissuader Robert M. à cause de sa négligence.

La Cour d'appel conclut que si le juge de première instance avait appliqué la bonne analyse causale, il aurait conclu à l'existence du lien causal nécessaire, et, vu sa conclusion de négligence, accueille l'appel.

IV. Les questions en litige

A. *La norme de diligence*

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant, dans le cadre des appels *Osborne* et *M*, que le juge de première instance avait eu raison de dire que le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne était inadéquat, malgré le témoignage contraire de deux experts en médecine?

B. *Le lien de causalité*

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant, dans l'appel *Walker*, qu'on devait présumer que le lien causal nécessaire avait été établi une fois qu'il avait été démontré que la Croix-Rouge canadienne avait manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donneurs à l'époque où Robert M. a fait le don de sang en cause, et que la Croix-Rouge canadienne ne pouvait pas contester ce lien causal présumé?

V. L'analyse

A. *La crise du SIDA*

Le juge de première instance a décrit l'histoire et la connaissance du SIDA qui se développait aux États-Unis afin de déterminer la norme de diligence requise pour protéger les réserves sanguines canadiennes (voir par. 134-152). Il est utile de résumer cette description pour démontrer le caractère unique de la période visée par les pourvois et faire ressortir la différence entre les réactions américaine et canadienne face à la crise émergente du SIDA.

59

60

61

62

- 63 The first AIDS cases were diagnosed in North America in June and July of 1981. As more cases surfaced, it appeared that AIDS was especially prevalent among certain groups, namely homosexual males, intravenous drug users, and recently-immigrated Haitians. It was not until January 1984 that the medical community asserted with certainty that AIDS was transmissible by blood.
- 64 In July 1982, three cases of *Pneumocystis carinii* pneumonia were diagnosed in hemophiliacs, raising the possibility that AIDS might be blood borne.
- 65 In December 1982, the Centers for Disease Control and Prevention reported a case of “Possible Transfusion-Associated AIDS (TAA) — California”. In that case, an infant, who did not fit into any of the previously noted high risk categories for AIDS, received blood platelets from transfusions. The infant contracted AIDS and the transfusions he received became the focus of the medical community’s attention.
- 66 In January 1983, a Workgroup to Identify Opportunities for the Prevention of AIDS was convened. At that meeting, based on the emerging information about AIDS, a consensus was reached for the proposition that members of high risk groups for AIDS should somehow be excluded from donating blood. The report indicates that “no consensus was reached as to the best method for doing this”.
- 67 The Workgroup rejected the idea of screening out male homosexuals, as that procedure would be “intrusive”, “unethical” and might “institutionalize a stigma on groups already prone to prejudice and persecution”. Further, the Workgroup questioned whether such a procedure would be effective, given the possibility that many potential donors would be reluctant to disclose that they were
- Les premiers cas de SIDA ont été diagnostiqués en Amérique du Nord en juin et juillet 1981. Au fur et à mesure que d’autres cas faisaient surface, le SIDA paraissait particulièrement répandu au sein de certains groupes, soit les homosexuels, les consommateurs de drogues injectables et les immigrants haïtiens récents. Ce n’est qu’en janvier 1984 que la communauté médicale déclarait sans ambages que le SIDA était transmissible par le sang.
- En juillet 1982, trois cas de pneumonie à *Pneumocystis carinii* ont été diagnostiqués chez des hémophiles, ce qui soulevait la possibilité que le SIDA se transmette par le sang.
- En décembre 1982, les Centers for Disease Control and Prevention ont fait état d’un cas de [TRADUCTION] « SIDA possiblement lié à une transfusion — Californie ». Il s’agissait d’un bébé qui n’appartenait pas à l’une ou l’autre des catégories d’individus particulièrement vulnérables au SIDA déjà définies et qui avait reçu des plaquettes sanguines par transfusions. Le bébé a contracté le SIDA, et les transfusions qu’il a reçues sont devenues le centre d’attention de la communauté médicale.
- En janvier 1983, a lieu une réunion du groupe de travail chargé de trouver des moyens de prévenir le SIDA (*Workgroup to Identify Opportunities for the Prevention of AIDS*), au cours de laquelle il est décidé à l’unanimité, d’après les renseignements émergents sur le SIDA, de proposer que les personnes appartenant à des groupes particulièrement vulnérables au SIDA devraient par quelque moyen être exclus pour des dons de sang. Selon le rapport, [TRADUCTION] « il n’y a pas consensus quant à la meilleure méthode à appliquer pour atteindre cet objectif ».
- Le groupe de travail rejette l’idée d’exclure les hommes homosexuels, car une telle procédure serait [TRADUCTION] « indiscreète » et « contraire à l’éthique », et risquerait « d’institutionnaliser un stigmatisme que portent des groupes d’individus exposés aux préjugés et à la persécution ». En outre, il s’interroge sur l’efficacité d’une telle méthode, vu la possibilité que plusieurs éventuels donneurs

homosexual, or might conclude that they were not at risk for contracting or carrying the disease. No recommendations were made at this meeting on how to screen high risk donors.

On January 13, 1983, the ARC, the American Association of Blood Bankers, and the Council of Community Blood Banks issued a "Joint Statement on AIDS Related to Transfusion" ("Joint Statement"). The Joint Statement concluded that evidence was inconclusive that AIDS was transmissible by blood. It recommended more thorough screening for symptoms of AIDS in potential donors; however, it did not recommend that donors be screened on the basis of their sexual preference. It further noted that only 10 of 800 reported AIDS cases, diagnosed to date, were possibly blood-related, while approximately 10 million transfusions had been performed in the lapse of one year from 1982.

On March 4, 1983, the American Public Health Service Committee issued its promised recommendations for donor screening. The committee recommended that, prior to donating blood, donors be given pamphlets describing high risk groups so that they could self-screen based on the information in the pamphlets. The Bureau of Biologics of the Food and Drug Administration (FDA) recommended improved educational programs for blood bank personnel so that they could better assist donors in recognizing the symptoms of AIDS. These guidelines were promptly implemented by the ARC.

The ARC prepared a pamphlet in March 1983 for use at its donor clinics entitled "An important message to all blood donors".

Donors were required to sign an acknowledgment that they had read the ARC 1983 pamphlet concerning AIDS, and to acknowledge their under-

hésitent à révéler qu'ils sont homosexuels ou encore en arrivent à la conclusion qu'ils ne risquent pas de contracter ou porter la maladie. Aucune recommandation n'est faite à cette réunion sur la façon de filtrer les donneurs à risque élevé.

Le 13 janvier 1983, la Croix-Rouge américaine, l'American Association of Blood Bankers et le Council of Community Blood Banks font une déclaration conjointe sur le lien entre le SIDA et les transfusions sanguines (« la déclaration conjointe »). Selon cette déclaration conjointe, la preuve de transmission du SIDA par le sang n'est pas concluante. Elle recommande un examen plus poussé qui permettrait de déceler, le cas échéant, des symptômes du SIDA chez les éventuels donneurs; cependant, elle ne recommande pas que la sélection des donneurs soit fondée sur l'orientation sexuelle. Elle fait en outre remarquer que seuls dix des 800 cas de SIDA signalés jusque-là sont peut-être liés au sang, alors qu'environ dix millions de transfusions ont eu lieu l'année précédente.

Le 4 mars 1983, l'American Public Health Service Committee fait les recommandations promises en matière de sélection des donneurs. Il recommande qu'on remette aux donneurs, avant qu'ils ne donnent de leur sang, des dépliants décrivant les groupes à risque élevé, afin qu'ils puissent eux-mêmes juger s'ils peuvent donner du sang, d'après les renseignements contenus dans les dépliants. Le Bureau of Biologics de la Food and Drug Administration (FDA) recommande pour sa part qu'on améliore les programmes de formation des membres du personnel des banques de sang pour qu'ils soient plus en mesure d'aider les donneurs à reconnaître les symptômes du SIDA. La Croix-Rouge américaine suit sans délai ces lignes directrices.

La Croix-Rouge américaine publie en mars 1983 le dépliant « An important message to all blood donors » pour ses centres de collecte de sang.

Les donneurs doivent signer une attestation selon laquelle ils ont lu le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine au sujet du SIDA et

68

69

70

71

standing that members of high risk groups had been asked to refrain from donating blood.

B. *Canada's Response*

72 The CRCS's response to the Joint Statement of January 1983 is usefully compared to the ARC response. The CRCS became aware of the Joint Statement shortly after it was released. On February 7, 1983, the CRCS and the Canadian Hemophilia Society met. The latter recommended expanding the CRCS donor questionnaire to include "questions more specifically related to the symptomatology of AIDS" (para. 149 (emphasis deleted)).

73 On March 10, 1983, the National Office of the CRCS issued a press release advising "members of groups identified as high risk of carrying Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) not to give blood. These groups are: Patients diagnosed with AIDS, sexual partners of AIDS patients, persons with AIDS symptoms, sexually-active homosexual or bisexual men with multiple partners, recent Haitian immigrants, current or past drug abusers, and sexual partners of individuals at high risk for AIDS" (para. 147 (emphasis deleted)).

74 The CRCS also indicated it was to expand the steps taken to protect blood recipients from the possible transmission of AIDS through blood by expanding the current screening process for blood donors to include specific questions to detect potential donors with symptoms of AIDS or who might be carriers of AIDS. In the March 10, 1983 press release, the CRCS assured that it was "doing everything possible under current conditions of knowledge to protect recipients of blood and blood products from any possible threat to their health" and promised to "continue to monitor new developments, in association with other agencies in Canada and the United States, and [to] revise its

reconnaître qu'ils comprennent que les personnes appartenant à l'un ou l'autre des groupes à risque élevé sont invitées à s'abstenir de donner du sang.

B. *La réaction du Canada*

Il est utile de comparer la réaction de la Croix-Rouge canadienne à la déclaration conjointe de janvier 1983 à celle de la Croix-Rouge américaine. La Croix-Rouge canadienne est au courant de la déclaration conjointe peu après sa publication. Le 7 février 1983, a lieu une rencontre entre la Croix-Rouge canadienne et la Société canadienne de l'hémophilie. Cette dernière recommande qu'on ajoute au questionnaire de la Croix-Rouge canadienne [TRADUCTION] « des questions portant plus précisément sur la symptomatologie du SIDA » (par. 149 (soulignement omis)).

Le 10 mars 1983, le Bureau national de la Croix-Rouge canadienne émet un communiqué de presse informant les [TRADUCTION] « membres des groupes particulièrement vulnérables au syndrome d'immunodéficience acquis (SIDA) de ne pas donner de sang : les personnes qui ont reçu un diagnostic de SIDA, les partenaires sexuels des sidéens, les personnes présentant des symptômes du SIDA, les hommes homosexuels ou bisexuels ayant des rapports sexuels avec plusieurs partenaires, les Haïtiens récemment immigrés, les personnes qui ont consommé ou qui consomment actuellement de la drogue et les partenaires sexuels des personnes particulièrement vulnérables au SIDA » (par. 147 (soulignement omis)).

La Croix-Rouge canadienne fait aussi savoir qu'elle doit prendre des mesures supplémentaires pour protéger les receveurs de sang contre la transmission possible du SIDA par le sang en resserrant le processus de sélection des donneurs alors en vigueur de manière à y inclure des questions précises visant à filtrer les éventuels donneurs présentant des symptômes du SIDA ou susceptibles d'être porteurs de cette maladie. Dans le communiqué du 10 mars 1983, elle assure qu'elle [TRADUCTION] « fait tout son possible dans l'état actuel des connaissances pour protéger les receveurs de sang et de produits sanguins contre tout risque pour leur santé » et promet de « continuer à suivre

position promptly should medical or other scientific findings indicate that a different course of action is warranted” (para. 147 (emphasis deleted)).

It is significant to note that Borins J. stated at para. 148:

It is clear that in identifying “persons with AIDS symptoms” as a discrete high risk group, and in committing itself to extending its current donor screening process to “include specific questions to detect potential donors with symptoms of AIDS or who might be carriers of AIDS”, the CRCS had adopted the recommendations of the Joint Statement and the FDA, as reflected in ARC pamphlet.

On April 15, 1983, the National Advisory Committee and Blood Transfusion Services met. After what was described as a “spirited debate”, it was decided not to ask symptom-specific questions of potential donors, but instead to modify the existing donor questionnaire by adding the preamble with a “good health” aspect. The revised preamble read as follows (at para. 150):

Thank you for your gift of blood. In order to protect you and the recipient of your blood, it is important that you be in good health. Please read these questions carefully each time you give. If your answer is yes to any question, notify the nurse.

A yes answer does not necessarily disqualify you as a donor. [Emphasis added.]

The decision not to ask symptom-specific questions of potential donors was apparently made with disregard for the advice of the CRCS’s own medical staff. The Medical Directors of the CRCS met on March 24-25, 1983, where the general consensus reached was that it would be appropriate to ask donors symptom-specific questions. There was no satisfactory explanation as to why the National

le cours des événements, de concert avec d’autres organismes au Canada et aux États-Unis et [de] revoir sans délai sa position si des découvertes médicales ou d’autres découvertes scientifiques indiquent qu’un changement d’approche s’impose » (par. 147 (soulignement omis)).

Il importe de noter les propos du juge Borins (au par. 148) :

[TRADUCTION] En mettant les « personnes qui ont des symptômes du SIDA » dans un groupe à risque élevé distinct et en s’engageant à pousser plus loin sa méthode de sélection des donneurs de manière à « inclure des questions précises destinées à filtrer les éventuels donneurs présentant des symptômes du SIDA ou susceptibles d’être porteurs de cette maladie », la Croix-Rouge canadienne a adopté les recommandations de la déclaration conjointe et de la FDA, qui se retrouvent dans le dépliant de la Croix-Rouge américaine.

Le 15 avril 1983, le Comité consultatif national et les Services transfusionnels se réunissent. Après ce qui semble être un « débat animé », on décide de ne pas poser aux éventuels donneurs des questions portant précisément sur les symptômes, mais plutôt de modifier le questionnaire remis aux donneurs en y ajoutant le préambule comportant un aspect sur la « bonne santé ». Voici la version modifiée du préambule (au par. 150) :

Nous vous remercions de votre don de sang. Pour votre protection et celle des malades susceptibles de recevoir votre sang, il est essentiel que vous soyez en bonne santé. Veuillez lire attentivement les questions suivantes chaque fois que vous offrez votre sang. Si vous répondez oui à l’une des questions, allez voir l’infirmière. . .

Une réponse affirmative ne vous élimine pas nécessairement comme donneur. [Je souligne.]

La décision de ne pas poser de questions portant précisément sur les symptômes aux éventuels donneurs est, semble-t-il, prise sans égard à l’avis du personnel médical de la Croix-Rouge canadienne. Les directeurs médicaux de la Croix-Rouge canadienne se réunissent les 24 et 25 mars 1983; l’opinion générale est alors qu’il faudrait poser ces questions aux donneurs. On ne fournit aucune

75

76

77

Advisory Committee and Blood Transfusion Services decided not to follow the advice of its own medical staff, and instead retained the “good health” approach.

78 As early as April 1983, the CRCS also decided to implement a donor-screening pamphlet, albeit not symptom-specific. However, this was not done for over a year (May 1, 1984).

79 Finally, in November 1985, the CRCS revised its 1984 pamphlet to describe a typical member of the group of high-risk donors as a person who was “a male and [has] had sex with another male since 1977” (para. 144). The CRCS began testing all blood donations for the presence of HIV antibodies using the ELISA test in November 1985. In May 1986 the CRCS introduced the first brochure that asked symptom-specific questions about HIV.

C. Osborne and M

80 The issue is whether the trial judge was entitled to find that the donor screening procedures of the CRCS May 1984 pamphlet, which was in use when Everett made his blood donations on December 17, 1984 and March 25, 1985, were inadequate. The trial judge rejected the opinions of the only two experts who testified on this issue, Allen and Barker. As noted earlier, these experts testified that the “good health” question provided an adequate alternative to symptom-specific questions in the CRCS May 1984 pamphlet. The trial judge found that the CRCS’s “good health” questions were not an effective substitute for symptom-specific questions about AIDS as they were based on a false premise (at para. 160):

explication satisfaisante à l’égard de la décision du Comité consultatif national et des Services transfusionnels de ne pas suivre l’avis de leur propre personnel médical et d’adopter plutôt l’approche de la « bonne santé ».

Dès avril 1983, la Croix-Rouge canadienne décide également de publier un dépliant de sélection des donneurs, qui ne comporterait toutefois pas de questions précises sur les symptômes. Cependant, elle attend plus d’un an avant d’agir (1^{er} mai 1984).

Enfin, en novembre 1985, la Croix-Rouge canadienne révisé son dépliant de 1984 afin d’y décrire un membre type du groupe de donneurs à risque élevé comme étant tout [TRADUCTION] « homme qui a eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 » (par. 144). En novembre 1985, à l’aide du test ELISA, elle commence à tester systématiquement les dons sanguins pour déterminer s’ils contiennent des anticorps anti-VIH. En mai 1986, elle lance le premier dépliant à poser des questions portant précisément sur des symptômes du VIH.

C. Osborne et M

La question litigieuse est de savoir si le juge de première instance pouvait conclure que les méthodes de sélection des donneurs suivies par la Croix-Rouge canadienne par voie du dépliant de mai 1984, utilisé à l’époque des dons de sang d’Everett du 17 décembre 1984 et du 25 mars 1985, sont insuffisantes. Le juge de première instance rejette les avis des deux seuls experts qui ont témoigné à ce sujet, Allen et Barker. Comme je l’ai déjà mentionné, ces experts ont témoigné que la question sur la « bonne santé » pouvait remplacer valablement des questions portant précisément sur les symptômes dans le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Le juge de première instance conclut que les questions de la Croix-Rouge canadienne sur la « bonne santé » ne peuvent remplacer efficacement des questions portant précisément sur les symptômes du SIDA, car elles sont fondées sur une prémisse erronée (au par. 160) :

A donor cannot know if he or she is in “good health” unless told what would constitute “bad health” in the context of the *purpose* of the “good health” question. The American procedure did this by identifying the signs and symptoms of bad health from the perspective of the object it was seeking to achieve by donor screening. Nowhere is the false premise better illustrated than in the case of Everett, who had swollen lymph glands for several years. A person’s good health is often subjective. A person may experience a particular condition for a long period of time, but because of the long period during which he or she has experienced it, believe that it is his or her normal condition. Such a person may believe that he or she is in good health. This illustrates why a “good health” question is not a substitute for the symptom specific questions. [Emphasis in original.]

Borins J. found that the CRCS May 1984 pamphlet contained a basic contradiction (at para. 161):

On the one hand, donors were told not to donate if they were not “feeling generally well”. On the other hand, donors were told that “some apparently healthy persons” were infected with viruses. Yet other than indicating those people at high risk for AIDS, nothing was said about health indicators of HIV infection. To use a “good health” question and nothing more to ask a person if he believed he had AIDS, would have been like asking Mr. Osborne if he thought he had AGBS, without telling him its signs and symptoms.

I agree with the Court of Appeal in upholding the trial judge’s conclusions in the *Osborne* and *M* cases. The trial judge was not asked to assess complex scientific or highly technical matters. Simply, the issue was whether the general health question was sufficient to deter the infected donor from donating blood. The issue is not how an expert would respond to the donor screening questions in the questionnaire, but how a lay person would respond (see also *Ter Neuzen*, *supra*, at p. 701).

[TRADUCTION] Un donneur ne peut savoir s’il est en « bonne santé » à moins qu’on lui dise ce qui constituerait une « mauvaise santé » dans le contexte de l’*objectif* visé par la question sur la « bonne santé ». Or, c’est ce que fait la méthode américaine en décrivant les signes et symptômes d’une mauvaise santé du point de vue de l’objectif qu’elle visait à atteindre par la sélection des donneurs. Rien n’illustre mieux la prémisse erronée que le cas d’Everett, dont les ganglions lymphatiques avaient été enflés depuis plusieurs années. La bonne santé d’une personne est souvent subjective. Une personne peut avoir un état de santé particulier pendant longtemps, mais parce qu’elle se trouve dans cet état depuis si longtemps, elle peut croire qu’il s’agit de son état de santé normal. Il se peut qu’une telle personne se considère en bonne santé. Cela démontre qu’une question sur la « bonne santé » ne peut remplacer les questions portant précisément sur des symptômes. [En italique dans l’original.]

Le juge Borins conclut que le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne comporte une contradiction fondamentale (au par. 161) :

[TRADUCTION] D’une part, on dit à l’éventuel donneur de s’abstenir de donner du sang s’il n’est pas certain « de [se] sentir bien ». D’autre part, on lui dit que « des personnes apparemment en bonne santé » peuvent être porteuses de virus. Pourtant, à part la mention des personnes particulièrement vulnérables au SIDA, on ne parle aucunement des indicateurs de santé permettant de détecter une infection par le VIH. Se contenter de poser une question sur la « bonne santé » pour savoir si la personne croit qu’elle a le SIDA équivaudrait à demander à M. Osborne s’il croyait avoir l’AGBS sans lui dire quels en sont les signes et les symptômes.

Je suis d’accord avec la Cour d’appel, qui a maintenu les conclusions du juge de première instance dans *Osborne* et *M*. On ne demandait pas au juge de première instance d’apprécier des questions scientifiques complexes ou extrêmement techniques. La question litigieuse qu’il devait trancher était simplement de savoir si la question sur l’état de santé général suffisait pour dissuader le donneur contaminé de donner de son sang. Il ne s’agit pas de savoir comment un expert répondrait aux questions de sélection des donneurs contenues dans le questionnaire, mais plutôt comment un profane y répondrait (voir également l’arrêt *Ter Neuzen*, précité, p. 701).

81

82

83 I agree with the reasoning of the Court of Appeal at p. 468:

Nor is the factual issue at the heart of Justice Borins' conclusion that the screening procedures followed by the CRCS were inadequate, one that fell within the exclusive domain of medical experts. His finding that the pamphlet was inadequate did not turn on any disagreement with the experts on a medical issue, but rather on his evaluation of whether the message conveyed by the pamphlet was sufficient to deter those at high risk of having the HIV virus from donating blood. The finding that the pamphlet did not meet that purpose turned on his evaluation of how that pamphlet would be read and understood by possible donors and not on the application of any medical expertise.

D. *Walker*

84 The Court of Appeal confirmed Borins J.'s finding on the issue of negligence but disagreed with him on the issue of causation. On the question of negligence the Court of Appeal stated at p. 471:

1. That the CRCS was in breach of its duty in failing, by September 1983, to have in place at its donor clinics a program designed to screen out individuals known to pose a high risk of transmitting the HIV virus; and
2. That the CRCS knew or ought to have known that its failure to implement adequate screening measures could result in the transmission of HIV-infected blood to innocent recipients such as Mrs. Walker.

85 The Court of Appeal relied on *Hollis, supra*, to determine causation on the basis that, as the Walkers bore the onus of proving causation, the necessary causal link was presumptively established once it was shown that the CRCS had failed in its duty to implement adequate donor screening measures when Robert M. donated the HIV-tainted blood that proved fatal to Walker. There was no evidence of extraneous conduct on the part of Robert M. which would have made the CRCS's failure to adequately screen high risk donors irrelevant. Therefore, they concluded that it was not open to

Je suis d'accord avec le raisonnement de la Cour d'appel (à la p. 468) :

[TRADUCTION] La question de fait au cœur de la conclusion du juge Borins que les méthodes de sélection de la Croix-Rouge canadienne sont inadéquates ne relève pas non plus exclusivement des experts médicaux. Sa conclusion que le dépliant est inadéquat repose non pas sur une divergence d'opinion entre lui et les experts au sujet d'une question médicale, mais plutôt sur son appréciation de la question de savoir si le message que transmet le dépliant suffit pour dissuader les individus particulièrement vulnérables au VIH de donner du sang. La conclusion que le dépliant n'atteint pas cet objectif est fondée sur son appréciation de la façon dont les éventuels donneurs liraient et comprendraient ce dépliant, et non sur l'application d'une expertise médicale.

D. *Walker*

La Cour d'appel confirme la conclusion du juge Borins en matière de négligence, mais n'est pas d'accord avec lui au sujet du lien de causalité. Voici ce qu'elle dit sur la question de la négligence (à la p. 471) :

[TRADUCTION]

1. la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation, car elle n'avait pas établi à ses centres de collecte de sang, au mois de septembre 1983, un programme visant à filtrer les individus dont le risque de transmission du VIH est élevé;
2. la Croix-Rouge canadienne savait, ou aurait dû savoir, qu'en raison de son manquement à l'obligation de prendre les mesures de sélection appropriées du sang contaminé par le VIH risque d'être transmis à des innocents, comme M^{me} Walker.

La Cour d'appel se fonde sur *Hollis*, précité, pour trancher la question du lien de causalité déclarant que, comme il incombe aux Walkers d'établir le lien de causalité, on doit présumer que le lien causal nécessaire a été établi une fois qu'il a été démontré que la Croix-Rouge canadienne a manqué à son obligation de prendre des mesures convenables de sélection des donneurs à l'époque où Robert M. a fait le don de sang mortel contaminé par le VIH à Walker. Aucune preuve n'établit un comportement par ailleurs tel de la part de Robert M. qu'il aurait rendu non pertinente l'omis-

the CRCS to dislodge the presumptive causal link by showing that proper screening measures would have proved ineffective in deterring Robert M. on the basis of any extraneous conduct. On this point I respectfully disagree.

The law of torts may, from time to time, reflect policy considerations which can impact, in part, on the burden of proof in a negligence action. The Court of Appeal here in *Walker* relied on *Hollis* to determine causation on the basis of a presumptive causal link. In my opinion, *Walker* can be distinguished from *Hollis* as it does not involve the “learned intermediary” rule”. In *Hollis*, the manufacturer discharged its duty of care to the consumer through an informed intermediary. The manufacturer was entitled to rely on the assumption that the learned intermediary would discharge this duty of care, and, once it relied on this assumption, the causal link was presumptively established. This permissible delegation of responsibility and the resulting reliance supports a presumptive causal link. However, in *Walker* there is no “learned intermediary” and, as such, a rebuttable presumption of causation is an inappropriate standard to apply.

With respect to negligent donor screening, the plaintiffs must establish the duty of care and the standard of care owed to them by the CRCS. The plaintiffs must also prove that the CRCS caused their injuries. The unique difficulties in proving causation make this area of negligence atypical. The general test for causation in cases where a single cause can be attributed to a harm is the “but-for” test. However, the but-for test is unwork-

sion de la Croix-Rouge canadienne de filtrer convenablement les éventuels donneurs à risque élevé. La Cour d’appel a donc conclu que la Croix-Rouge canadienne ne pouvait pas contester le lien causal présumé en établissant que des mesures de sélection convenables n’auraient pas dissuadé Robert M., compte tenu de sa conduite par ailleurs. Je regrette de ne pouvoir souscrire à ce point de vue.

Le droit de la responsabilité civile délictuelle peut parfois refléter des considérations de principe susceptibles d’avoir une incidence, en partie, sur le fardeau de la preuve dans une action en négligence. La Cour d’appel s’est fondée, dans la présente affaire *Walker*, sur l’arrêt *Hollis* pour établir le lien de causalité sur la base du lien causal présumé. À mon avis, on peut distinguer l’affaire *Walker* de celle de *Hollis* vu qu’elle ne fait pas intervenir la « règle de l’“intermédiaire compétent” ». Dans *Hollis*, le fabricant devait remplir son obligation de diligence envers le consommateur par l’entremise d’un intermédiaire compétent. Il avait le droit de supposer que l’intermédiaire compétent remplirait cette obligation de diligence, et s’il se fondait sur cette supposition, le lien causal était établi par présomption. Cette délégation de responsabilité autorisée et la supposition qui en résulte confirme la validité de la présomption d’un lien causal. Cependant, dans *Walker*, il n’y a pas d’« intermédiaire compétent » et la présomption réfutable de l’existence du lien de causalité n’est pas une norme appropriée.

En ce qui concerne la question de la négligence dans la sélection des donneurs, les demandeurs doivent établir l’obligation de diligence et la norme de diligence que la Croix-Rouge canadienne devait respecter à leur égard. Ils doivent également démontrer que la Croix-Rouge canadienne a causé leur préjudice. Les difficultés singulières que présente l’établissement du lien de causalité rendent atypique ce domaine de la négligence. Le critère général en matière de lien de causalité qu’il convient d’appliquer dans les cas où une cause unique peut être attribuée à un préjudice est le critère du facteur déterminant. Cependant, ce critère ne s’applique pas dans certaines situations,

able in some situations, particularly where multiple independent causes may bring about a single harm.

88 In cases of negligent donor screening, it may be difficult or impossible to prove hypothetically what the donor would have done had he or she been properly screened by the CRCS. The added element of donor conduct in these cases means that the but-for test could operate unfairly, highlighting the possibility of leaving legitimate plaintiffs uncompensated. Thus, the question in cases of negligent donor screening should not be whether the CRCS's conduct was a necessary condition for the plaintiffs' injuries using the "but-for" test, but whether that conduct was a sufficient condition. The proper test for causation in cases of negligent donor screening is whether the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury. In the present case, it is clear that it did. "A contributing factor is material if it falls outside the *de minimis* range" (see *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at para. 15). As such, the plaintiff retains the burden of proving that the failure of the CRCS to screen donors with tainted blood materially contributed to Walker contracting HIV from the tainted blood.

89 The trial judge found that the *Walker* action failed on causation because Robert M. was not deterred from donating blood when the CRCS May 1984 pamphlet was in existence. Borins J. stated at para. 41:

On the basis of the view that I hold of Robert M.'s evidence, I have reached the conclusion that if the CRCS had published an AIDS pamphlet in September 1983 which was similar to the May 1, 1984, pamphlet, and if it had been given to him on September 12, 1983 at the Manulife clinic, he would have donated blood. He would have done so because he was in good health and believed that his blood would be tested. I am satisfied that the May 1, 1984 brochure was available to him in

en particulier lorsque plusieurs causes distinctes peuvent donner lieu à un seul préjudice.

Dans les affaires de négligence dans la sélection des donneurs, il peut être difficile, voire impossible d'établir de façon hypothétique ce que le donneur aurait fait s'il avait été convenablement filtré par la Croix-Rouge canadienne. Vu l'élément supplémentaire de la conduite du donneur dans ces affaires, il se pourrait que le critère du facteur déterminant entraîne un résultat injuste, niant à des demandeurs légitimes toute indemnisation. En conséquence, la question à trancher dans les affaires de négligence en matière de sélection des donneurs ne consiste pas à déterminer, selon le critère du facteur déterminant, si la conduite de la Croix-Rouge canadienne est une condition nécessaire du préjudice des demandeurs, mais plutôt à savoir si cette conduite en est une condition suffisante. Le critère à appliquer au lien de causalité, en matière de négligence dans la sélection des donneurs, est de savoir si la négligence du défendeur a « contribué de façon appréciable » à la survenance du préjudice. En l'espèce, il est clair que c'est le cas. « Un facteur concourant est important s'il a eu une incidence plus que minimale » (voir *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 15). Il incombe donc toujours à la demanderesse d'établir que l'omission de la Croix-Rouge canadienne de filtrer les donneurs dont le sang était contaminé a contribué de façon appréciable au fait que M^{me} Walker a eu le VIH après avoir reçu du sang contaminé.

Le juge de première instance a conclu qu'il convenait de rejeter l'action *Walker* au regard du lien de causalité vu que Robert M. n'avait pas été dissuadé de donner de son sang, même après la publication du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Voici ce que dit le juge Borins au par. 41 :

[TRADUCTION] Compte tenu de l'appréciation que j'ai faite du témoignage de Robert M., j'ai conclu que si la Croix-Rouge canadienne avait publié un dépliant sur le SIDA en septembre 1983 semblable à celui du 1^{er} mai 1984 et s'il lui avait été remis le 12 septembre 1983 au centre de collecte de sang du Centre Manulife, il aurait tout de même donné de son sang. Il l'aurait fait parce qu'il était en santé et croyait que son sang serait analysé. Je suis convaincu qu'on lui a remis le dépliant du

Montreal on at least some of the occasions he attended to make a donation, and that it did not deter him from donating blood at that clinic. This supports the view that I hold that if there had been a similar brochure available on September 12, 1983 at the Manulife clinic, it would not have deterred him on that occasion.

With respect, the trial judge asked himself the wrong question. Rather than asking whether Robert M. would have self-deferred or been excluded from donating blood on September 12, 1983 if he had seen the CRCS May 1984 pamphlet, he should have asked whether Robert M. would have self-deferred or been excluded if the CRCS had followed the appropriate standard of care as represented by the ARC March 1983 pamphlet. It is my opinion that the ARC March 1983 pamphlet represented the appropriate standard of care for a professional voluntary blood bank in North America at that time.

Borins J. noted the primacy of the ARC March 1983 pamphlet over the CRCS May 1984 pamphlet during a discussion of the standard of care to be used in the *Osborne* case. He noted that both pamphlets make reference to the newly described condition known as AIDS. However, the CRCS May 1984 pamphlet states that it is important that a donor be in “good health” and cautions the prospective donor to “be sure that you are feeling generally well”. However, the CRCS May 1984 pamphlet does not mention any signs or symptoms of AIDS. On the other hand, the ARC March 1983 pamphlet points out that although “some persons may feel in excellent health”, they may have viruses or infectious agents in their blood and informs donors that the ARC must rely on donors’ health histories to exclude individuals whose blood might contain AIDS. “The ARC then includes among the high risk groups those persons ‘with

1^{er} mai 1984 au moins à quelques occasions où il a donné du sang à Montréal et que cela ne l’a pas dissuadé de faire des dons de sang à ce centre de collecte. Cela confirme mon point de vue qu’un dépliant similaire qui lui aurait été remis le 12 septembre 1983 au centre de collecte du Centre Manulife ne l’aurait pas dissuadé de donner de son sang à cette occasion.

Avec égards, j’estime que le juge de première instance s’est posé la mauvaise question. En effet, au lieu de se demander si Robert M. se serait auto-exclu ou aurait été exclu le 12 septembre 1983 s’il avait vu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne, il aurait dû se demander si Robert M. se serait auto-exclu ou aurait été exclu si la Croix-Rouge canadienne avait suivi la norme de diligence appropriée, représentée par le dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine. À mon avis, ce dépliant représentait la norme de diligence appropriée pour une banque professionnelle de dons bénévoles de sang en Amérique du Nord, à cette époque.

Le juge Borins souligne la qualité supérieure du dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine comparativement à celui de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne dans l’analyse de la norme de diligence à appliquer dans *Osborne*. Il fait remarquer que les deux dépliants mentionnent la maladie récemment décrite qu’on appelait le SIDA. Cependant, celui de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne indique qu’il est essentiel que le donneur soit en « bonne santé » et avertit l’éventuel donneur qu’il doit « être certain de [se] sentir bien », sans mentionner de signes ou symptômes du SIDA. Par contre, le dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine signale que, même si [TRADUCTION] « des personnes se sentent en excellente santé », il est possible qu’elles soient porteuses de virus ou d’autres agents infectieux dans leur sang, et il informe les donneurs que la Croix-Rouge américaine doit se fonder sur leurs antécédents de santé afin d’exclure les individus dont le sang peut être contaminé par le SIDA. [TRADUCTION] « La Croix-Rouge américaine inclut ensuite parmi les groupes à risque élevé le groupe des personnes “ayant des symptômes et signes qui semblent indiquer qu’elles sont atteintes du SIDA”,

90

91

signs and symptoms suggestive of AIDS’, and lists the signs and symptoms. . . .” (para. 143).

énumérant les signes et symptômes . . . » (par. 143).

92 Listing the signs and symptoms of AIDS in the CRCS May 1984 pamphlet (as was done in the ARC 1983 pamphlet) would not have excluded Robert M. as he had no signs or symptoms of AIDS on any occasion that he donated blood. Therefore, it is not surprising that the trial judge concluded at para. 45 that a donor screening programme which focussed on symptom-specific questions would not have deterred Robert M. from donating blood.

Une énumération des signes et symptômes du SIDA dans le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne (comme dans celui de 1983 de la Croix-Rouge américaine) n’aurait pas exclu Robert M., car il ne présentait aucun signe ni symptôme du SIDA à l’une ou l’autre des occasions où il avait donné du sang. Il n’est donc pas surprenant que le juge de première instance ait conclu au par. 45 qu’un programme de sélection des donneurs axé sur des questions précisément liées à des symptômes n’aurait pas dissuadé Robert M. de donner du sang.

93 However, the true problem with the CRCS May 1984 pamphlet is the focus on being in “good health”, a focus which Borins J. found to be inadequate in the *Osborne* case. Borins J. found that Robert M. likely would have donated blood because he believed that he was in good health and believed that his blood would be tested (para. 41). The earlier ARC 1983 pamphlet makes it clear that some persons may feel in excellent health but may be carrying viruses.

Cependant, la véritable carence du dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne est qu’il est axé sur la « bonne santé », ce que le juge Borins estime peu satisfaisant dans *Osborne*. Le juge Borins conclut que Robert M. aurait probablement donné de son sang, car il se croyait en bonne santé et pensait que son sang serait analysé (par. 41). Le dépliant publié par la Croix-Rouge américaine en 1983 mentionne clairement que certaines personnes peuvent se sentir en excellente santé, mais être porteuses de virus.

94 Another important difference is that, according to the trial judge, while the ARC 1983 pamphlet is clearly focussed on the AIDS problem, the CRCS May 1984 pamphlet is not.

Une autre différence importante, selon le juge de première instance, est le fait que, contrairement au dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine, celui de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne n’est pas clairement centré sur le problème du SIDA.

95 Borins J. noted at para. 155: “In my view, the CRCS has provided no credible explanation why it did not make any AIDS risk information available to donors at clinic sites before May, 1984”.

Le juge Borins souligne au par. 155 : [TRADUCTION] « À mon avis, l’explication de la Croix-Rouge canadienne quant à la raison pour laquelle elle n’a pas, avant mai 1984, mis à la disposition des donneurs aux centres de collecte de sang des renseignements sur le risque du SIDA n’est pas crédible ».

96 The trial judge applied the correct standard of care (the ARC 1983 pamphlet) in the *Osborne* action, but erred on the question of causation in the *Walker* action. The Court of Appeal seemed to rec-

Le juge de première instance a appliqué la norme de diligence appropriée (le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine) dans *Osborne*, mais il a commis une erreur sur la question du lien de

ognize this discrepancy in the trial judge's reasons. The Court of Appeal stated at pp. 474-75:

In coming to this conclusion, the trial judge placed considerable emphasis on the fact that Robert M. continued to donate blood after May 1, 1984, even though by that time, the CRCS had introduced a new pamphlet at its donor clinics which referred to AIDS and cautioned certain high risk donors, including homosexuals with multiple partners such as Robert M., not to donate blood.

Although the trial judge did not find that Robert M. had read the new pamphlet on any of the five occasions after May 1, 1984 when he donated blood, he concluded, at least implicitly, that even if he had, Robert M. would not have been deterred because of his mistaken belief that he could donate so long as he was in good health and that his blood would, in any event, be tested.

Much as the Walkers contest these findings, and questionable though they may be, we think they were available on the evidence and we are not in a position to interfere with them. What troubles us is not so much the findings of the trial judge as they relate to Robert M., but the further finding, implicit in his ultimate conclusion, that the donor screening measures implemented by the CRCS in May 1984 were adequate to prevent homosexual males with multiple partners, like Robert M., who did not have AIDS-specific symptoms, from donating blood.

Without going into detail, suffice it to say that, in our view, there are two constituent elements against which the adequacy of donor screening measures in place at CRCS clinics after May 1, 1984 should have been tested. The first, the informational component, involves a consideration of the nature and extent of the information made available to potential donors. The second, the awareness component, relates to the measures taken to ensure that this critical information is brought to the attention of potential donors and fully understood by them.

We do not propose to say more about the subject, other than to note that it would appear that the trial judge did not follow this approach. Had he done so, he may well have concluded that the donor screening measures implemented by the CRCS in May 1984 were

causalité dans *Walker*. La Cour d'appel semble reconnaître cette anomalie des motifs du juge de première instance (aux p. 474-475) :

[TRADUCTION] En parvenant à cette conclusion, le juge de première instance a beaucoup insisté sur le fait que Robert M. avait continué de donner du sang après le 1^{er} mai 1984, même si la Croix-Rouge canadienne avait alors commencé à utiliser dans ses centres de collecte de sang un nouveau dépliant qui mentionne le SIDA et invite certains donneurs à risque élevé, dont les homosexuels ayant plusieurs partenaires, tel Robert M., à s'abstenir de donner du sang.

Même si le juge de première instance n'a pas conclu que Robert M. avait lu le nouveau dépliant à l'une ou l'autre des cinq occasions où il a donné du sang après le 1^{er} mai 1984, il a conclu, du moins implicitement, que même s'il l'avait fait, Robert M. n'aurait pas été dissuadé vu qu'il croyait à tort qu'il pouvait donner du sang du moment qu'il était en bonne santé, et que son sang serait, de toute façon, analysé.

Bien que les Walker contestent ces conclusions et bien qu'elles puissent être douteuses, nous estimons qu'elles sont fondées sur la preuve et que nous ne pouvons les infirmer. Ce ne sont pas tant les conclusions du juge de première instance relatives à Robert M. qui suscitent chez nous des réserves, mais plutôt la conclusion supplémentaire, qui découle implicitement de sa conclusion ultime, que les mesures de sélection des donneurs appliquées par la Croix-Rouge canadienne en mai 1984 étaient suffisantes pour empêcher les homosexuels ayant plusieurs partenaires, comme Robert M., qui ne présentaient pas de symptômes du SIDA, de donner du sang.

Sans entrer dans les détails, nous dirons simplement que, à notre avis, le caractère suffisant des mesures de sélection des donneurs en vigueur dans les centres de collecte de sang de la Croix-Rouge canadienne après le 1^{er} mai 1984 aurait dû être apprécié en fonction de deux éléments constituants. Le premier élément, soit la composante informationnelle, suppose l'examen de la nature et de la portée des renseignements fournis aux éventuels donneurs. Le second élément, soit la composante de la sensibilisation, porte sur les mesures prises pour que les éventuels donneurs prennent connaissance de ces renseignements cruciaux et les comprennent parfaitement.

Nous ne dirons rien d'autre à ce sujet, sinon que le juge de première instance paraît ne pas avoir suivi cette démarche. S'il l'avait fait, il aurait bien pu conclure que les mesures de sélection des donneurs prises par la Croix-Rouge canadienne en mai 1984 étaient insuffi-

inadequate and that proper screening measures would, more likely than not, have deterred Robert M. from donating. [Emphasis added.]

santes et que des mesures de sélection convenables auraient probablement dissuadé Robert M. de donner du sang. [Je souligne.]

97

Although the Court of Appeal declined to interfere with the findings of Borins J. on this issue, there is evidence in the record which demonstrates that the causal link was established. As stated above, the proper test for causation in negligent donor screening cases is whether the defendant's negligence materially contributed to the plaintiff's harm. Even using the strict but-for test, which is not required in these types of cases, causation is proved on the facts. The trial judge concluded, in response to a hypothetical question, that Robert M. would not have been deferred or excluded from donating blood on September 12, 1983 had he seen the CRCS May 1, 1984 pamphlet. That would not have been the case had Robert M. seen the ARC 1983 pamphlet. Robert M. told the trial judge that had he seen, or been given, information on AIDS and the four high risk categories of people who were requested not to donate blood, he would have raised the issue with a nurse, since he fit into one of the risk groups — homosexual males who have multiple partners. The trial judge disbelieved him, expressing the thought that Robert M. did not raise the issue because he considered himself to be in good health. This was the very misconception which the CRCS's May 1, 1984 pamphlet failed to warn against, while the ARC 1983 pamphlet did so expressly.

Bien que la Cour d'appel ait refusé d'infirmes les conclusions du juge Borins sur cette question, il ressort de la preuve au dossier que le lien causal avait été établi. Comme il a déjà été mentionné, le critère à appliquer au lien de causalité en matière de négligence dans la sélection des donneurs est de savoir si la négligence de la défenderesse a contribué de façon appréciable au préjudice du demandeur. Même si on applique le critère strict du facteur déterminant, ce qui n'est pas nécessaire dans ces types d'affaires, le lien de causalité est établi d'après les faits. Le juge de première instance a conclu, en réponse à une question hypothétique, que Robert M. n'aurait pas été dissuadé ou empêché de donner du sang le 12 septembre 1983 s'il avait vu le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne. Ce n'aurait pas été le cas s'il avait vu le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine. Il a dit au juge de première instance que s'il avait vu ou si on lui avait fourni des renseignements sur le SIDA et les quatre catégories de personnes à risque élevé à qui on demandait de s'abstenir de donner du sang, il se serait informé auprès de l'infirmière, étant donné qu'il appartenait à l'un des ces groupes, soit les homosexuels ayant plusieurs partenaires. Le juge de première instance ne l'a pas cru, disant que Robert M. n'a pas soulevé la question, car il se considérait en bonne santé. C'est précisément contre cette idée fausse que le dépliant du 1^{er} mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne n'a pas fait de mise en garde, alors que le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine le faisait expressément.

98

As a result, the CRCS's appeal in the *Walker* action should be dismissed. The Court of Appeal erred in this case by imposing liability on the basis of an inference of causation. When the proper standard of care is applied in this appeal (that is, the requirements of the ARC pamphlet of March 1983) the causal link is established.

Le pourvoi de la Croix-Rouge canadienne dans l'action *Walker* est donc rejeté. La Cour d'appel a commis une erreur en l'espèce en attribuant la responsabilité d'après une inférence de causalité. En effet, en appliquant la norme de diligence appropriée dans le pourvoi, soit les exigences du dépliant de mars 1983 de la Croix-Rouge américaine, on établit le lien causal.

99

I adopt the reasoning of Sopinka J. in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, where he considered

J'adopte le raisonnement du juge Sopinka dans *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, dans lequel il

the causation requirement with respect to malpractice cases at pp. 326-27:

The question that this Court must decide is whether the traditional approach to causation is no longer satisfactory in that plaintiffs in malpractice cases are being deprived of compensation because they cannot prove causation where it in fact exists.

Causation is an expression of the relationship that must be found to exist between the tortious act of the wrongdoer and the injury to the victim in order to justify compensation of the latter out of the pocket of the former. Is the requirement that the plaintiff prove that the defendant's tortious conduct caused or contributed to the plaintiff's injury too onerous? Is some lesser relationship sufficient to justify compensation? I have examined the alternatives arising out of the *McGhee* [[1973] 1 W.L.R. 1] case. They were that the plaintiff simply prove that the defendant created a risk that the injury which occurred would occur. Or, what amounts to the same thing, that the defendant has the burden of disproving causation. If I were convinced that defendants who have a substantial connection to the injury were escaping liability because plaintiffs cannot prove causation under currently applied principles, I would not hesitate to adopt one of these alternatives. In my opinion, however, properly applied, the principles relating to causation are adequate to the task. Adoption of either of the proposed alternatives would have the effect of compensating plaintiffs where a substantial connection between the injury and the defendant's conduct is absent. Reversing the burden of proof may be justified where two defendants negligently fire in the direction of the plaintiff and then by their tortious conduct destroy the means of proof at his disposal. In such a case it is clear that the injury was not caused by neutral conduct. It is quite a different matter to compensate a plaintiff by reversing the burden of proof for an injury that may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone. [Emphasis added.]

Although the trial judge rejected Robert M.'s evidence and found that he tried his best to avoid acknowledging that he received, and read, the CRCS May 1984 pamphlet available in the Montreal clinic, that was the wrong question for the trial

examine l'exigence en matière de lien de causalité dans les affaires de faute professionnelle (aux p. 326-327) :

La question que notre Cour doit trancher est de savoir si la façon traditionnelle d'aborder la causalité n'est plus satisfaisante du fait que les demandeurs dans les affaires de faute professionnelle sont privés d'indemnisation parce qu'ils sont incapables de démontrer l'existence du lien de causalité lorsqu'il existe effectivement.

La causalité est une expression du rapport qui doit être constaté entre l'acte délictueux et le préjudice subi par la victime pour justifier l'indemnisation de celle-ci par l'auteur de l'acte délictueux. L'exigence que le demandeur démontre que la conduite délictueuse du défendeur a causé le préjudice du demandeur ou y a contribué est-elle trop onéreuse? Un rapport moins important est-il suffisant pour justifier une indemnisation? J'ai examiné les possibilités qui découlent de l'arrêt *McGhee* [[1973] 1 W.L.R. 1]. Le demandeur devait simplement démontrer que le défendeur avait créé un risque que le préjudice qui s'est produit se produise. Ou, ce qui revient au même, le défendeur avait le fardeau de réfuter l'existence du lien de causalité. Si j'étais convaincu que des défendeurs qui ont un lien important avec le préjudice subi échappaient à toute responsabilité parce que les demandeurs sont dans l'impossibilité de démontrer l'existence du lien de causalité en vertu des principes qui sont actuellement appliqués, je n'hésiterais pas à adopter une de ces solutions. Toutefois, j'estime que, s'ils sont bien appliqués, les principes relatifs à la causalité fonctionnent adéquatement. L'adoption de l'une ou l'autre des solutions proposées aurait pour effet d'indemniser le demandeur en l'absence d'un rapport important entre le préjudice subi et la conduite du défendeur. Le renversement du fardeau de la preuve peut être justifié lorsque deux défendeurs ont, par négligence, fait feu dans la direction du demandeur et lorsque leur conduite délictueuse élimine ensuite les moyens de preuve dont il dispose. Dans un tel cas, il est clair que le préjudice n'a pas été causé par une conduite neutre. Il en va tout à fait différemment pour ce qui est d'indemniser un demandeur par le renversement du fardeau de la preuve en ce qui a trait à un préjudice qui peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne. [Je souligne.]

Bien que le juge de première instance ait rejeté le témoignage de Robert M. et conclu qu'il avait tenté de son mieux d'éviter de reconnaître qu'il avait reçu et lu le dépliant de mai 1984 de la Croix-Rouge canadienne qui était disponible au

judge to ask. The proper question is whether Robert M. would have been excluded had he been shown the ARC 1983 pamphlet, which meets the appropriate standard of care. It is worth noting that there is no suggestion of malicious conduct on the part of Robert M. such that he was incapable of being screened as a blood donor.

VI. Disposition

101 The CRCS's appeals of the *Osborne, M* and *Walker* actions are dismissed with costs. The hospitals named in the style of cause are not parties in these actions.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: MacMillan Rooke Boeckle, Toronto.

Solicitors for the respondents Walker et al.: Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Solicitors for the respondents Osborne et al.: Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Solicitor for the respondents A.A.M. et al.: Kenneth Arenson, Toronto.

centre de collecte de sang de Montréal, il n'a pas posé la bonne question : Robert M. aurait-il été exclu si on lui avait montré le dépliant de 1983 de la Croix-Rouge américaine, qui satisfait à la norme de diligence appropriée? Notons que rien n'indique de la part de Robert M. une conduite à ce point malveillante qu'il n'aurait pas pu être écarté par le processus de sélection des donneurs de sang.

VI. Le dispositif

Les pourvois de la Croix-Rouge canadienne dans *Osborne, M* et *Walker* sont rejetés avec dépens. Les hôpitaux nommés dans l'intitulé de la cause ne sont pas parties aux pourvois.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs de l'appelante : MacMillan Rooke Boeckle, Toronto.

Procureurs des intimés Walker et autres : Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Procureurs des intimés Osborne et autres : Hodgson, Tough, Shields, DesBrisay, O'Donnell, Toronto.

Procureur des intimés A.A.M. et autres : Kenneth Arenson, Toronto.