

**Frédéric St-Jean** *Appellant*

v.

**Denis Mercier** *Respondent*

**INDEXED AS: ST-JEAN v. MERCIER**

**Neutral citation: 2002 SCC 15.**

File No.: 27515.

2001: April 18; 2002: February 21.

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 QUEBEC

*Civil responsibility — Physicians and surgeons — Duty of prudence and diligence — Victim of car accident bringing action in civil responsibility arising out of treatment of his injuries by orthopaedic surgeon — Trial judge finding surgeon to be without fault and ruling that causation had not been established — Whether Court of Appeal justified in intervening in trial judge's decision — Whether presumption of causation applies.*

*Appeals — Standard of review — Victim of car accident bringing action in civil responsibility arising out of treatment of his injuries by orthopaedic surgeon — Trial judge finding surgeon to be without fault and ruling that causation had not been established — Whether Court of Appeal justified in intervening in trial judge's decision — Whether Supreme Court of Canada has reason to intervene in Court of Appeal's decision.*

The appellant was hit by an automobile and was transported by ambulance to a hospital. He had open fractures in both legs and was bleeding from the head. The appellant was examined by the respondent, an orthopaedic surgeon, later that evening. The respondent was aware of a suspected fracture at the T7 vertebra, but he nonetheless concluded that the fracture was stable or that it was actually only a benign anomaly, thus not impeding his ability to operate. The operation was extremely urgent as it was necessary to treat the open wounds in the legs. Two days later, the respondent decided that the appellant's condition had sufficiently improved to allow another operation

**Frédéric St-Jean** *Appelant*

c.

**Denis Mercier** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : ST-JEAN c. MERCIER**

**Référence neutre : 2002 CSC 15.**

N° du greffe : 27515.

2001 : 18 avril; 2002 : 21 février.

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 DU QUÉBEC

*Responsabilité civile — Médecins et chirurgiens — Obligation de prudence et de diligence — Action en responsabilité civile intentée par la victime d'un accident d'automobile relativement au traitement de ses blessures par un chirurgien orthopédiste — Le juge de première instance conclut que le chirurgien n'a pas commis de faute et que le lien de causalité n'est pas établi — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision de première instance? — Y a-t-il présomption de causalité?*

*Appels — Norme de contrôle — Action en responsabilité civile intentée par la victime d'un accident d'automobile relativement au traitement de ses blessures par un chirurgien orthopédiste — Le juge de première instance conclut que le chirurgien n'a pas commis de faute et que le lien de causalité n'est pas établi — La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision de première instance? — La Cour suprême du Canada peut-elle intervenir dans la décision de la Cour d'appel?*

L'appelant est renversé par une automobile et est transporté en ambulance à l'hôpital. Il a des fractures ouvertes aux deux jambes et des saignements à la tête. L'appelant est examiné par l'intimé, un chirurgien orthopédiste, plus tard dans la soirée. L'intimé est au courant de la possibilité d'une fracture à la vertèbre D7, mais conclut néanmoins qu'il s'agit d'une fracture stable ou seulement d'une anomalie bénigne, qui n'empêche pas d'opérer. L'opération est extrêmement urgente parce qu'il faut traiter les plaies ouvertes aux deux jambes. Deux jours plus tard, l'intimé juge que l'état de l'appelant s'est suffisamment amélioré pour permettre une autre

on the leg, which was carried out the next day. That evening, a nurse entered a note that the appellant was unable to move his legs or toes, a condition the respondent attributed to sciatica. A week later, a third operation was carried out. During a visit to the out-patient clinic after the appellant was discharged from the hospital, the respondent witnessed spasms in the appellant's right leg, a symptom of spastic paraplegia. He consulted a neurologist, who confirmed a condition of spastic paraplegia arising from a medullary contusion. No x-ray of the back was taken. Subsequent x-rays and a myelogram revealed a fracture at the T8 vertebra with a subluxation (partial dislocation) of 9 millimetres in relation to T9. A more detailed review of the x-rays taken following the accident revealed that the fracture was visible but that the subluxation was only 3 millimetres. The respondent proposed surgery to decompress the spinal cord, but the appellant asked to be transferred to another hospital, where the treating neurosurgeon decided not to operate. The appellant was diagnosed with paraparesis, a type of paralysis where the motor activity of the lower limbs is undermined but sensitivity is still retained.

The appellant's action against the respondent went to trial. After the case had been heard and while the trial judge was deliberating, he fell ill and so the case was transferred to another judge, to be decided on the basis of the evidence entered at trial. The new trial judge found the respondent to be without fault, concluding that he could not be reproached for not having diagnosed a medullary contusion rather than a sciatic condition. He also found that the appellant had not discharged his burden to show causation. The Court of Appeal found that the respondent had committed a fault, but affirmed the trial judge's ruling that causation had not been established.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The inquiry to be made in this case is the traditional one: was the Court of Appeal correct in intervening in the trial judge's decision because there was an error of law, an error of mixed law and fact, or an overriding and palpable error of fact? The Court of Appeal concluded that the trial judge made a mistake in the analysis of fault by asking the wrong question in determining whether a fault had been committed. The correct inquiry to be made in assessing whether a professional committed a fault is to ask whether the defendant behaved as would a reasonably prudent and diligent fellow professional in the same circumstances. To ask, as the principal question in the general inquiry, whether a specific positive act or an instance of omission constitutes a fault is to collapse the inquiry and may confuse the issue. What must be asked is whether that act or omission would be acceptable behaviour for a reasonably prudent and diligent professional in

opération à la jambe, qui a lieu le lendemain. Dans la soirée, une infirmière note que l'appelant est incapable de bouger ses jambes et ses orteils, état que l'intimé attribue à une atteinte du sciatique. Une semaine plus tard, on procède à une troisième opération. Au cours d'une visite à une clinique externe après sa sortie de l'hôpital, l'intimé constate que l'appelant a des spasmes à la jambe droite, symptôme de paraplégie spastique. Il consulte un neurologue qui confirme la paraplégie spastique associée à une contusion médullaire. Aucune radiographie du dos n'est prise. Des radiographies et myélographies ultérieures révèlent la présence d'une fracture à la vertèbre D8 avec subluxation (luxation partielle) de 9 mm par rapport à la D9. Une analyse plus poussée des radiographies prises après l'accident révèle que la fracture était visible, mais que la subluxation n'était alors que de 3 mm. L'intimé propose une intervention chirurgicale pour décompresser la moelle épinière, mais l'appelant demande un transfert à un autre hôpital où le neurochirurgien traitant décide de ne pas opérer. On diagnostique chez l'appelant une paraparésie, type de paralysie qui atteint la motricité des membres inférieurs, mais ne prive pas de sensibilité.

L'action de l'appelant contre l'intimé est instruite. Pendant son délibéré, le juge tombe malade et le dossier est confié à un autre juge pour qu'il rende jugement selon la preuve déposée au procès. Le nouveau juge de première instance conclut que l'intimé n'a pas commis de faute et qu'on ne peut lui reprocher de ne pas avoir diagnostiqué une contusion médullaire au lieu d'une atteinte du sciatique. Il juge aussi que l'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer la causalité. La Cour d'appel statue que l'intimé a commis une faute, mais confirme le jugement du juge de première instance sur l'absence de lien de causalité.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Il faut procéder à un examen traditionnel : la Cour d'appel a-t-elle eu raison d'intervenir dans la décision de première instance parce qu'il y avait une erreur de droit, une erreur mixte de droit et de fait ou une erreur manifeste et dominante de fait? La Cour d'appel conclut que le juge de première instance a fait erreur dans l'analyse de la faute en se posant la mauvaise question pour déterminer si une faute a été commise. Pour déterminer si un professionnel a commis une faute, il faut se demander si le défendeur s'est comporté comme un autre professionnel raisonnablement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Se demander, principalement dans cet examen général, si un acte donné ou une omission constitue une faute est réducteur de l'analyse et source possible de confusion. Ce qu'il faut se demander c'est si l'acte ou l'omission constituerait un comportement acceptable pour un professionnel raisonnablement

the same circumstances. The erroneous approach runs the risk of focussing on the result rather than the means. Here, the Court of Appeal was concerned that a proper inquiry was not made and the wrong standard of fault was applied by the trial judge. This concern entitled the Court of Appeal to intervene.

The Court of Appeal also faulted the trial judge's decision for not taking a position on the scientific debate as to causation. A trial judge must assess whether the evidence supports, on a balance of probabilities, a finding of causation. It is not enough to say that there are opposing medical theories on causation and that it is not up to the court to decide between them. It was thus open to the Court of Appeal to be concerned that the trial judge had erred in this manner and accordingly undertake its own analysis of causation.

Findings of fault in the law of delict are questions of mixed law and fact, and the standard of review in this instance is one of correctness. Here, this Court is justified in modifying certain findings of fault made by the Court of Appeal, all the while allowing the finding of fault to stand. There can be no reproach against the respondent for not verifying the fracture at T7 with the radiologist. As far as T7 itself was concerned, the respondent had exercised his professional judgement and decided that whatever fracture there may be at that level, it was stable. However, the suspected fracture at T7 together with the violence of the impact, as well as the consequent concern of the respondent about back pain later on, should have led the respondent to examine more fully the state of the spine once the urgent first operation was done. The fault lies in not conducting the requisite neurological tests, and not examining the back properly with the available tests such as more localized x-rays and scans. There is also no reason to find a fault for not taking cognizance of the nurses' notes, since the respondent personally checked to see how the appellant was recovering after the second operation and asked specifically about back pain. Finally, a lack of immobilization, more specifically the second operation, constituted a fault, but only in conjunction with the first fault of not making further inquiries.

The Court is not clearly satisfied that there was an error in the Court of Appeal's findings of fact as to causation. The Court of Appeal concluded that notwithstanding the faults committed by the respondent, the accident was the legal cause of the injury suffered by the appellant resulting in paraparesis. This conclusion was amply

prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. La démarche erronée risque de mettre l'accent sur le résultat plutôt que sur les moyens. En l'espèce, la Cour d'appel craignait que le juge de première instance n'ait pas procédé à l'analyse requise et qu'il ait appliqué la mauvaise norme de faute. Cette crainte justifiait son intervention.

La Cour d'appel reproche aussi au juge de première instance de ne pas avoir pris position dans le débat scientifique sur la causalité. Le juge de première instance doit déterminer si la preuve appuie, selon la prépondérance des probabilités, une constatation de causalité. Il ne suffit pas de dire qu'il existe des théories médicales opposées sur le lien de causalité et qu'il n'appartient pas au tribunal de trancher. La Cour d'appel pouvait donc craindre que le juge de première instance ait fait cette erreur et pouvait par conséquent procéder à sa propre analyse de la causalité.

En droit de la responsabilité civile délictuelle, l'imputation de la faute est une question mixte de droit et de fait, et la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la justesse. Dans la présente affaire, la Cour est fondée à modifier certaines conclusions de la Cour d'appel sur la faute tout en maintenant la constatation de faute. On ne peut reprocher à l'intimé de ne pas avoir vérifié auprès du radiologue l'existence d'une fracture à la D7. En ce qui concerne la D7, l'intimé a exercé son jugement professionnel et conclu que toute fracture susceptible d'exister à ce niveau était stable. Cependant, compte tenu de la fracture soupçonnée à la D7 et de la violence de l'impact, ainsi que de son inquiétude subséquente quant aux douleurs dorsales, l'intimé aurait dû faire un examen plus poussé de l'état de la colonne après la première opération d'urgence. La faute tient au défaut de procéder aux examens neurologiques requis et d'examiner le dos correctement avec les moyens disponibles, comme des radiographies ou scanographies plus localisées. Il n'y a aucune raison non plus de conclure à la faute du fait de n'avoir pas pris connaissance des notes des infirmières, puisque l'intimé a personnellement vérifié l'état de l'appelant après la deuxième opération et lui a expressément demandé s'il avait des douleurs au dos. Enfin, le défaut d'immobiliser, tout particulièrement la deuxième opération, constituait une faute, mais seulement en liaison avec la première faute de ne pas avoir procédé à des examens plus poussés.

La Cour n'est pas bien convaincue que les conclusions de fait de la Cour d'appel sur la causalité comportent une erreur. La Cour d'appel conclut que, malgré les fautes commises par l'intimé, l'accident était la cause juridique des blessures qui ont abouti à la paraparesie de l'appelant. La preuve étaye amplement cette conclusion. En fin de

supportable by the evidence. The Court of Appeal ultimately gave its sanction to the respondent's experts' theory that it was at the point and moment of impact that there occurred a medullary contusion, which set in motion the chain of physiological phenomena which would lead to the subsequent paraparesis. The Court of Appeal committed no error in its interpretation of the evidence and its conclusion that given the initial harm caused by the accident, no causation can be attributed to the respondent's faults. The initial harm of the accident simply outweighed any kind of effect the faulty treatment might have had, to the point where it cannot be said on a probabilistic basis that the faulty treatment had any causal effect. The chances of recuperation in this case were not significant enough on a balance of probabilities to establish that the faulty treatment caused the harm suffered.

The Court of Appeal made no error in its decision not to apply presumptions of causation in favour of the appellant. The refusal to make presumptions is as much an evidentiary decision as is any other acceptance or non-acceptance of methods of proof. There was evidentiary material for the appellant to make his case. Article 2849 *C.C.Q.* provides that only serious, precise, and concordant presumptions are to be taken into consideration. These criteria were not fulfilled in this case. The evidence pointed in different and sometimes opposite directions. The Court of Appeal appropriately said that it is insufficient to show that the defendant created a risk of harm and that the harm subsequently occurred within the ambit of the risk created.

The rule of imposing solidary liability where a wrong causing injury has been jointly committed should not be applied in favour of the appellant. It should only be applied in cases where there is a true impossibility to determine the author of the delict, which impossibility did not exist here.

#### Cases Cited

**Applied:** *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Laferrrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541; **approved:** *Stéfanik v. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [1997] R.J.Q. 1332; **distinguished:** *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; **considered:** *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570; **referred to:** *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Demers v. Montreal*

compte, la Cour d'appel souscrit à la théorie des experts de l'intimé selon laquelle c'est à l'endroit et au moment de l'impact que s'est produite la contusion médullaire qui a déclenché une série de phénomènes physiologiques qui ont abouti à la paraparesie. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation de la preuve et sa conclusion que, compte tenu du préjudice initial causé par l'accident, la causalité ne peut être attachée aux fautes de l'intimé. Le préjudice initial de l'accident l'emporte simplement sur tout effet que les soins fautifs auraient pu avoir, au point qu'on ne peut pas dire sur la base des probabilités que le traitement fautif a eu un effet causal. Les chances de rétablissement en l'espèce n'étaient pas, selon la prépondérance des probabilités, suffisamment importantes pour établir que le traitement fautif avait causé le préjudice.

La Cour d'appel n'a pas fait erreur en décidant de ne pas appliquer de présomptions de causalité en faveur de l'appellant. Le refus de tirer des présomptions est autant une décision sur la preuve que tout autre refus, ou acceptation, de moyens de preuve. L'appellant avait des éléments de preuve à l'appui de sa demande. L'article 2849 *C.c.Q.* prévoit que le tribunal ne doit prendre en considération que les présomptions graves, précises et concordantes. Ces conditions ne sont pas remplies ici. La preuve pointe dans des directions différentes et parfois opposées. La Cour d'appel déclare à bon droit qu'il ne suffit pas de montrer que le défendeur a créé un risque de préjudice et que le préjudice s'est ensuite réalisé dans l'aire de risque ainsi créée.

La règle de la responsabilité solidaire lorsqu'il y a participation à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice ne devrait pas s'appliquer en faveur de l'appellant. Elle ne devrait s'appliquer que dans les cas où il est véritablement impossible de déterminer l'auteur du délit, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Laferrrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541; **arrêts approuvés :** *Stéfanik c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [1997] R.J.Q. 1332; **distinction d'arrêt :** *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; **arrêts examinés :** *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés :** *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2

*Steam Laundry Co.* (1897), 27 S.C.R. 537; *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635; *Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 54; *Cie de volailles Maxi Ltée v. Empire Cold Storage Co.*, [1995] Q.J. No. 731 (QL); *Cooke v. Suite*, [1995] R.J.Q. 2765; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Hébert v. Lamothe*, [1974] S.C.R. 1181; *Bonenfant v. O.T.J. de la Rédemption*, [1994] R.R.A. 225; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Labelle v. Charette*, [1960] Que Q.B. 770; *Massignani v. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541; *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830.

### Statutes and Regulations Cited

*An Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, ss. 9, 85.  
*Civil Code of Lower Canada*, arts. 1053, 1238, 1242.  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1480, 2846, 2847, 2849.

### Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Baudouin, Jean-Louis, et Yvon Renaud. *Code civil du Québec annoté*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2000.

Gibbens, R. D. “Appellate Review of Findings of Fact” (1991-92), 13 *Adv. Q.* 445.

Jutras, Daniel. “Expertise scientifique et causalité”. Dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*. Montréal: Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897.

Karim, Vincent. *Commentaires sur les obligations*, vol. 1. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.

Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.

Mayrand, Albert. “L’énigme des fautes simultanées” (1958), 18 *R. du B.* 1.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. II. Québec: Publications du Québec, 1993.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.

Woods, Thomas S. “Overturning Findings of Fact on Appeal: A Justifiably Narrow Jurisdiction” (1998), 56 *The Advocate* 61.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1999] R.J.Q. 1658, [1999] Q.J. No. 2584

R.C.S. 802; *Demers c. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 R.C.S. 537; *Pelletier c. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635; *Scotsburn Co-operative Services Ltd. c. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 54; *Cie de volailles Maxi Ltée c. Empire Cold Storage Co.*, [1995] A.Q. n<sup>o</sup> 731 (QL); *Cooke c. Suite*, [1995] R.J.Q. 2765; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l’instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Hébert c. Lamothe*, [1974] R.C.S. 1181; *Bonenfant c. O.T.J. de la Rédemption*, [1994] R.R.A. 225; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Labelle c. Charette*, [1960] B.R. 770; *Massignani c. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541; *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas Canada*, art. 1053, 1238, 1242.  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1480, 2846, 2847, 2849.  
*Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57, art. 9, 85.

### Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Baudouin, Jean-Louis, et Yvon Renaud. *Code civil du Québec annoté*, t. 2, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2000.

Gibbens, R. D. « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Adv. Q.* 445.

Jutras, Daniel. « Expertise scientifique et causalité ». Dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*. Montréal: Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897.

Karim, Vincent. *Commentaires sur les obligations*, vol. 1. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.

Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.

Mayrand, Albert. « L’énigme des fautes simultanées » (1958), 18 *R. du B.* 1.

Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice: Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. II. Québec: Publications du Québec, 1993.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1995.

Woods, Thomas S. « Overturning Findings of Fact on Appeal: A Justifiably Narrow Jurisdiction » (1998), 56 *The Advocate* 61.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [1999] R.J.Q. 1658, [1999] J.Q. n<sup>o</sup> 2584

(QL), affirming a decision of the Superior Court, [1998] Q.J. No. 234 (QL). Appeal dismissed.

*Frédéric St-Jean and Benoît Mailloux*, for the appellant.

*Gérald R. Tremblay, Q.C., Louis Terriault and David E. Platts*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. —

### I. Introduction

<sup>1</sup> This tragic case raises issues in the areas of medical liability under Quebec civil law and appellate review of lower court decisions. The appellant, who was the victim of a serious car accident, appeals against a decision of the Quebec Court of Appeal dismissing his appeal of Morin J.'s decision in the Superior Court, which rejected his action in civil responsibility arising out of the treatment of his injuries by the respondent orthopaedic surgeon as well as another defendant physician against whom the appellant did not pursue his action in this Court. The general issue raised by this appeal is whether the Court of Appeal was justified in intervening in the Superior Court's decision, and likewise whether this Court has reason to intervene in the Court of Appeal's decision. An incidental question is whether this case warrants an application in favour of the appellant of a presumption as to causation between the respondent's alleged fault and the harm suffered by the appellant. For the reasons that follow, I have concluded that the Court of Appeal was entitled to intervene in the Superior Court's decision and find fault but nevertheless confirm the latter's ruling that there was no causation. This Court is justified in modifying certain findings of fault made by the Court of Appeal, all the while allowing the finding of fault to stand. The latter court's conclusion that there was no causation is affirmed. On the incidental question, there is no reason to apply a presumption in favour of the appellant since, given the divergent facts and expert opinion on the matter, there were no serious, precise, and concordant presumptions to be made in this case.

(QL), qui a confirmé une décision de la Cour supérieure, [1998] A.Q. n° 234 (QL). Pourvoi rejeté.

*Frédéric St-Jean et Benoît Mailloux*, pour l'appellant.

*Gérald R. Tremblay, c.r., Louis Terriault et David E. Platts*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

### I. Introduction

Cette affaire tragique touche les domaines de la responsabilité médicale en vertu du droit civil du Québec et de l'examen en appel des décisions d'instances inférieures. L'appellant, victime d'un grave accident d'automobile, se pourvoit contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a rejeté son appel de la décision du juge Morin de la Cour supérieure le déboutant dans l'action en responsabilité civile qu'il avait intentée relativement au traitement de ses blessures par le chirurgien orthopédiste intimé et un autre médecin défendeur contre lequel l'action n'a pas été poursuivie devant notre Cour. La question générale en l'espèce est de savoir si la Cour d'appel était justifiée d'intervenir dans la décision de la Cour supérieure et, de même, d'établir si notre Cour a des raisons d'intervenir dans l'arrêt de la Cour d'appel. De façon incidente, il faut déterminer s'il y a lieu d'appliquer en faveur de l'appellant une présomption de causalité entre la faute alléguée de l'intimé et le préjudice subi par l'appellant. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la Cour d'appel était en droit d'intervenir dans la décision de la Cour supérieure et de conclure à la faute, mais de confirmer néanmoins la décision de cette dernière quant à l'absence de lien de causalité. Notre Cour est fondée à modifier certaines constatations de faute faites par la Cour d'appel tout en maintenant sa conclusion à l'existence de la faute. La conclusion de la Cour d'appel quant à l'absence de lien de causalité est confirmée. Sur cette question, il n'y a pas matière à présomption en faveur de l'appellant puisque, compte tenu des divergences dans les faits et dans les opinions des experts sur ce point, il n'existait pas de présomptions graves, précises et concordantes.

## II. Facts

In the evening of August 11, 1986, the appellant was hit by an automobile travelling at 90 km/h an hour while he was hitchhiking along highway 20 in Saint-Jean-Chrysostome, in the Quebec City area. He was transported by ambulance to Hôtel-Dieu de Lévis Hospital where he came under the care of the attending emergency doctor, Dr. Couture. The doctor found that the appellant was conscious but agitated, had open fractures in both legs and abrasions on the abdomen, and was bleeding from the head.

The appellant was hovering between life and death upon arrival at the hospital. He was losing a lot of blood from the lower limbs and his pulse was very rapid. The appellant suffered from partial amnesia so his memory of events between noon on August 11 and the evening of August 18 is confused at best. Dr. Couture treated him for approximately three hours. The doctor asked for x-rays to be done on the lungs, abdomen, thorax, and the dorsolumbar column, indicating in the x-ray requisition that this was a case of a “polytrauma”. These x-rays showed nothing abnormal except that Dr. Couture suspected a fracture in the spine at the T7 vertebra. He made a note of this as well as the appellant’s complaint of back pain which he testified meant general back pain.

The appellant was examined by the respondent Dr. Mercier, an orthopaedic surgeon, later that evening. The respondent was aware of the suspected fracture at T7 and noted it as follows: [TRANSLATION] “Fx T7? Will see with radiologist”. He nonetheless concluded that the fracture was stable or that it was actually only a benign anomaly, thus not impeding his ability to operate. The operation was extremely urgent as it was necessary to treat the open wounds in the legs.

The appellant was brought to the operating room that evening to treat the leg fractures. The respondent noted that the procedure was well tolerated. There are two notes describing the appellant’s condition written by the respondent that evening. The first indicates that the neurovascular exam was satisfactory. The respondent said at trial that this exam

## II. Les faits

Dans la soirée du 11 août 1986, l’appelant est renversé par une voiture roulant à 90 km/h, alors qu’il fait de l’auto-stop en bordure de l’autoroute 20 à Saint-Jean-Chrysostome, dans la région de Québec. Il est transporté en ambulance à l’Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis où il est pris en charge par le médecin de garde à la salle d’urgence, le D<sup>r</sup> Couture. Ce dernier constate que l’appelant est conscient mais agité, qu’il a des fractures ouvertes aux deux jambes, des abrasions à l’abdomen ainsi que des saignements à la tête.

L’appelant est entre la vie et la mort à son arrivée à l’hôpital. Il perd beaucoup de sang par les membres inférieurs et son pouls est très élevé. L’appelant a souffert d’une amnésie partielle de sorte que sa mémoire de ce qui s’est passé entre midi le 11 août et le soir du 18 août est au mieux confuse. Le D<sup>r</sup> Couture lui administre des soins pendant environ trois heures. Il demande des radiographies des poumons, de l’abdomen, du thorax et de la colonne dorso-lombaire, indiquant sur la requête « polytrauma ». Les radiographies ne révèlent rien d’anormal, mais le D<sup>r</sup> Couture note qu’il soupçonne une fracture à la colonne vertébrale, au niveau de la vertèbre D7. Il note aussi que l’appelant se plaint d’une douleur dorsale ce qui signifie, selon son témoignage, une douleur dorsale généralisée.

L’appelant est examiné par l’intimé, le D<sup>r</sup> Mercier, un chirurgien orthopédiste, plus tard dans la soirée. L’intimé est au courant de la possibilité d’une fracture à la vertèbre D7, notant : « Fx D7? Verrons avec radiologiste ». Il conclut néanmoins qu’il s’agit d’une fracture stable ou seulement d’une anomalie bénigne, qui n’empêche donc pas d’opérer. L’opération est extrêmement urgente parce qu’il faut traiter les plaies ouvertes aux deux jambes.

L’appelant est transporté en salle d’opération dans la soirée pour le traitement des fractures aux jambes. L’intimé note que la procédure a été bien tolérée. Ce soir-là, l’intimé écrit deux notes sur l’état de l’appelant. La première indique que l’examen neurovasculaire est satisfaisant. Au procès, l’intimé dit qu’il s’agit fondamentalement d’un examen vasculaire,

2

3

4

5

was basically a vascular one, despite the terminology used. The second note, which is undated but considered to have been written at the same time, reads: [TRANSLATION] "From a neurological point of view, drowsy and agitated at times. No neurovascular deficit but difficult to assess on lower limbs given the open fractures. No dorsolumbar pain." The respondent said at trial that what he meant by the latter observation was that there was no specific back pain.

6 In the afternoon of August 12, a nurse entered a note that there was good warmth and colour to the two feet as well as good movement of the toes of both feet. She observed that both feet, but especially the left one, were edematous.

7 On August 13, the respondent decided that the appellant's condition had sufficiently improved to allow another operation on the leg the next day. Unlike the first operation, this one was not urgent though it was desirable that it be performed promptly so as to avoid prolonging immobilization.

8 The second operation was carried out on August 14. A nurse's note states that the appellant was carried to the operating room in a stretcher, contrary to the usual practice of taking the patient to the operating room in his own bed. The appellant had earlier in the day complained of pains in the back and abdomen, as well as being thirsty and hot. The operation took place on an orthopaedic table and it went well.

9 In the evening of August 14, a nurse entered a note that the appellant could feel physical contact to his legs but that he was unable to move his legs and toes. The same observation was made in the course of the next few days.

10 On August 15, the respondent attributed this condition to sciatica on the right side consequent to the surgery. The respondent noted on August 18 that there was still no recuperation of the sciatic nerve. A similar observation was made on August 21, the day a third operation was carried out to modify a traction device attached to the leg. Since the appellant was able to feel his toes when they were touched, the respondent decided that there was nonetheless an amelioration in the sciatica.

malgré la terminologie utilisée. La deuxième note, qui n'est pas datée mais qui est considérée comme ayant été écrite au même moment, se lit ainsi : « Au point de vue neuro, somnolent et agité par période. Pas de déficit neurovasc mais difficile à évaluer aux membres inférieurs vu les fractures ouvertes. Pas de douleur dorso-lombaire. » Au procès, l'intimé dit que cette observation signifie qu'il n'y avait pas de douleur dorsale spécifique.

Dans l'après-midi du 12 août, une infirmière note au dossier une bonne chaleur et une bonne coloration des deux pieds ainsi qu'une bonne mobilité des orteils. Elle remarque que les deux pieds, surtout le pied gauche, sont œdémateux.

Le 13 août, l'intimé juge que l'état de l'appelant s'est suffisamment amélioré pour permettre le lendemain une autre opération à la jambe. Contrairement à la première opération, la deuxième n'est pas urgente, mais il est souhaitable d'y procéder avec diligence pour éviter de prolonger l'immobilisation.

La deuxième opération a lieu le 14 août. Une infirmière note que l'appelant est transporté en salle d'opération sur une civière, contrairement à la pratique habituelle de déplacer le patient dans son lit jusqu'à la salle d'opération. Plus tôt dans la journée, l'appelant s'est plaint de douleurs au dos et à l'abdomen, et d'avoir soif et chaud. L'intervention est faite sur une table orthopédique et se déroule bien.

Dans la soirée du 14 août, une infirmière note que l'appelant sent ses jambes quand on les touche, mais qu'il est incapable de bouger ses jambes et ses orteils. La même observation est notée au cours des jours suivants.

Le 15 août, l'intimé indique que cet état est attribuable à une atteinte du sciatique du côté droit résultant de l'opération. Le 18 août, l'intimé note qu'il n'y a toujours pas de récupération du nerf sciatique. Une observation similaire est faite le 21 août, le jour où on procède à une troisième opération pour modifier un appareil de traction attaché à la jambe. Comme l'appelant sent ses orteils quand on le touche, l'intimé décide qu'il y a néanmoins amélioration de l'état du sciatique.

The respondent left for vacation on August 22 and was replaced by Dr. Nolin, who was given a treatment plan that called for progressive mobilization of the appellant. The appellant started moving around in a wheelchair and was able to move around in his bed with the aid of supports.

The appellant was discharged from the hospital on August 27 and was scheduled to meet with the respondent in the out-patient clinic on September 12. It was during this visit, upon removing the plaster covering the right leg, that the respondent witnessed spasms to his great surprise, a symptom of spastic paraplegia. He consulted a neurologist, Dr. Bergeron, who confirmed a condition of spastic paraplegia arising from a medullary contusion.

No x-ray of the back was taken on September 12. The appellant returned to school while waiting for more thorough tests, which were fixed for September 19. The x-rays and myelogram revealed a fracture at the T8 vertebra with a subluxation (partial dislocation) of 9 millimetres in relation to T9. A more detailed review of the x-rays taken on August 11 revealed that the fracture at T8 was visible but that the subluxation was only 3 millimetres. Tomography tests were also done on September 22.

The respondent ordered the immobilization of the appellant and proposed surgery in order to decompress the spinal cord. On September 24, the appellant requested to be transferred to the *Enfant-Jésus* Hospital, where the treating neurosurgeon decided not to operate.

The appellant was diagnosed with paraparesis, a type of paralysis where the motor activity of the lower limbs is undermined but sensitivity is still retained. He underwent physiotherapy and continued with his education, obtaining a law degree and being called to the Quebec Bar.

The appellant applied for and received compensation from the *Société de l'assurance automobile du Québec* ("SAAQ"). The SAAQ informed him in July 1991 that it would no longer grant him full compensation as it found no causal relationship between the paraparesis and the automobile

L'intimé part en vacances le 22 août et il est remplacé par le D<sup>r</sup> Nolin à qui il a remis un plan de traitement prévoyant une mobilisation progressive de l'appellant. Ce dernier a commencé à se déplacer en fauteuil roulant et est capable de changer de position dans son lit avec l'aide de supports.

Le 27 août, l'appelant reçoit son congé de l'hôpital, ayant un rendez-vous avec l'intimé le 12 septembre à la clinique externe. C'est pendant cette visite, quand il enlève le plâtre qui recouvre la jambe droite, que l'intimé constate à sa grande surprise que l'appelant est saisi de spasmes, symptôme d'une paraplégie spastique. Il consulte un neurologue, le D<sup>r</sup> Bergeron, qui confirme la paraplégie spastique associée à une contusion médullaire.

Aucune radiographie du dos n'est prise le 12 septembre. L'appelant reprend ses classes en attendant des examens plus poussés fixés au 19 septembre. Les rapports radiologiques et myélographiques révèlent la présence d'une fracture à la vertèbre D8 avec subluxation (luxation partielle) de 9 millimètres par rapport à la D9. Une analyse plus poussée des radiographies prises le 11 août révèle que la fracture à la D8 était visible, mais que la subluxation n'était alors que de 3 millimètres. Le 22 septembre, l'appelant subit aussi des examens tomographiques.

L'intimé ordonne l'immobilisation de l'appelant et propose une intervention chirurgicale visant à décompresser la moelle épinière. Le 24 septembre, l'appelant demande un transfert à l'Hôpital de l'Enfant-Jésus où le neurochirurgien traitant décide de ne pas opérer.

On diagnostique chez l'appelant une paraparesie, type de paralysie qui atteint la motricité des membres inférieurs, mais ne prive pas de sensibilité. L'appelant fait de la physiothérapie et poursuit ses études; il obtient un diplôme en droit et est admis au barreau du Québec.

L'appelant fait une demande d'indemnisation à la *Société de l'assurance automobile du Québec* (« SAAQ ») et l'obtient. En juillet 1991, la SAAQ l'informe qu'elle ne continuera pas de verser une pleine indemnité, invoquant l'absence de lien de causalité entre la paraparesie et l'accident du 11

11

12

13

14

15

16

accident of August 11, 1986. However, after the Superior Court's ruling finding the car accident to be the cause of the appellant's injuries, the SAAQ reversed its decision.

17 The appellant's action against the respondent and Dr. Couture, the emergency-room doctor, went to trial on February 10, 1997 before Rioux J. The appellant's action against Hôtel-Dieu de Lévis Hospital was settled out of court on March 23, 1994. Five medical experts appeared for each side. After the case had been heard and while Rioux J. was deliberating, he fell ill and so the case was transferred to Morin J., to be decided on the basis of the evidence entered at trial.

### III. Relevant Statutory Provisions

18 *An Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57

9. Proceedings pending continue to be governed by the former legislation.

. . . A further exception is made for all matters concerning proof and procedure in such proceedings.

85. The conditions of civil liability are governed by the legislation in force at the time of the fault or act which causes the injury.

#### *Civil Code of Lower Canada*

1053. Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.

1238. Presumptions are either established by law or arise from facts which are left to the discretion of the courts.

1242. Presumptions not established by law are left to the discretion and judgment of the court.

#### *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64

2846. A presumption is an inference established by law or the court from a known fact to an unknown fact.

2847. . . .

A presumption concerning presumed facts is simple and may be rebutted by proof to the contrary; a presumption concerning deemed facts is absolute and irrebuttable.

août 1986. Cependant, après que la Cour supérieure statue que l'accident d'automobile est la cause des blessures de l'appelant, la SAAQ revient sur sa décision.

L'action intentée par l'appelant contre l'intimé et le D<sup>r</sup> Couture, le médecin de la salle d'urgence, est entendue par le juge Rioux le 10 février 1997. Son action contre l'Hôtel-Dieu de Lévis est l'objet d'un règlement le 23 mars 1994. Chaque partie fait témoigner cinq médecins-experts. Pendant le délibéré du juge Rioux, ce dernier tombe malade et le dossier est confié au juge Morin pour qu'il rende jugement selon la preuve déposée au procès.

### III. Les dispositions législatives applicables

*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57

9. Les instances en cours demeurent régies par la loi ancienne.

. . . [Cette règle] reçoit aussi exception pour tout ce qui concerne la preuve et la procédure en l'instance.

85. Les conditions de la responsabilité civile sont régies par la loi en vigueur au moment de la faute ou du fait qui a causé le préjudice.

#### *Code civil du Bas Canada*

1053. Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.

1238. Les présomptions sont établies par la loi ou résultent de faits qui sont laissés à l'appréciation du tribunal.

1242. Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées à la discrétion et au jugement du tribunal.

#### *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64

2846. La présomption est une conséquence que la loi ou le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu.

2847. . . .

[La présomption] qui concerne des faits présumés est simple et peut être repoussée par une preuve contraire; celle qui concerne des faits réputés est absolue et aucune preuve ne peut lui être opposée.

**2849.** Presumptions which are not established by law are left to the discretion of the court which shall take only serious, precise and concordant presumptions into consideration.

#### IV. Judgments Below

A. *Quebec Superior Court*, [1998] Q.J. No. 234 (QL)

Morin J. found that Dr. Couture had committed no fault in the manner that he treated the appellant and accordingly rejected the action against him.

Morin J. also found the respondent Dr. Mercier to be without fault. He began with the suspected fracture at T7 and concluded that either it was stable or it was not a fracture at all. This was the assessment of all of the expert witnesses as well as the respondent himself. In those circumstances, there can be no reproach for not discussing T7 with the radiologist since it would not have led to anything and there were no injuries resulting from this supposed fracture.

The trial judge found that reviewing the x-rays with the radiologist would not have shed any light on the T8-T9 fracture-luxation since the radiologist himself testified that he could not see it on the x-rays taken on August 11, 1986. Similarly, the respondent could not be blamed for not seeing it.

On the question of back pain, Morin J. accepted the respondent's testimony that the reason he wrote [TRANSLATION] "no dorsolumbar pain" was because the appellant indicated no precise back pain in response to questions posed by the respondent on that subject. Since there was no indication to suspect a fracture of the spinal column, the respondent had no reason to immobilize the patient to stabilize the spine.

The respondent diagnosed the appellant with a sciatic problem when, in retrospect, it was a case of paraparesis stemming from a medullary (spinal) contusion. Morin J. listed some factors explaining why this could not be characterized as a fault. By August 15, when the respondent made the diagnosis of sciatica, he had the radiologist's report which

**2849.** Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes.

#### IV. Les décisions antérieures

A. *Cour supérieure du Québec*, [1998] A.Q. n<sup>o</sup> 234 (QL)

Le juge Morin statue que le D<sup>r</sup> Couture n'a pas commis de faute dans son traitement de l'appelant et rejette donc l'action contre lui.

Le juge Morin statue aussi que l'intimé, le D<sup>r</sup> Mercier, n'a pas commis de faute. Le juge parle tout d'abord de la fracture soupçonnée à la vertèbre D7 et conclut soit qu'elle était stable ou qu'il n'y en avait pas. C'est la conclusion de tous les témoins experts et de l'intimé lui-même. Dans ces circonstances, on ne peut lui reprocher de ne pas en avoir parlé avec le radiologue puisque cela n'aurait mené à rien et aucune blessure n'a résulté de cette supposée fracture.

Le juge de première instance conclut que l'examen des radiographies avec le radiologue n'aurait pas révélé la fracture-luxation des vertèbres D8 et D9 puisque le radiologue a lui-même témoigné qu'il ne pouvait pas la voir sur les radiographies du 11 août 1986. De même, on ne peut reprocher à l'intimé de ne pas l'avoir vue.

Sur la question des douleurs au dos, le juge Morin accepte le témoignage de l'intimé qu'il a noté « pas de douleur dorso-lombaire » parce que l'appelant ne lui avait pas indiqué de douleur précise lorsqu'il l'a interrogé à ce sujet. Puisque rien ne portait à soupçonner une fracture de la colonne vertébrale, l'intimé n'avait aucune raison d'immobiliser le patient pour stabiliser sa colonne vertébrale.

L'intimé a diagnostiqué une atteinte du sciatique chez l'appelant alors qu'on sait maintenant qu'il s'agissait d'un cas de parapésie résultant d'une contusion médullaire (à la moelle épinière). Le juge Morin énumère plusieurs facteurs à l'appui d'une absence de faute. Le 15 août, lorsque l'intimé a posé le diagnostic de sciatique, le rapport du radio-

19

20

21

22

23

made no mention of the fracture-luxation at T8-T9. The appellant did not complain to the respondent of any specific back pain. Even though the nurses took note of back pain, they testified that this meant that it was of a generalized nature. The appellant himself testified that from what he remembers of that time, he had back pain but of a tolerable nature. Morin J. found that it was not unreasonable to think that the appellant did not consider it important to mention it to the respondent. Even though the appellant's friend, Jocelyn Richard, did testify that the former complained to him of back pain, there was no indication that the respondent was witness to this. Moreover, the friend did not mention the complaints of back pain to any medical personnel. Richard also claims to have frequently seen the appellant with priapism (which would have been indicative of medullary trauma) but no nurse ever noticed this, and they testified that they would have taken note of such a state had they seen it. There is no evidence that the respondent knew of this condition. Finally, the state of the appellant's lower limbs made an adequate neurological exam very difficult.

24 For all of these reasons, Morin J. concluded that the respondent could not be reproached for not having diagnosed a medullary contusion rather than a sciatic condition. This conclusion is reinforced by the fact that many experts testified that the nature of the injuries suffered by the appellant was very unusual, which made diagnosis even more difficult.

25 Even though Morin J. found there to be no fault and therefore no civil liability, he canvassed the arguments regarding the causal link between the purported fault and the injury. He indicated that the respondent's experts' theory seemed more probable, but that even if it was not, the court found itself confronted by two opposing medical theories regarding causation among which it could not choose one against the other. He consequently found that the appellant had not discharged his burden to show causation and thus there was a second reason to dismiss the action.

logue dont il disposait ne faisait aucune mention de la fracture-luxation des D8 et D9. L'appelant ne s'est pas plaint à l'intimé de douleurs précises au dos. Même si les infirmières ont noté des douleurs au dos, elles ont témoigné qu'elles étaient de nature généralisée. L'appelant lui-même a témoigné que, d'après son souvenir, il avait des douleurs au dos, mais qu'elles étaient tolérables. Selon le juge Morin, il n'est pas déraisonnable de penser que l'appelant n'a pas jugé important d'en parler à l'intimé. Même si l'ami de l'appelant, Jocelyn Richard, a témoigné que l'appelant s'est plaint d'avoir mal au dos, rien n'indique que l'intimé a été témoin de ces plaintes. Par ailleurs, l'ami n'a pas informé le personnel médical de ces douleurs. M. Richard affirme également qu'il a souvent vu l'appelant atteint de priapisme (indice d'une atteinte médullaire possible) mais les infirmières n'ont jamais observé cet état et elles ont témoigné qu'elles en auraient pris note, si elles l'avaient constaté. Rien n'indique que l'intimé était au courant de cet état. Enfin, l'état des jambes de l'appelant rendait très difficile un examen neurologique adéquat.

Pour tous ces motifs, le juge Morin conclut qu'on ne peut reprocher à l'intimé de ne pas avoir diagnostiqué une contusion médullaire au lieu d'une atteinte du sciatique. Cette conclusion est renforcée par le fait que de nombreux experts ont témoigné que la nature des blessures subies par l'appelant était très inhabituelle, ce qui rendait le diagnostic d'autant plus difficile.

Bien qu'il ait conclu à l'absence de faute et, de ce fait, à l'absence de responsabilité civile, le juge Morin examine les moyens touchant le lien de causalité entre la faute alléguée et les dommages. Le juge indique que la théorie des experts de l'intimé semble plus probable et que, même dans le cas contraire, le tribunal est en présence de deux théories médicales opposées concernant la causalité entre lesquelles il ne lui appartient pas de trancher. Il juge en conséquence que l'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer la causalité et il déclare qu'il s'agit d'une seconde raison de rejeter l'action.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1999] R.J.Q. 1658

The Court of Appeal (Gendreau, Proulx and Rousseau-Houle J.J.A.) concluded that Morin J. had asked himself the wrong question in determining whether there was a fault. Morin J. had asked whether the respondent had committed a fault by not diagnosing the neurological deficit and the unstable fracture at the T8 and T9 vertebrae. The true question to be asked according to the Court of Appeal was whether the respondent [TRANSLATION] “had abided by the rules of art in the treatment of a seriously injured patient who has the potential, if not the probability, of having a back fracture” (p. 1662). This error on the part of the trial judge led him to apply the wrong standard in evaluating the conduct of the respondent and therefore permitted the Court of Appeal to make its own assessment as to fault.

The Court of Appeal found that in not following up on the suspected fracture at the T7 vertebra, in not doing more complete neurological exams, in not consulting the nurses’ notes alerting to the possibility of a neurological deficit, and in not ordering immobilization of the spinal column, the respondent did not behave like a prudent and diligent orthopaedic surgeon. The respondent had thus committed a fault.

On the issue of causation, the Court of Appeal corrected what it considered to be a mistaken approach by Morin J. The trial judge had refused to take sides in the experts’ dispute as to the cause of the neurological deficit, saying that it was not his role to judge between two opposed medical theories. The Court of Appeal found that such an approach to causation would unduly favour defendants in all cases where the establishment of the causal link depends on contradictory expert scientific evidence. Even if the scientific conclusions are not absolute or not incontestable, a judge must convert scientific conclusions to a legal conclusion since scientific causation is not the same as legal causation. The latter is established on the balance of probabilities based on all of the evidence.

B. *Cour d’appel du Québec*, [1999] R.J.Q. 1658

La Cour d’appel (les juges Gendreau, Proulx et Rousseau-Houle) conclut que le juge Morin s’est posé la mauvaise question pour déterminer s’il y avait une faute. Le juge Morin s’est demandé si l’intimé avait commis une faute en ne diagnostiquant pas le déficit neurologique et la fracture instable aux vertèbres D8 et D9. Selon la Cour d’appel, la véritable question était de savoir si l’intimé « avait agi selon les règles de l’art dans la prise en charge d’un grand traumatisé qui a une potentialité, sinon une probabilité; de fracture dorsale » (p. 1662). Cette erreur du juge de première instance l’a amené à appliquer la mauvaise norme dans l’évaluation de la conduite de l’intimé, autorisant ainsi la Cour d’appel à procéder à sa propre évaluation de la faute.

La Cour d’appel déclare que, parce qu’il n’a pas fait de suivi sur la fracture soupçonnée à la vertèbre D7, n’a pas fait d’examens neurologiques plus complets, n’a pas pris connaissance des notes des infirmières qui l’alertaient de la possibilité d’un déficit neurologique et n’a pas ordonné l’immobilisation de la colonne vertébrale, l’intimé n’a pas agi comme un chirurgien orthopédiste prudent et diligent. L’intimé a donc commis une faute.

Sur la question de la causalité, la Cour d’appel rectifie ce qu’elle considère comme une démarche erronée de la part du juge Morin. Ce dernier a refusé de prendre parti dans le débat entre les experts sur la cause du déficit neurologique, disant qu’il ne lui appartenait pas en tant que juge de trancher entre deux théories médicales opposées. La Cour d’appel juge qu’une telle attitude à l’égard de la causalité risque de favoriser indûment le défendeur dans toutes les affaires où la démonstration du lien de causalité dépend d’une preuve fondée sur des expertises scientifiques contradictoires. Même si les conclusions scientifiques ne sont ni absolues ni incontestables, le juge doit convertir les conclusions scientifiques en conclusion juridique puisque la causalité scientifique n’est pas identique à la causalité en droit. Cette dernière doit être établie selon la prépondérance des probabilités sur le fondement de l’ensemble de la preuve.

26

27

28

29 The Court of Appeal rejected the appellant's claim for a reversal of the burden of proof. It said that there was enough evidence to maintain the traditional rule of the burden of proof. It specified that this rule should be set aside in only the most exceptional cases, such as the one where two defendants negligently fire in the same direction and at the same time, their delictual conduct eliminating any means of proof available to the plaintiff.

30 On the question of causation, the Court of Appeal concluded that the medullary injury was already complete on the evening of the accident and that the manifestations of that injury presented themselves gradually. It took note that even the appellant's principal experts did not exclude the hypothesis that a subluxation already occurred in the evening of August 11 and that this entailed a certain medullary contusion. Their only contention was that only external mobilization could account for the subluxation of T8. The Court of Appeal accepted the respondent's experts' evidence regarding the ligaments' rupture, compression, and MRI results to conclude that the medullary lesion was probably complete at the time of the accident. It acknowledged that an early immobilization resulting in a better recuperation was more than a simple possibility, but that this was not significant enough to give rise to civil liability given the extent of the initial harm caused.

#### V. Issues

31 The questions raised by this appeal are the following:

- (1) What is the standard of review of a lower court decision?
  - (a) Did the Court of Appeal properly intervene in the Superior Court decision?
  - (b) Is there a basis for this Court to intervene in the Court of Appeal decision?
- (2) Is there a reason to apply a presumption of causation in favour of the appellant?

La Cour d'appel rejette la demande de l'appelant visant à renverser le fardeau de preuve. Elle dit qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour appliquer la règle traditionnelle du fardeau de preuve. Elle précise que cette règle ne devrait être écartée que dans les cas les plus exceptionnels, par exemple, lorsque deux défendeurs ont, par négligence, fait feu en même temps dans la même direction, et que leur conduite fautive élimine tout moyen de preuve pour le demandeur.

Sur la question du lien de causalité, la Cour d'appel conclut que la lésion médullaire était déjà complète le soir de l'accident et qu'elle s'est manifestée graduellement. Elle remarque que les principaux experts de l'appelant n'écartent pas l'hypothèse que la subluxation ait déjà été amorcée le soir du 11 août et ait entraîné un certain degré de contusion médullaire. Leur seul argument était que seule une mobilisation externe pouvait expliquer la subluxation de la D8. La Cour d'appel accepte le témoignage des experts de l'intimé relativement à la rupture des ligaments, à la compression et aux résultats de l'examen IRM pour conclure que la lésion médullaire était probablement complète au moment de l'accident. Elle reconnaît qu'il y a plus qu'une simple possibilité qu'une immobilisation précoce aurait mené à une meilleure récupération, mais qu'elle n'est pas assez importante pour donner lieu à la responsabilité civile compte tenu de l'ampleur du préjudice initial causé.

#### V. Questions en litige

Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont les suivantes :

- (1) Quelle est la norme de contrôle d'une décision judiciaire sous appel?
  - a) La Cour d'appel était-elle justifiée d'intervenir dans la décision de la Cour supérieure?
  - b) Existe-t-il un fondement permettant à notre Cour d'intervenir dans l'arrêt de la Cour d'appel?
- (2) Y a-t-il lieu d'appliquer une présomption de causalité en faveur de l'appelant?

VI. AnalysisA. *Transitional Law*

The events in this case all took place before the coming into force of the new *Civil Code of Québec* in 1994. Sections 9 and 85 of *An Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code* make it clear that the substantive law governing this case is that of the *Civil Code of Lower Canada*, more specifically art. 1053 of that Code. While questions of evidence such as presumptions are governed by the new code, there has been no break in the approach towards presumptions from the previous regime. The relevant provisions in the *Civil Code of Lower Canada* did not provide a definition and did not specify the kind of presumptions to be taken into account. However, the case law has always made those specifications and the new code has simply codified them in art. 2849 (see Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. II, at p. 1783; J.-L. Baudouin and Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté* (3rd ed. 2000), vol. 2, at pp. 3355-58).

B. *Reviewing Lower Court Decisions*

Questions about the correct legal test are questions of law (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35). In the case at bar, the question of the correct inquiry or legal test in determining a delictual fault is a question of law.

An appellate court must review a lower court's judgment on questions of law to determine their correctness (*P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at p. 189 (*a contrario*); *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 833; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 647; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at p. 373 (*a contrario*); and R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at p. 90).

Questions of fact are “questions about what actually took place between the parties” (*Southam, supra*, at para. 35). The question of whether the respondent did this or that is a question of fact, as is

VI. AnalyseA. *Le droit transitoire*

Les événements en l'espèce sont tous survenus avant l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec* en 1994. Les articles 9 et 85 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil* établissent clairement que le droit substantiel régissant le présent pourvoi est le *Code civil du Bas Canada*, plus particulièrement son art. 1053. Bien que des questions de preuve comme les présomptions soient régies par le nouveau code, il ne s'est pas produit de changement dans la façon d'aborder les présomptions par rapport à l'ancien régime. Les dispositions applicables du *Code civil du Bas Canada* ne contenaient pas de définition et ne précisaient pas le type de présomptions à prendre en compte. Cependant, c'est toujours la jurisprudence qui a fourni ces précisions et le nouveau code ne fait que les codifier à son art. 2849 (voir Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. II, p. 1783; J.-L. Baudouin et Y. Renaud, *Code civil du Québec annoté* (3<sup>e</sup> éd. 2000), t. 2, p. 3355-3358).

B. *L'examen des décisions sous appel*

Les questions relatives à la norme juridique applicable sont des questions de droit (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35). En l'espèce, la question de l'examen approprié ou de la norme juridique applicable à la détermination de la faute délictuelle est une question de droit.

Une cour d'appel doit examiner la justesse du jugement porté en appel sur les questions de droit (*P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, p. 189 (*a contrario*); *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 833; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 647; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, p. 373 (*a contrario*), et R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), p. 90).

Les questions de fait « portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties » (*Southam*, par. 35). La question de savoir si l'intimé a fait ceci ou cela est une question de fait, comme celle de savoir

32

33

34

35

the question of whether the accident or any lack of immobilization caused the appellant's state of paraparesis or hindered his recovery.

36 It is established law that an appellate court such as a provincial court of appeal should not interfere with a trial judge's findings of fact, absent a palpable and overriding error in the understanding of the evidence (see *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 46, where L'Heureux-Dubé J. cites the relevant cases going back to *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, and *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288). The rule is partly grounded in the recognition of the fact that the trial judge had the opportunity to observe the witnesses and hear the testimonies first-hand, and is therefore better able to assess the facts.

37 The principle of non-intervention on questions of fact is also applicable to a second appellate court such as this Court *vis-à-vis* a first appellate court (*Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 S.C.R. 537, at pp. 538-39; *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635, at p. 638; *Dorval*, *supra*, at p. 294; *Scotsburn Co-operative Services Ltd. v. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 54, at pp. 63-64).

38 In *Demers*, *supra*, at pp. 538-39, Taschereau J. said:

For it is settled law upon which we have often acted here, that where a judgment upon facts has been rendered by a court of first instance, and a first court of appeal has reversed that judgment, a second court of appeal should interfere with the judgment on the first appeal, only if clearly satisfied that it is erroneous. . . .

This statement was endorsed in *Pelletier*, *supra*, and both of these cases were discussed in *Dorval*, *supra*, where Fauteux J. examined the principle that must govern this Court's review of an appeal court's judgment on questions of fact once the latter has examined the facts and arrived at a conclusion after justifiably intervening in the trial judgment. He said, at p. 294:

si l'accident ou le défaut d'immobiliser a causé l'état de paraparésie de l'appelant ou entravé son rétablissement.

Il est établi en droit qu'une cour d'appel comme une cour d'appel provinciale ne devrait pas modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance, sauf en cas d'erreur manifeste et dominante dans son interprétation de la preuve (voir *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 46, où le juge L'Heureux-Dubé cite les arrêts pertinents en remontant à *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, et à *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288). Cette règle est en partie fondée sur la reconnaissance du fait que le juge de première instance a eu l'occasion d'observer les témoins et de les entendre directement, et qu'il est en conséquence mieux placé pour apprécier les faits.

Le principe de non-intervention dans les questions de fait s'applique aussi à un second niveau d'appel, comme notre Cour par rapport à une première cour d'appel (*Demers c. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 R.C.S. 537, p. 538-539; *Pelletier c. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635, p. 638; *Dorval*, précité, p. 294; *Scotsburn Co-operative Services Ltd. c. W. T. Goodwin Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 54, p. 63-64).

Voici ce que dit le juge Taschereau dans *Demers*, p. 538-539 :

[TRADUCTION] Car c'est un principe juridique établi sur lequel nous nous sommes souvent fondés en cette Cour que lorsqu'une cour de première instance a rendu jugement sur des faits et qu'une cour d'appel a infirmé ce jugement, la seconde cour d'appel ne devrait modifier le jugement rendu dans le premier appel que si elle est absolument convaincue que ce jugement est erroné. . . .

L'arrêt *Pelletier* confirme cette affirmation et notre Cour analyse ces deux arrêts dans *Dorval*, précité, dans lequel le juge Fauteux examine le principe qui doit guider la Cour dans la révision du jugement d'une cour d'appel relativement à des questions de fait une fois que celle-ci a examiné les faits et tiré une conclusion après une intervention justifiée dans le jugement de première instance. Il dit, à la p. 294 :

[TRANSLATION] Thus, in order to intervene in this case, it would be necessary to be clearly satisfied that the judgment of the Court of Appeal is erroneous, either with respect to the reason for its intervention or with respect to its assessment of the evidence in the record.

Fauteux J. said that he was not “clearly satisfied” that the Court of Appeal erred and therefore dismissed the appeal.

Similarly in *Scotsburn, supra*, this Court was asked to review the decision of a court of appeal where the latter justifiably intervened in the trial judgment. Dickson J. (as he then was) applied the rule in *Dorval, supra*, and held, at p. 64, that he was not “clearly satisfied” that there was an error by the Court of Appeal in its interpretation of the evidence.

In *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, even though this Court did disturb the findings of fact made by the Court of Appeal, it did so only after affirming the validity of the principle expressed in *Dorval, supra*, and finding that the Court of Appeal erroneously intervened in the trial judgment. This Court intervened for the purpose of restoring the trial decision, which simply confirms the general principle of appellate non-intervention.

A peculiarity of the case at bar is that the first trial judge, Rioux J., fell ill after hearing all the evidence and was consequently substituted by Morin J. The latter made his decision based on the evidence entered at trial. There is seemingly less of a basis for deference where the trial judge did exactly what the Court of Appeal and, by extension, this Court do to arrive at a decision. However, the Quebec Court of Appeal has upheld the principle of deference in cases similar to the one at bar where the judge of first instance is not the one who presided over the trial: *Cie de volailles Maxi Ltée v. Empire Cold Storage Co.*, [1995] Q.J. No. 731 (QL); *Cooke v. Suite*, [1995] R.J.Q. 2765.

Even where observation of the witnesses and hearing the testimonies are not of any particular importance for the disposition of the case, the principle of non-intervention is still important since

Ainsi donc, pour intervenir dans cette cause, il faudrait être clairement satisfait que le jugement de la Cour d’appel est erroné, soit quant à la raison motivant son intervention ou quant à son appréciation de la preuve au dossier.

Le juge Fauteux n’était pas « clairement satisfait » que la Cour d’appel avait fait erreur et avait donc rejeté le pourvoi.

De même, dans *Scotsburn*, précité, la Cour examinait l’arrêt d’une cour d’appel dans un cas où celle-ci était justifiée d’intervenir dans le jugement de première instance. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) applique la règle formulée dans *Dorval*, précité, et statue, à la p. 64, qu’il n’est pas « nettement convaincu » que la Cour d’appel a commis une erreur dans son interprétation de la preuve.

Dans *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, la Cour modifie les conclusions de fait de la Cour d’appel, mais seulement après avoir confirmé la validité du principe exprimé dans *Dorval* et conclu que la Cour d’appel avait commis une erreur en intervenant dans le jugement de première instance. Notre Cour intervient pour rétablir le jugement de première instance, confirmant ainsi simplement le principe général de non-intervention en appel.

La particularité du présent pourvoi tient à ce que le premier juge en première instance, le juge Rioux, est tombé malade après avoir entendu toute la preuve et a été remplacé par le juge Morin. Ce dernier a rendu sa décision sur le fondement de la preuve déposée au procès. Il semble que la déférence requise soit moindre lorsque le juge de première instance a fait exactement ce que la Cour d’appel, et par extension notre Cour, fait pour arriver à une décision. Toutefois, la Cour d’appel du Québec a confirmé le principe de non-intervention dans des affaires similaires, dans lesquelles le juge qui rend la décision de première instance n’est pas celui qui a présidé le procès : *Cie de volailles Maxi Ltée c. Empire Cold Storage Co.*, [1995] A.Q. n<sup>o</sup> 731 (QL); *Cooke c. Suite*, [1995] R.J.Q. 2765.

Même dans les cas où l’observation et l’audition des témoins ne sont pas particulièrement indispensables pour statuer, le principe de la non-intervention demeure important puisque le juge de première

39

40

41

42

the trial judge is entrusted with the task of making a decision based on the facts, and is presumed to have diligently discharged that duty. In *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, the British Columbia Court of Appeal justified its intervention on the basis that it was in as good a position to draw inferences from the expert evidence as was the trial judge since there was no issue of credibility. In this Court, McLachlin J. (as she then was), at p. 122, agreed that the principle of non-intervention does not apply with the same force where the credibility of witnesses is not in issue. However, she did observe that the weight to be assigned to the various pieces of evidence under our trial system is essentially the province of the trier of fact. More broadly it is correct to say that where a trial judge has been given the mandate to make a decision based on questions of fact, there is still a need for appellate judicial restraint given that the assessment of facts is the province of the trier of fact. Also, the autonomy and integrity of the trial process as well as resource allocation militate in favour of the finality of judgments (see *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 32; T. S. Woods, “Overturning Findings of Fact on Appeal: A Justifiably Narrow Jurisdiction” (1998), 56 *The Advocate* 61, at pp. 63 and 65-67; Kerans, *supra*, at pp. 10-16; and R. D. Gibbens, “Appellate Review of Findings of Fact” (1991-92), 13 *Adv. Q.* 445, at pp. 445-47).

43 *Schwartz, supra*, brought an element of refinement to the established case law that a second appellate court should only disturb findings of fact if it is clearly satisfied that an error has occurred in the first appellate judgment. La Forest J. said, at para. 37:

In my view, nothing justifies a second appellate court in showing that kind of deference to the assessment of the balance of probabilities made by the first appellate court. If the second appellate court agrees that the trial judge made some kind of error that justifies intervention, it should be free to reconsider the evidence and substitute its own findings of fact for that of the first court of appeal's if disagreement occurs.

instance est chargé de rendre une décision fondée sur les faits et qu'il est présumé s'être acquitté de cette obligation avec diligence. Dans *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique justifiait son intervention en disant qu'elle était aussi bien placée que le juge de première instance pour tirer des conclusions à partir des témoignages d'experts lorsque la crédibilité n'était pas en cause. Pour notre Cour, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) reconnaît que le principe de non-intervention ne s'applique pas avec la même vigueur lorsque la crédibilité des témoins n'est pas en cause (p. 122). Elle fait remarquer toutefois qu'il appartient essentiellement au juge des faits de pondérer les différents éléments de preuve. De façon plus générale, il est juste de dire que lorsque le juge de première instance a le mandat de rendre une décision fondée sur des questions de fait, la retenue demeure nécessaire en appel puisque l'appréciation des faits appartient au juge des faits. Par ailleurs, l'autonomie et l'intégrité du procès de même que l'affectation des ressources militent en faveur de la reconnaissance du caractère définitif des décisions (voir *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 32; T. S. Woods, « Overturning Findings of Fact on Appeal : A Justifiably Narrow Jurisdiction » (1998), 56 *The Advocate* 61, p. 63 et 65-67; Kerans, *op. cit.*, p. 10-16; et R. D. Gibbens, « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Adv. Q.* 445, p. 445-447).

*Schwartz* apporte un élément de précision à la jurisprudence établie selon laquelle une deuxième cour d'appel ne devrait modifier des conclusions de fait que si elle est bien convaincue que le premier jugement d'appel comporte une erreur. Le juge La Forest dit, au par. 37 :

À mon avis, rien ne justifie que la seconde cour d'appel fasse preuve de retenue à l'égard de l'appréciation de la prépondérance des probabilités par la première cour d'appel. Lorsqu'elle convient que le juge de première instance a commis une erreur qui justifie une intervention, la seconde cour d'appel devrait pouvoir réexaminer la preuve et substituer ses propres conclusions de fait à celles de la première cour d'appel en cas de désaccord.

*Schwartz, supra*, is a refinement on the previous case law in the sense that where the first appellate court reverses the trial judge on findings of fact related to credibility, this Court should not feel constrained in assessing the evidence on a balance of probabilities since the first appellate court was no better placed in assessing credibility, and this Court is faced with a trial level decision going in one direction and an appellate decision going in the opposite direction. This Court can in that context make its own assessments on questions of fact such as whether something has been established on a balance of probabilities.

In contrast, where there are concurrent findings of fact at the lower courts, this Court will be hesitant to intervene and disturb findings of fact. This Court has already said in *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, at p. 574, that the principle of non-intervention “is all the stronger in the face of concurrent findings of both courts below” (emphasis added).

In either case, the second appellate court must be “clearly satisfied that [the judgment of the Court of Appeal] is erroneous” (*Dorval, supra*, at p. 294). I do not consider La Forest J.’s statement as being a departure from the previous case law on the role of second appellate courts on questions of fact. He cited some of the same cases as I have here (*Beaudoin-Daigneault, Demers, and Dorval*), and did not express any kind of opposition to that case law, not to mention any desire to overturn those cases. Despite the freedom with which this Court can reconsider the evidence and “substitute its own findings of fact for that of the first court of appeal’s if disagreement occurs” (*Schwartz, supra*, at para. 37), that disagreement must nonetheless stem from a clear satisfaction that an error has occurred in the first appellate court’s assessment of the facts.

In the case at bar, the Court of Appeal did not really disturb the Superior Court’s findings on causation since it substantially agreed with the ultimate conclusion of Morin J. The Court of Appeal did intervene on the causation issue since Morin J.

*Schwartz* précise la jurisprudence antérieure en ce sens que, lorsque la première cour d’appel a infirmé les conclusions de fait du juge de première instance sur la crédibilité, notre Cour ne doit pas se sentir limitée dans l’appréciation de la preuve selon la prépondérance des probabilités puisque la première cour d’appel n’était pas mieux placée pour évaluer la crédibilité, et que notre Cour est en présence de deux décisions opposées, celle du juge de première instance et celle de la cour d’appel. Dans ce contexte, notre Cour peut procéder à sa propre appréciation des questions de fait, comme par exemple, de savoir si quelque chose a été établi suivant la prépondérance des probabilités.

Par contre, en cas de conclusions de fait concordantes des instances inférieures, la Cour hésitera à intervenir et à modifier les conclusions de fait. Dans *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, p. 574, notre Cour a déjà affirmé que le principe de non-intervention « a d’autant plus de force en présence de conclusions concourantes des deux cours d’instance inférieure » (je souligne).

Dans un cas comme dans l’autre, la seconde cour d’appel doit « être clairement satisfait[e] que le jugement de la Cour d’appel est erroné » (*Dorval, précité*, p. 294). À mon avis, l’énoncé du juge La Forest ne s’écarte pas de la jurisprudence antérieure sur le rôle de la seconde cour d’appel à l’égard des questions de fait. Le juge La Forest citait certains arrêts que je cite en l’espèce (*Beaudoin-Daigneault, Demers et Dorval*), et n’exprime aucune objection à leur égard, ni d’ailleurs aucun désir de renverser cette jurisprudence. Bien qu’il soit loisible à notre Cour de réexaminer la preuve et de « substituer ses propres conclusions de fait à celles de la première cour d’appel en cas de désaccord » (*Schwartz, précité*, par. 37), ce désaccord doit néanmoins résulter de la nette conviction qu’une erreur s’est produite dans l’appréciation des faits par la première cour.

En l’espèce, la Cour d’appel n’a pas véritablement modifié les conclusions de la Cour supérieure sur la causalité puisqu’elle était essentiellement d’accord avec la conclusion finale du juge Morin. La Cour d’appel est intervenue sur la causalité parce

44

45

46

47

had framed the legal analysis of causation in an erroneous manner, which I discuss in greater detail below. But after reassessing the evidence, the Court of Appeal came to the same conclusion as Morin J. that no causation was proven on the balance of probabilities. Thus, on the issue of causation, there is substantive agreement between the Superior Court and the Court of Appeal, which takes us away from the pattern described in *Schwartz, supra*, and brings us closer to the scenario in *Bear Island, supra*.

48 A question “about whether the facts satisfy the legal tests” is one of mixed law and fact. Stated differently, “whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact” (*Southam*, at para. 35).

49 Generally, such a question, once the facts have been established without overriding and palpable error, is to be reviewed on a standard of correctness since the standard of care is normative and is a question of law within the normal purview of both the trial and appellate courts. Such is the standard for medical negligence. There is no issue of expertise of a specialized tribunal in a particular field which may go to the determination of facts and be pertinent to defining an appropriate standard and thereby call for some measure of deference by a court of general appeal (*Southam, supra*, at para. 45; and *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 647).

50 The inquiry to be made here is the traditional one. Was the Court of Appeal correct in intervening in the Superior Court’s decision because there was an error of law, an error of mixed law and fact, or an overriding and palpable error of fact? Do the appropriate bases present themselves for this Court to intervene in the Court of Appeal’s decision?

*C. Errors of Law in the Reasons of the Superior Court*

51 The Court of Appeal found two errors of law in the Superior Court judgment. First, it concluded

que le juge Morin avait présenté l’analyse juridique du lien de causalité d’une façon erronée, que j’examine plus en détails ci-après. Cependant, après une nouvelle appréciation de la preuve, la Cour d’appel est arrivée à la même conclusion que le juge Morin, savoir que la causalité n’avait pas été établie selon la prépondérance des probabilités. En conséquence, sur la question de la causalité, la Cour supérieure et la Cour d’appel sont largement d’accord, ce qui nous éloigne du scénario décrit dans *Schwartz*, et nous rapproche de celui de *Bear Island*.

La question qui consiste « à déterminer si les faits satisfont au critère juridique » est une question mixte de droit et de fait ou, en d’autres termes, « la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait » (*Southam*, par. 35).

Une fois les faits établis sans erreur manifeste et dominante, cette question doit généralement être révisée suivant la norme de la décision correcte puisque la norme de diligence est normative et constitue une question de droit qui relève de la compétence habituelle des tribunaux de première instance et d’appel. C’est la norme applicable à la négligence médicale. Il n’est pas question de l’expertise d’un tribunal spécialisé dans un domaine particulier, pouvant toucher la détermination des faits et avoir une incidence sur la définition de la norme appropriée et exiger de ce fait une certaine déférence de la part d’une cour générale d’appel (*Southam*, par. 45; *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, p. 647).

Il faut procéder à un examen traditionnel. La Cour d’appel a-t-elle eu raison d’intervenir dans la décision de la Cour supérieure parce qu’il y avait une erreur de droit, une erreur mixte de droit et de fait ou une erreur manifeste et dominante de fait? Les justifications voulues sont-elles présentes pour l’intervention de notre Cour dans l’arrêt de la Cour d’appel?

*C. Les erreurs de droit dans les motifs de la Cour supérieure*

La Cour d’appel relève deux erreurs de droit dans le jugement de la Cour supérieure : la première

that Morin J. made a mistake in the analysis of fault. Second, it found that Morin J. made a mistake in the analysis of causation. I shall deal with these in turn.

The Court of Appeal said that Morin J. had asked the wrong question in determining whether a fault had been committed and thereby applied the wrong standard in evaluating the conduct of the respondent. According to the Court of Appeal, instead of asking whether the respondent was at fault in failing to diagnose or badly diagnosing the medullary contusion and the fracture-luxation at T8-T9, Morin J. should have asked whether the respondent acted according to the professional rules of art in the treatment of this patient. The Court of Appeal essentially said that the question to be answered should be cast in general terms according to the appropriate standard of conduct in the analysis of fault under Quebec civil law, rather than incorporating the specific facts of the case into the question.

The correct inquiry to be made in assessing whether a professional committed a fault is indeed to ask whether the defendant behaved as would a reasonably prudent and diligent fellow professional in the same circumstances (J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5th ed. 1998), at p. 850). To ask, as the principal question in the general inquiry, whether a specific positive act or an instance of omission constitutes a fault is to collapse the inquiry and may confuse the issue. What must be asked is whether that act or omission would be acceptable behaviour for a reasonably prudent and diligent professional in the same circumstances. The erroneous approach runs the risk of focussing on the result rather than the means. Professionals have an obligation of means, not an obligation of result.

In deciding that the wrong question had been asked, the Court of Appeal was concerned that a proper inquiry was not made and the wrong standard of fault was applied by the trial judge. This concern entitled the Court of Appeal to intervene. While it is not entirely clear that Morin J. was unaware of the appropriate inquiry to be made, his conclusion, at para. 78, that [TRANSLATION] “Dr. Mercier

dans l’analyse de la faute, la deuxième dans l’analyse de la causalité. Je les examine à tour de rôle.

Elle reproche au juge Morin de s’être posé la mauvaise question pour déterminer si une faute avait été commise et a donc appliqué la mauvaise norme dans son évaluation de la conduite de l’intimé. Selon la Cour d’appel, au lieu de se demander si l’intimé avait commis une faute en ne diagnostiquant pas ou en diagnostiquant mal la contusion médullaire et la fracture-luxation aux D8 et D9, le juge Morin aurait dû se demander si l’intimé avait agi selon les règles de l’art dans le traitement du patient. La Cour d’appel affirme essentiellement que la question à trancher devait être formulée en termes généraux selon la norme de conduite pertinente à l’analyse de la faute en droit civil du Québec, au lieu d’y intégrer les faits particuliers du litige.

Pour déterminer si un professionnel a commis une faute, il faut en effet se demander si le défendeur s’est comporté comme un autre professionnel raisonnablement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances (J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5<sup>e</sup> éd. 1998), p. 850). Se demander principalement, dans cet examen général, si un acte donné ou une omission constitue une faute est réducteur de l’analyse et risque de semer de la confusion. Ce qu’il faut se demander c’est si l’acte ou l’omission constituerait un comportement acceptable pour un professionnel raisonnablement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. La démarche erronée risque de mettre l’accent sur le résultat plutôt que sur les moyens. Le professionnel a une obligation de moyens et non de résultat.

En constatant que le juge de première instance s’était posé la mauvaise question, la Cour d’appel craignait qu’il n’ait pas procédé à l’analyse requise et qu’il ait appliqué la mauvaise norme de faute. Cette inquiétude justifiait l’intervention de la Cour d’appel. Quoiqu’on puisse douter que le juge Morin n’ait pas à l’esprit le critère juste, sa conclusion, au par. 78, qu’« on ne peut reprocher au D<sup>r</sup> Mercier

52

53

54

cannot be faulted for failing to diagnose the medullary contusion his patient suffered . . . and having thought instead that he was suffering from sciatica on the right side” raises some doubt as to whether he was sufficiently focussed on a delictual analysis of means rather than one of result.

55 The Court of Appeal also faulted the decision by the trial judge for not taking a position on the scientific debate as to causation. Morin J. wrote, at para. 90:

[TRANSLATION] [T]he court concludes that it is not up to it to decide between the opposing medical theories it is finally presented with concerning the causal link between the defendants’ actions and the paraplegia the plaintiff is suffering from.

The trial judge must assess whether the evidence supports, on a balance of probabilities, a finding of causation. If this standard of proof is not met, the plaintiff has simply been unsuccessful in discharging his burden of proof. It is not enough to say that there are opposing medical theories on causation and that it is not up to the court to decide between them.

56 A trial judge must reach a legal conclusion based on the scientific evidence and other evidence presented. Not to come to a definitive conclusion on a balance of probabilities amounts to an undue advantage granted to the defendant, who might simply need to come up with a plausible but contrary scientific theory in order to negative the plaintiff’s claim. Such an approach is tantamount to an alteration of the standard of proof since the trial judge is no longer looking at which scientific theory is most probable. It is an error of law in the analysis of causation for a trial judge to conclude that he or she does not have the authority to make a final legal determination in the face of competing theories.

57 There is room for the principle of judicial neutrality in the analysis of fault. It is appropriate for the courts not to take a position when there are competing but recognized medical theories on what is competent professional practice or an appropriate diagnosis. In *Lapointe, supra*, at p. 363, L’Heureux-Dubé J. said that “a doctor will not be found liable

de n’avoir pas diagnostiqué l’atteinte médullaire dont souffrait son patient [. . .] et d’avoir plutôt cru que ce dernier souffrait d’une atteinte du sciatique droit » suscite interrogation quant à savoir si son analyse de la faute délictuelle était suffisamment axée sur les moyens plutôt que sur le résultat.

La Cour d’appel reproche aussi au premier juge de ne pas avoir pris position dans le débat scientifique sur la causalité. Le juge Morin écrit au par. 90 :

[L]e tribunal en vient à la conclusion qu’il se trouve finalement placé en présence de théories médicales opposées entre lesquelles il ne lui appartient pas de trancher concernant le lien de causalité entre les gestes posés par les défendeurs et la paraplégie affectant le demandeur.

Le juge de première instance doit déterminer si la preuve appuie, selon la prépondérance des probabilités, une constatation de causalité. S’il ne satisfait pas à cette norme de preuve, le demandeur n’aura tout simplement pas réussi à s’acquitter de son fardeau de preuve. Il ne suffit pas de dire qu’il existe des théories médicales opposées sur le lien de causalité et qu’il n’appartient pas au tribunal de trancher.

Le juge de première instance doit arriver à une conclusion juridique fondée sur la preuve scientifique et autre. Ne pas arriver à une conclusion finale selon la prépondérance des probabilités revient à conférer un avantage indu au défendeur qui pourrait simplement présenter une théorie scientifique contraire plausible pour réfuter les prétentions du demandeur. Cette approche comporte une modification de la norme de preuve puisque le juge de première instance évite d’examiner quelle est la théorie scientifique la plus probable. Dans l’analyse du lien de causalité c’est une erreur pour le juge de première instance de conclure qu’il ne lui appartient pas de rendre une décision finale en présence de théories opposées.

Le principe de la neutralité judiciaire a sa place dans l’analyse de la faute. Les tribunaux n’ont pas à prendre position entre des théories médicales divergentes mais reconnues touchant les pratiques professionnelles acceptables ou un diagnostic approprié. Dans *Lapointe*, précité, p. 363, le juge L’Heureux-Dubé affirme qu’« un médecin ne sera

if the diagnosis and treatment given to a patient correspond to those recognized by medical science at the time, even in the face of competing theories” (emphasis added). However, it is not appropriate to be similarly neutral on matters of causation and thereby refrain from determining whether causation has been established on the legal standard of balance of probabilities.

It was open to the Court of Appeal to be concerned that the trial judge had erred in this manner and accordingly to undertake its own analysis of causation. There is no reason for this Court to question that intervention. At issue are the Court of Appeal’s findings as to fault and causation. I will now turn to these.

#### D. *Fault*

The Court of Appeal identified four principal faults committed by the respondent: not verifying with the radiologist the fracture at T7 and not ensuring that there were no other fractures in the spinal column; not asking for more complete neurological tests; not taking cognizance of the nurses’ notes indicating a neurological deficit; and not ordering the immobilization of the spinal column. Because of all these failings, it was possible to conclude that the respondent did not behave as a prudent and diligent orthopaedist would in similar circumstances.

As I discussed above, findings of fault in the law of delict are questions of mixed law and fact. They are the application of a legal concept onto a set of facts. The standard to be applied in this instance of a question of mixed law and fact is one of correctness. It is open to this Court to vary the findings of fault of the Court of Appeal if it judges that these were done erroneously.

The Court of Appeal, at p. 1664, identified as a fault the omission by the respondent to verify with the radiologist the possible fracture at T7 and to assure himself that there were no other fractures, given the violence of the impact during the accident:

[TRANSLATION] Dr. Mercier’s presumption concerning the relative importance of the fracture at T7 did not exempt him from examining, after the first emergency

pas tenu responsable si le diagnostic et le traitement du malade correspondent à ceux reconnus par la science médicale à cette époque, même en présence de théories opposées » (je souligne). Cependant, on ne doit pas invoquer la neutralité sur des questions de causalité et s’abstenir ainsi de déterminer si le lien de causalité est établi selon la norme juridique de la prépondérance des probabilités.

Il était loisible à la Cour d’appel de craindre que le juge de première instance ait fait cette erreur et de procéder à sa propre analyse de la causalité. Notre Cour n’a aucune raison de reprocher cette intervention. Sont en cause les conclusions de la Cour d’appel sur la faute et la causalité, questions que j’aborde maintenant.

#### D. *La faute*

La Cour d’appel a relevé quatre fautes principales de la part de l’intimé : ne pas avoir vérifié auprès du radiologue la possibilité d’une fracture à la D7 et l’absence d’autres fractures à la colonne vertébrale; ne pas avoir demandé d’examen neurologiques plus complets; ne pas avoir pris connaissance des notes des infirmières qui indiquaient un déficit neurologique; et ne pas avoir ordonné l’immobilisation de la colonne vertébrale. En raison de toutes ces omissions, il était possible de conclure que l’intimé n’avait pas agi comme un orthopédiste prudent et diligent aurait agi dans des circonstances semblables.

Je le répète, en droit de la responsabilité civile délictuelle, l’imputation de la faute est une question mixte de droit et de fait, soit l’application d’un concept juridique à un ensemble de faits. La norme applicable en l’espèce à la question de fait et de droit est celle de la justesse. Il appartient à notre Cour, si elle les juge erronées, de modifier les conclusions de la Cour d’appel sur la faute.

La Cour d’appel retient comme faute le défaut de l’intimé de vérifier auprès du radiologue la possibilité d’une fracture à la D7 et de s’assurer qu’il n’y avait pas d’autres fractures, vu la violence de l’impact lors de l’accident (à la p. 1664) :

La présomption qu’entretenait le D<sup>r</sup> Mercier quant à l’importance relative de la fracture à la vertèbre D7 ne le dispensait pas d’examiner, après la première opération

58

59

60

61

operation, the appellant's neurological state in order to verify the injury at T7 and to ensure that there were no other spinal column fractures, given the violence of the impact during the accident.

There are two elements to this finding of fault: the suspicion about a fracture at T7 and the violence of the impact. The majority of the expert opinion concluded that there was no fracture at T7 but rather a benign anomaly. In any case, at the time of diagnosis by Dr. Couture and the respondent, there was only a suspicion of a fracture at T7. The Court of Appeal undoubtedly meant this implicitly as it reproached the respondent not for being ignorant of the fracture at T7 (there was none to be discovered), but rather, for not inquiring further, so long as there was a remaining doubt, into the possibility of a fracture at T7 or elsewhere, given the extreme violence of the accident.

62 The fault of the respondent lies in making neither further examinations of the spine based on the suspected fracture at T7 nor neurological examinations. Even though it was generally accepted among the experts that there was no fracture at T7, the suspicion of a fracture at one level should have motivated the respondent to ensure that there were no fractures at any other level, and to ensure that there was no other injury in the back. By his own testimony, the respondent was concerned about T7 even after the second operation, and expressed that concern by asking the appellant about back pain, though by that time he could no longer move his toes.

63 There can be no reproach against the respondent for not verifying the fracture at T7 with the radiologist. As far as T7 itself was concerned, the respondent had exercised his professional judgement and decided that whatever fracture there may be at that level, it was stable.

64 However, the suspected fracture at T7 together with the violence of the impact, as well as the consequent concern of the respondent about back pain later on, should have led the respondent to examine more fully the state of the spine once the urgent first operation was done. Further investigation would have permitted him to discover the true

d'urgence, l'état neurologique de l'appelant afin de vérifier la lésion détectée à D7 et de s'assurer que d'autres fractures à la colonne ne s'étaient pas produites vu la violence de l'impact lors de l'accident.

Cette imputation de faute comporte deux éléments : le soupçon d'une fracture à la D7 et la violence de l'impact. La majorité des experts concluent qu'il n'y avait pas de fracture à la D7, mais plutôt une anomalie bénigne. Quoiqu'il en soit, au moment du diagnostic du D<sup>r</sup> Couture et de l'intimé, il n'existait qu'un soupçon quant à l'existence d'une fracture à la D7. C'est sans aucun doute ce que la Cour d'appel dit implicitement lorsqu'elle reproche à l'intimé non pas de ne pas avoir découvert la fracture à la D7 (il n'y en avait pas à découvrir), mais plutôt de ne pas avoir examiné davantage, tant que le doute subsistait, la possibilité d'une fracture à la D7 ou ailleurs, compte tenu de la violence extrême de l'accident.

La faute de l'intimé tient à ce qu'il n'a pas fait d'autres examens de la colonne en raison de la possibilité de fracture à la D7 ni d'examens neurologiques. Même si les experts étaient généralement d'accord qu'il n'y avait pas de fracture à la D7, la possibilité de fracture à un niveau aurait dû inciter l'intimé à s'assurer de l'absence de fracture à un autre niveau ou d'autres lésions au dos. L'intimé a lui-même témoigné qu'il avait des inquiétudes au sujet de la D7 même après la deuxième opération, et les avait manifestées en demandant à l'appelant s'il avait des douleurs au dos. À ce moment, cependant, l'appelant ne pouvait plus bouger les orteils.

On ne peut reprocher à l'intimé de ne pas avoir vérifié auprès du radiologue l'existence d'une fracture à la D7. À l'égard de la D7 elle-même, l'intimé a exercé son jugement professionnel et conclu que toute fracture susceptible d'exister à ce niveau était stable.

Cependant, compte tenu de la fracture soupçonnée à la D7 et de la violence de l'impact, ainsi que de son inquiétude ultérieure quant aux douleurs dorsales, l'intimé aurait dû faire un examen plus poussé de l'état de la colonne après la première opération d'urgence. L'examen lui aurait permis de découvrir la véritable fracture à la D8. La faute tient au défaut

fracture at T8. The fault lies in not conducting the requisite neurological tests, and not examining the back properly with the available tests such as more localized x-rays and scans. The respondent admitted at trial that these tests were available on August 11, and so they clearly could have been done after the first operation. Dr. Bouvier for the appellant testified that there is a general need upon admission to the emergency ward to do tests frequently to assess whether there is deterioration or amelioration. Both Dr. Lévesque and Dr. Drouin, also for the appellant, testified that neurological tests were possible despite the limitations posed by the injuries to the lower limbs. While these experts said that the exams could have been done upon admission, which was contested by the respondent's experts, Dr. Jodoin and Dr. Séguin, they certainly could have been done after the first operation, once the appellant's injuries in the lower limbs were stabilized. Dr. Charlebois for the respondent did say that he would have inquired into the patient's ability to withstand further tests, and would have required more specific information before conducting further tests. The respondent's other experts did not contest the possibility for doing more localized x-rays and scans, but said that there was no indication to the respondent for the need to do them. For the reasons mentioned above, I find no error in the Court of Appeal's concluding that a reasonably prudent and diligent orthopaedic surgeon would have done them.

The Court of Appeal considered it a fault for the respondent not to take cognizance of the nurses' notes made after the second operation. These notes indicated a neurological deficit as well as back pain. However, it is difficult to see this as a fault given that the respondent personally checked to see how the appellant was recovering after the second operation and asked specifically about back pain. There is no reason to find a fault on this point.

The Court of Appeal found the lack of immobilization to be a fault. It did not make clear whether this fault was contingent on the first fault. I cannot

de procéder aux examens neurologiques requis et d'examiner le dos correctement avec les moyens disponibles, comme des radiographies ou scanographies plus localisées. Au procès, l'intimé a admis que ces examens étaient disponibles le 11 août et qu'ils auraient donc clairement pu l'être après la première opération. Le D<sup>r</sup> Bouvier, témoin de l'appelant, a déclaré qu'il est généralement nécessaire, après l'admission au service des urgences, de faire des examens fréquents pour évaluer la détérioration ou l'amélioration de l'état. Les D<sup>rs</sup> Lévesque et Drouin, également témoins de l'appelant, ont témoigné que ces examens neurologiques étaient possibles malgré les restrictions imposées par les blessures aux membres inférieurs. Ces experts sont d'avis que les examens en question auraient pu être faits dès l'admission de l'appelant au service des urgences, ce que contestent les experts de l'intimé, les D<sup>rs</sup> Jodoin et Séguin, mais ils auraient certainement pu être faits après la première opération, une fois stabilisées les blessures de l'appelant aux membres inférieurs. Le D<sup>r</sup> Charlebois, témoin de l'intimé, affirme qu'il aurait vérifié la capacité du patient de subir d'autres examens et aurait exigé des renseignements plus précis avant d'en faire d'autres. Les autres experts de l'intimé ne contestent pas que l'on pouvait faire des radiographies et scanographies plus localisées, mais précisent que rien n'indiquait à l'intimé qu'il fallait les faire. Pour les motifs qui précèdent, j'estime que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant qu'un chirurgien orthopédiste raisonnablement prudent et diligent les aurait faites.

La Cour d'appel estime que l'intimé a commis une faute en ne prenant pas connaissance des notes des infirmières inscrites après la deuxième opération. Ces notes indiquent l'existence d'un déficit neurologique et de douleurs au dos. Cependant, il est difficile d'y voir une faute puisque l'intimé a personnellement vérifié l'état de l'appelant après la deuxième opération et lui a expressément demandé s'il avait des douleurs au dos. Il n'y a aucune raison de conclure à une faute sur ce point.

La Cour d'appel conclut que le défaut d'immobiliser est une faute. Elle ne dit pas clairement si cette faute est liée à la première. Je ne vois pas comment

65

66

see how it could be otherwise. Obviously, if T7 was considered to be stable and there was no reason to suspect any other fracture, there was no reason to immobilize. It is only upon learning or at least being suspicious that there is an unstable fracture that there would be a reason to immobilize. I do consider that a lack of immobilization, more specifically the second operation, could be a fault, but only in conjunction with the first fault of not making further inquiries.

67 As for the particulars of that fault of not immobilizing, the Court of Appeal reproached the respondent for not making an immobilization order. However, the testimony of two nurses was quite explicit to the effect that there is immobilization in cases such as these until an explicit order for mobilization is given. This is corroborated by the fact that the respondent made a mobilization order on August 14, after the second operation.

68 On the other hand, there is documentary evidence in the hospital record stating that the respondent had been turned over several times, was rubbed in the back, and was given a bath in bed between August 12 and 13. The appellant's expert, Dr. Bouvier, considered this to be an example of wrongful mobilization.

69 There was thus evidence for the Court of Appeal to conclude as it did on this point. There is no reason for this Court to disturb that conclusion.

70 The Court of Appeal found the use of a stretcher in carrying the appellant to the operating room to be a fault. It made this finding on the basis of nurse Couture's note that said that the patient was moved on a "*civière*" (stretcher) for the second operation on August 14.

71 Nurse Couture testified at trial that she found it odd that she should have written such a thing since the normal practice was to take orthopaedic patients in their own beds, especially when there is a traction device on the patient, as was the case here. She said that it normally never happens that such a patient is taken on a stretcher. The respondent testified

il pourrait en être autrement. De toute évidence, si la D7 était considérée comme stable et qu'il n'y avait aucune raison de soupçonner l'existence d'une autre fracture, il n'y avait aucune raison d'immobiliser. C'est seulement en apprenant ou soupçonnant l'existence d'une fracture instable qu'il y a raison de procéder à l'immobilisation. Je suis d'avis que le défaut d'immobiliser, tout particulièrement la deuxième opération, pourrait constituer une faute, mais seulement en liaison avec la première faute de l'intimé de ne pas avoir procédé à des examens plus poussés.

Quant aux détails de la faute liée au défaut d'immobiliser, la Cour d'appel reproche à l'intimé de ne pas avoir ordonné l'immobilisation. Cependant, deux infirmières expliquent précisément qu'il y a immobilisation dans des cas comme celui-ci jusqu'à ce que la mobilisation soit expressément ordonnée. Cela est corroboré par le fait que l'intimé a ordonné la mobilisation le 14 août après la deuxième opération.

Par contre, la preuve documentaire aux dossiers de l'hôpital révèle que l'intimé a été tourné à plusieurs reprises, a été frictionné au dos et a eu des bains au lit entre les 12 et 13 août. L'expert de l'appellant, le D<sup>r</sup> Bouvier, considère que ce sont des exemples de mobilisation fautive.

La conclusion de la Cour d'appel à cet égard trouve appui dans la preuve. Il n'y a pas matière à intervenir.

La Cour d'appel conclut que l'utilisation d'une civière pour transporter l'appellant à la salle d'opération constitue une faute. Elle se fonde sur la note de l'infirmière Couture qui indique que le patient a été transporté sur une « civière » pour la deuxième opération du 14 août.

Au procès, l'infirmière Couture témoigne de sa surprise quant à cette entrée puisque la pratique habituelle est de transporter les patients d'orthopédie dans leur lit, surtout lorsqu'ils sont munis d'un appareil à traction, comme c'était le cas. Un tel patient n'est habituellement jamais transporté sur une civière. L'intimé témoigne que tous les malades

that all patients in traction on whom he has operated are brought to the operating room in their beds. Dr. Jodoin, expert for the respondent, insisted that it is impossible that a stretcher was used instead of bringing the appellant into the operating room in his own bed since he was attached to a traction device. This device with its pulley mechanism is fixed to the bed with the result that a patient is never put on a stretcher when traction is needed. Dr. Jodoin said that he was [TRANSLATION] “morally certain” that the appellant was not put on a stretcher to be taken to the operating room.

It was open to the Court of Appeal to rely on nurse Couture’s written note regarding use of the stretcher, even though the author of that note as well as other medical professionals cast serious doubt about its accuracy.

The second operation conducted on August 14 is an instance of a lack of immobilization. The respondent admitted at trial that the second operation was not urgent. Carrying it out without making the appropriate examinations to ensure adequate stability was clearly a fault. There was a need to ensure prior stability through appropriate examinations because the operation, with its attendant curarization resulting in the neutralization of the muscular support around the spine, posed an unacceptable danger to the stability of the spine. The respondent did not behave as a reasonably prudent and diligent orthopaedic surgeon, and thereby committed a fault.

#### E. *Causation*

The Court of Appeal concluded, at p. 1669, that, notwithstanding the faults committed by the respondent, the accident was the legal cause of the injury suffered by the appellant resulting in paraparesis,

[TRANSLATION] While an early immobilization and a diminution of the oedema in the spinal cord are more than mere possibilities with regard to a better recovery of the neurological deficit, they are not significant enough, given the magnitude of the initial damage caused by the accident, to hold Dr. Mercier liable in part.

en traction qu’il opère sont transportés dans leur lit à la salle d’opération. Le D<sup>f</sup> Jodoin, expert de l’intimé, affirme qu’il est impossible que l’appelant ait été transporté à la salle d’opération sur une civière et non sur son lit vu qu’il était attaché à un appareil à traction. Cet appareil avec son mécanisme de poulie est fixé au lit, de sorte que le patient n’est jamais placé sur une civière lorsqu’une traction est nécessaire. Le D<sup>f</sup> Jodoin affirme qu’il est « moralement certain » que l’appelant n’a pas été mis sur une civière pour aller à la salle d’opération.

Il était loisible à la Cour d’appel de se fier à la note écrite de l’infirmière Couture relativement à l’utilisation de la civière, même si l’auteur de la note ainsi que d’autres professionnels de la santé jettent de sérieux doutes sur son exactitude.

La deuxième opération effectuée le 14 août est un cas de manque d’immobilisation. L’intimé a admis au procès que la deuxième opération n’était pas urgente. Procéder à l’opération sans avoir fait les examens appropriés pour assurer une stabilité adéquate est clairement une faute. Il fallait au préalable s’assurer de la stabilité par des examens appropriés car l’opération, accompagnée de curarisation entraînant la neutralisation du support musculaire autour de la colonne, présentait un risque inacceptable pour la stabilité de la colonne. L’intimé n’a pas agi comme un chirurgien orthopédiste raisonnablement prudent et diligent et a en conséquence commis une faute.

#### E. *La causalité*

La Cour d’appel conclut que, malgré les fautes commises par l’intimé, l’accident était la cause juridique des blessures qui ont abouti à la paraparesie de l’appelant (à la p. 1669) :

Si l’immobilisation précoce et la diminution de l’œdème dans la moelle demeurent plus que de simples possibilités quant à une meilleure récupération du déficit neurologique, elles ne sont pas assez significatives, compte tenu de l’ampleur du préjudice initial causé par l’accident, pour faire supporter au D<sup>f</sup> Mercier une part de responsabilité.

72

73

74

It canvassed the principal points of the expert evidence and reached a conclusion. This conclusion was amply supportable by the evidence. I am not clearly satisfied that there was an error in the Court of Appeal's findings of fact as to causation that would permit me to intervene in the latter's decision.

75

The general theory of the appellant's experts is that the injury took place due to hospital mobilization that related principally to the second operation. The appellant's toes were moving after the first operation, but were not after the second. It is argued that the paraparesis is due to an absence of adequate immobilization of the appellant. According to these experts, it was the faulty treatment that aggravated the injury caused by the accident. Immobilization would have decompressed the spinal cord. According to Dr. Bouvier, the paraparesis is due to the displacement of the vertebrae caused by the mobilization of the appellant, such as the back rub given between the first and second operations, the turning over of the appellant, the giving of baths in bed, the transfer from bed to stretcher before the second operation, and the second operation itself. Dr. Guimond ascribed greatest probability of injury to the second operation. He specified that the curarization of the second operation had the effect of relaxing the back muscles, which resulted in a lack of support for the spine. It was this instability that caused the vertebral displacement at T8-T9 to go from 3 millimetres ascertained upon arrival to 8 or 9 millimetres discovered a month later. Dr. Guimond acknowledged that some neurological deficit to the lower limbs may have been caused by the accident, but asserted that the deficit was not complete. He attributed 25 percent of the injury to the accident, the remainder to the respondent's fault of not properly immobilizing the appellant. The appellant's experts pointed to the spinal compression shown on the myelogram and MRI as proof that the hospital mobilizations caused the harm.

76

The general theory of the respondent's experts is that the violence of the accident was so great that there was a fracture-luxation at T8-T9 of 8 or 9

La Cour d'appel a examiné les points principaux des témoignages d'experts et a tiré une conclusion. La preuve étaye amplement cette conclusion. Je ne suis pas bien convaincu que les conclusions de fait de la Cour d'appel quant au lien de causalité comportent une erreur qui me justifierait d'intervenir dans sa décision.

La théorie générale des experts de l'appellant est que le préjudice résulte des mobilisations hospitalières tenant principalement à la deuxième opération. L'appellant pouvait bouger les orteils après la première opération, mais pas après la deuxième. On a fait valoir que la paraparésie est attribuable à l'absence d'immobilisation adéquate de l'appellant. Selon ces experts, c'est le traitement fautif qui a aggravé la blessure causée par l'accident. L'immobilisation aurait permis de décompresser la moelle. Selon le D<sup>r</sup> Bouvier, la paraparésie est attribuable à la luxation des vertèbres causée par les mobilisations de l'appellant — les frictions au dos entre la première et la deuxième opération, les rotations dans son lit, les bains au lit, le transfert du lit à la civière avant la deuxième opération, et la deuxième opération elle-même. Le D<sup>r</sup> Guimond attribue à la deuxième opération la plus forte probabilité de préjudice. Il précise que la curarisation pendant la deuxième opération a eu pour effet de relaxer les muscles du dos, entraînant ainsi un manque de support pour la colonne vertébrale. Cette instabilité a causé le déplacement vertébral aux D8 et D9 qui est passé de 3 millimètres, selon l'évaluation faite à l'arrivée à l'hôpital, aux 8 ou 9 millimètres découverts un mois plus tard. Le D<sup>r</sup> Guimond reconnaît qu'un certain déficit neurologique aux membres inférieurs a pu être causé par l'accident, mais affirme que le déficit n'était pas complet. Il fixe à 25 p. 100 la part du préjudice attribuable à l'accident, imputant le reste à la faute à l'intimé pour n'avoir pas immobilisé correctement l'appellant. Les experts de l'appellant indiquent que la compression médullaire visible sur la myélographie et l'IRM est la preuve que les mobilisations à l'hôpital ont causé le préjudice.

La théorie générale des experts de l'intimé est que l'accident a été d'une telle violence qu'il a causé au niveau des vertèbres D8 et D9 une

millimetres, which was spontaneously reduced by virtue of elastic recoil to 3 millimetres. The vertebrae assumed their normal position because these bone structures are linked not only by ligaments but also muscles that are all around the spinal column. The initial displacement caused a contusion to the spinal cord, setting off a chain of physiological phenomena that caused irreversible damage to the spinal cord. A contusion is an injury produced by an instantaneous blunt force. The spinal column ultimately stabilized at the 8 or 9 millimetre mark which it had reached at the peak of the impact. Dr. Jodoin observed in support of the recoil theory that nothing other than a violent impact making the spinal column stretch could have caused the ligaments to tear. Given the violence of the impact, the subsequent movements in the hospital had a negligible effect on an injury that was definitive and final in its amplitude, leaving no room for recuperation. In support of this conclusion, the respondent's experts drew a distinction between primary and secondary compression, saying that the tests only show the latter, which indicates that the harm was caused by a contusion rather than a compression.

The uncontested facts are that there was a massive shearing between the thoracic vertebrae upon impact, causing fractures to a vertebra and a rib, and causing all but one of the surrounding ligaments to tear. The one ligament that did not tear was attached to a rib that did fracture, such was the violence of the impact. Experts for both the appellant and respondent acknowledged the tearing of the ligaments. Dr. Milette for the appellant stated in his report at p. 9:

[TRANSLATION] Several vertebral ligaments were probably partially or completely torn at T8-T9, including the posterior ligamentary complex. Certain costo-vertebral ligaments resisted, and a fracture occurred at the origin of the ninth rib on the left side and probably on the right side.

Dr. Milette also stated numerous times in his testimony that the ligaments were torn: [TRANSLATION] "all those ligaments were torn"; "that means tearing of many structures which, normally, are very

fracture-luxation de 8 ou 9 millimètres, qui s'est réduite spontanément à 3 millimètres par rétractation élastique. Les vertèbres ont repris leur place parce que ces structures osseuses sont reliées non seulement par des ligaments mais aussi par des muscles situés tout autour de la colonne vertébrale. La luxation initiale a entraîné une contusion à la moelle épinière, déclenchant ainsi une série de phénomènes physiologiques qui ont causé des dommages irréversibles à la moelle. Une contusion est une blessure produite par un coup violent et soudain. La colonne s'est finalement stabilisée à une mesure de 8 ou 9 millimètres, atteinte au plus fort de l'impact. À l'appui de la théorie de la rétractation élastique, le D<sup>r</sup> Jodoin fait remarquer que seul un impact violent distendant la colonne vertébrale aurait pu causer le déchirement des ligaments. Étant donné la violence de l'impact, les mouvements ultérieurs à l'hôpital ont eu un effet négligeable sur une blessure qui était définitive dans son ampleur, sans possibilité de guérison. À l'appui de cette conclusion, les experts de l'intimé font une distinction entre les compressions primaires et secondaires et précisent que les examens ne révèlent qu'une compression secondaire, indication que le préjudice a été causé par une contusion et non par une compression.

Les faits non contestés sont les suivants : l'impact a provoqué un cisaillement massif entre les vertèbres dorsales, qui a causé des fractures à une vertèbre et à une côte ainsi que le déchirement de tous les ligaments l'entourant, à l'exception d'un seul. Le ligament non déchiré était attaché à une côte qui, elle, a été fracturée sous la violence de l'impact. Les experts de l'appellant et de l'intimé ont fait état de la déchirure des ligaments. Le D<sup>r</sup> Milette, pour l'appellant, affirme à la p. 9 de son rapport :

Plusieurs ligaments vertébraux ont vraisemblablement été partiellement ou complètement déchirés à l'étage D8-D9, y compris le complexe ligamentaire postérieur. Certains ligaments costo-vertébraux ont résisté, et une fracture s'est produite à l'origine de la neuvième côte du côté gauche et probablement du côté droit.

Le D<sup>r</sup> Milette répète également à maintes reprises dans son témoignage que les ligaments étaient déchirés : « tous ces ligaments-là ont été déchirés »; « ça implique des déchirures de beaucoup

solid”; “the violence causes the tearing, causes the fractures and the torn ligaments . . .”. This assessment was confirmed by both Dr. Jodoin and Dr. Charlebois, the latter saying in his testimony that [TRANSLATION] “the subsequent displacement shows that there was in fact a rupture of all those ligaments and we see that among other things on the tomography, the scan, that was subsequently carried out . . .”.

78 The Court of Appeal ultimately gave its sanction to the respondent’s experts’ theory that it was at the point and moment of impact that there occurred a medullary contusion, which set in motion the chain of physiological phenomena such as swelling, intramedullary oedema, ischemia by compression, and destruction of nerve cells, all of which would lead to the subsequent paraparesis. There then occurred a recoil, hence explaining the mere 3 millimetre subluxation of T8 upon admission to the hospital, which was universally considered to be within normal range. The later subluxation of 8 to 9 millimetres was simply a return to the state of the spine as it existed immediately upon impact. This happened because the ligaments started healing in their elongated form. The fact that the toes were moving on August 12 but were not moving on August 14 after the second operation was merely a delayed manifestation of the injury that occurred at the time of the accident.

79 The appellant’s experts have no alternative explanation for the torn ligaments. The fact that the ligaments were torn lends much credence to the respondent’s theory that there was a violent extension and recoil action of the spine. Nothing less than this would have caused such tough ligaments to tear. This in turn supports the view that the sudden displacement of the vertebrae caused a contusion to the spinal cord, setting in motion the destructive phenomena that resulted in paraparesis.

80 As part of their general contestation of the respondent’s experts’ theory that all the damage was done upon impact, the appellant’s experts provide a contrary affirmation on three points in support of their own theory that any injury from the accident could have been contained and reversed

de structures qui, normalement, sont très solides »; « la violence cause la déchirure, cause les fractures et les déchirures de ligaments ». Cette évaluation est confirmée par les D<sup>rs</sup> Jodoin et Charlebois, ce dernier indiquant dans son témoignage que « le déplacement subséquent nous démontre qu’il y a eu effectivement rupture de tous ces ligaments-là et on retrouve ça entre autres sur la tomodensitométrie, le scan, qui a été faite par la suite ».

En fin de compte, la Cour d’appel souscrit à la théorie des experts de l’intimé selon laquelle c’est à l’endroit et au moment de l’impact que s’est produite la contusion médullaire qui a déclenché une série de phénomènes physiologiques — enflure, œdème intramédullaire, ischémie par compression et destruction de neurones — qui ont abouti à la paraparésie subséquente. Il s’est ensuite produit une rétractation, ce qui explique la présence à l’arrivée à l’hôpital d’une subluxation de 3 millimètres seulement à la D8, qui est universellement considérée comme un écart normal. La subluxation ultérieure de 8 à 9 millimètres était simplement un retour à l’état de la colonne immédiatement après l’impact. Cela s’est produit parce que les ligaments ont commencé à se cicatriser en élongation. Le fait que les orteils bougeaient le 12 août mais pas le 14 août après la deuxième opération est simplement la manifestation tardive de la blessure subie au moment de l’accident.

Les experts de l’appellant n’ont fourni aucune autre explication pour le déchirement des ligaments. Ce déchirement donne beaucoup de crédibilité à la théorie de l’intimé qu’il y a eu extension et rétractation violentes de la colonne. Rien d’autre n’aurait pu causer le déchirement de ligaments aussi solides. Cela appuie à son tour l’opinion que le déplacement soudain des vertèbres a causé une contusion à la moelle épinière, déclenchant ainsi les phénomènes destructeurs qui ont abouti à la paraparésie.

Dans le cadre de leur contestation générale de la théorie des experts de l’intimé selon laquelle l’impact est à l’origine de tous les dommages, les experts de l’appellant expriment une opinion contraire sur trois points à l’appui de leur propre théorie que toute blessure subie dans l’accident

without much lasting adverse effect. The first and most significant point is the extent of the immobilization in the hospital. The second is the significance to be assigned to compression of the spinal cord as shown in the tests. The third is the significance to be assigned to spinal shock and the ostensible lack of it in this case.

The appellant alleges that inadequate immobilization, as evidenced by the back rub, the baths, the turning over, and the second operation and attendant curarization, was the cause of the harm he suffered. The evidence shows that there was no explicit order for the immobilization of the appellant. However, nurse Plante testified that immobilization of patients such as the appellant is done as a matter of course due to the extent of the injuries suffered until an order of mobilization is given. This appears to have occurred given that an express order for the progressive mobilization of the patient was made after the second operation. Nurse Couture testified that patients in intensive care are moved by at least two people, and care is taken to use a pillow between the legs to guard against torsion. Hospital records indicate that this was the care taken even after the mobilization order was given. There is no reason to suspect that it was otherwise before the order was given. The respondent testified that when the appellant was transferred onto the operating table, he was moved *en bloc* with at least four people. Thus, even if we accept that the appellant was first moved onto a “*civière*” and then onto the operating table, it was done with minimal possibility of torsion.

As for the second operation itself, an orthopaedic operating table was used which was described as having a post in the centre that immobilized the appellant’s back during the operation. While curarization would have weakened the muscular support around the spine, the care taken in transporting the patient to and from the operation and the immobilization of his back on the operating table left little or no possibility of its having any harmful effect.

aurait pu être contrôlée et guérie sans effet préjudiciable durable. Le premier point, et le plus important, est le degré de l’immobilisation à l’hôpital. Le deuxième est l’importance à attribuer à la compression de la moelle épinière que révèlent les examens. Le troisième est l’importance à attribuer à un choc spinal et à son absence apparente en l’espèce.

L’appellant fait valoir que l’immobilisation inadéquate, que démontrent les frictions au dos, les bains, les rotations et la deuxième opération accompagnée de curarisation, est la cause du préjudice qu’il a subi. La preuve révèle qu’aucun ordre exprès n’a été donné d’immobiliser l’appellant. Toutefois, l’infirmière Plante a témoigné que la pratique habituelle est d’immobiliser les patients comme l’appellant en raison de l’étendue des blessures, jusqu’à ce que soit ordonnée la mobilisation. C’est ce qui semble s’être produit puisqu’on a ordonné explicitement la mobilisation progressive du patient après la deuxième opération. L’infirmière Couture a dit dans son témoignage que les patients aux soins intensifs sont déplacés par au moins deux personnes et que l’on prend soin de leur placer un oreiller entre les jambes pour empêcher toute torsion. Selon le dossier d’hospitalisation, ce sont les mesures qui ont été appliquées même après l’ordre de mobilisation. Il n’y a aucune raison de soupçonner qu’il en a été autrement avant que l’ordre ait été donné. Selon le témoignage de l’intimé, lorsque l’appellant a été transféré sur la table d’opération, il a été soulevé en bloc par au moins quatre personnes. En conséquence, même si nous acceptons que l’appellant a tout d’abord été placé sur une « *civière* » et ensuite sur la table d’opération, cela a été fait avec un risque minimal de torsion.

La deuxième opération a eu lieu sur une table orthopédique décrite comme ayant un poteau au centre servant à immobiliser le dos du patient pendant l’opération. Si la curarisation a affaibli le support musculaire autour de la colonne, le soin pris dans le transport du patient avant et après l’opération, et l’immobilisation de son dos sur la table d’opération, auraient largement ou totalement éliminé la possibilité d’effet préjudiciable.

81

82

83 The respondent testified that after the operation, the appellant would have been moved in the same way as he was prior to the operation, namely *en bloc*. While the respondent's testimony about how the appellant was moved before and after the operation, and how the appellant was placed on the orthopaedic table during the operation, was introduced under reserve of an objection to its admissibility as descriptive of general practice rather than specific recollection, it is of lesser probative value but nevertheless useful in assessing probability. It is properly admissible.

84 The appellant was indeed allowed to move after the second operation. However, even the appellant's experts limit the cause of the paraparesis to movements up to the second operation and immediately after (i.e. the transfer from the operating table to the "civière" and then back to the bed), but not the progressive mobilization subsequent to the second operation. Dr. Bouvier explicitly admitted that he had no indication that aggravation took place after the second operation.

85 The appellant's experts argued that it was the hospital movements that caused the subluxation of 8 or 9 millimetres. As Dr. Jodoin for the respondent testified, the relative impact of the accident in contrast to the hospital movements would be a ratio of 100:1. Given that it takes a violent trauma for the spinal ligaments to tear, and given that they were in fact torn in this case, it is hard to believe that the accident caused a mere 3 millimetre displacement but the hospital movements caused an 8 or 9 millimetre displacement. The Court of Appeal was entitled to weigh the evidence and conclude that the harm caused by the accident was so great and definitive in its effect that any lack of immobilization was not significant enough to impinge upon a better recovery. Even though there obviously was some mobilization of the appellant between the first and second operations, this was minimal in light of the general level of immobilization and the precautions taken.

86 A significant part of the evidence, and a major point of contention between the experts as to its

Selon le témoignage de l'intimé, après l'opération, l'appellant aurait été déplacé de la même façon qu'avant l'opération, c'est-à-dire en bloc. Bien que le témoignage de l'intimé sur la façon dont l'appellant a été déplacé avant et après l'opération et placé sur la table orthopédique pendant l'opération ait donné lieu, avant d'être admis, à une objection sur son admissibilité parce qu'il s'agissait de la description d'une pratique générale et non d'un souvenir précis, et qu'il ait ainsi une valeur probante moindre, ce témoignage est néanmoins utile dans l'évaluation de la probabilité. Il est à bon droit admissible.

On a effectivement autorisé l'appellant à bouger après la deuxième opération. Cependant, même les experts de l'appellant limitent la cause de la parapésie aux mobilisations faites jusqu'à la deuxième opération et immédiatement après (c.-à-d. le transfert de la table d'opération à la « civière » puis au lit), mais pas à la mobilisation progressive qui a suivi la deuxième opération. Le D<sup>r</sup> Bouvier admet expressément que rien n'indique d'aggravation après la deuxième opération.

Les experts de l'appellant soutiennent que ce sont les mouvements faits à l'hôpital qui ont causé la subluxation de 8 ou 9 millimètres. Comme l'affirme le D<sup>r</sup> Jodoin pour l'intimé, l'impact relatif de l'accident par rapport aux mouvements faits à l'hôpital représenterait un ratio de 100 contre un. Puisqu'il faut un choc violent pour causer le déchirement des ligaments spinaux et que c'est ce qui s'est passé en l'espèce, il est difficile de croire que l'accident a causé un simple déplacement de 3 millimètres mais que les mobilisations de l'hôpital en auraient causé un de 8 ou 9 millimètres. La Cour d'appel était fondée à évaluer la preuve et à conclure que le préjudice causé par l'accident était si grave et définitif dans son effet que tout défaut d'immobilisation n'était pas suffisant pour empêcher un meilleur rétablissement. Même s'il y a eu, de toute évidence, une certaine mobilisation de l'appellant entre la première et la deuxième opération, elle a été minimale compte tenu du niveau général d'immobilisation et des précautions prises.

Une partie importante de la preuve, et un point de divergence majeur entre les experts quant à sa

diagnostic value, concerned the existence of spinal cord compression as shown by the myelogram and MRI. Compression here means the pathological and sustained vertebral pressure on the spinal cord. It was accepted by both groups of experts that compression can cause paraparesis and that evidence of compression would be an indication that hospital movements had caused damage. The respondent's experts added the caveat that it is only direct compression that would be such an indication, whereas indirect or secondary compression would mean that there was another cause for the medullary damage, namely contusion to the spinal cord with the consequent damaging physiological phenomena.

The appellant's experts, Dr. Lévesque and Dr. Drouin, pointed to the compression depicted by the tests as an indication that the hospital movements had caused damage. Dr. Laroche and Dr. Séguin, experts for the respondent, distinguished between a direct and an indirect compression of the spinal cord. Dr. Laroche said that while the dural sac that contains the spinal cord was compressed, the spinal cord itself was not. In other words, there was no direct compression, only a secondary compression. Dr. Séguin said that secondary compression was brought on by the oedema, swelling of the spinal cord, and destruction of the nerve cells.

There is one slight error committed by the Court of Appeal in understanding the expert evidence, but this does not bear in any way on the result that it ultimately arrived at. The Court of Appeal says that Dr. Séguin stated that if there was a medullary compression caused by the subluxation of the already fractured and unstable vertebrae, this compression would have been visible on the myelogram even 5 to 6 weeks after the hospitalization.

What Dr. Séguin actually said was that if there was a direct compression caused by the accident, there would have been a residual appearance of it in the myelogram. However, what he said is as true about compression caused by the lack of immobilization as it is about compression caused by the accident. In other words, if there had been direct

valeur diagnostique, concerne l'existence de la compression médullaire révélée au myélogramme et l'IRM. Compression s'entend ici d'une pression vertébrale pathologique prolongée sur la moelle épinière. Les deux groupes d'experts ont reconnu que la compression peut causer la paraparésie et que la preuve d'une compression serait une indication que les mouvements à l'hôpital ont causé un préjudice. Les experts de l'intimé ajoutent la réserve que seule une compression directe indiquerait cela, alors qu'une compression indirecte ou secondaire signifierait qu'il existe une autre cause de l'atteinte médullaire, soit une contusion à la moelle épinière accompagnée des phénomènes physiologiques préjudiciables qui en résultent.

Selon les experts de l'appelant, les D<sup>rs</sup> Lévesque et Drouin, la compression révélée par les examens indique que les mouvements faits à l'hôpital ont été préjudiciables. Les D<sup>rs</sup> Laroche et Séguin, experts de l'intimé, font une distinction entre une compression directe et indirecte de la moelle épinière. Selon le D<sup>r</sup> Laroche, bien qu'il y ait eu compression du sac dural contenant la moelle épinière, la moelle elle-même n'a pas été comprimée. En d'autres termes, il n'y a pas eu de compression directe, seulement une compression secondaire. Le D<sup>r</sup> Séguin explique que l'œdème, le gonflement de la moelle épinière et la destruction des cellules nerveuses ont entraîné la compression secondaire.

Dans son interprétation des témoignages d'experts, la Cour d'appel a commis une erreur mineure qui n'influe d'aucune façon sur le résultat auquel elle parvient. Elle dit que le D<sup>r</sup> Séguin a déclaré que si la compression médullaire avait été causée par la subluxation des vertèbres déjà fracturées et instables, cette compression aurait été apparente à la myélographie même 5 ou 6 semaines après l'hospitalisation.

En réalité, le D<sup>r</sup> Séguin dit que s'il y avait eu une compression directe causée par l'accident, il y en aurait eu une trace résiduelle sur le myélogramme. Toutefois, cela vaut autant pour la compression causée par le défaut d'immobilisation que pour la compression causée par l'accident. En d'autres termes, s'il y avait eu compression directe de la

87

88

89

compression of the spinal cord itself, regardless of the cause, it would have appeared on the myelogram.

90 The Court of Appeal was entitled to accord more weight to Dr. Séguin's interpretation of the myelogram and Dr. Bélanger's and Dr. Charlebois's interpretations of the MRI, and come to the conclusion that there was a contusion to the spinal cord at impact but not a compression brought on by subsequent hospital mobilization. Both Dr. Séguin and Dr. Laroche were quite detailed at trial in their explanations of how the dye in the myelogram still managed to flow through the suspected point of compression, thus indicating that there was no direct compression. The contusion to the spine, which was an instantaneous blow to the tissue by the vertebral structure, was the injury that sparked the physiological chain reaction that ultimately resulted in paraparesis.

91 There was much discussion before this Court about the spinal shock syndrome. Neither the Superior Court nor the Court of Appeal discussed this. The appellant's position is that both lower courts failed to appreciate the significance of the absence of spinal shock in this case.

92 The appellant asserted that spinal shock is a syndrome that is recognized in medicine and that manifests itself in cases where there has been a major trauma to the spinal cord, even when this trauma leads only to partial disability in terms of mobility, and that spinal shock manifests itself by the observable lack of mobility and sensitivity on the part of the patient.

93 The appellant's expert, Dr. Guimond, stated that, as a rule, serious trauma to the spine is usually accompanied by spinal shock, where the patient is rendered completely immobile for a temporary period after the traumatic incident. The appellant argued that since no deduction of a state of temporary immobility could be made from the hospital record, there was no spinal shock. Since there was no spinal shock, the neurological damage had not been irreversibly caused at the moment of the car accident.

moelle épinière, indépendamment de sa cause, elle aurait été apparente sur le myélogramme.

La Cour d'appel était en droit d'accorder plus de poids à l'interprétation du myélogramme par le D<sup>r</sup> Séguin et à celle de l'IRM par les D<sup>rs</sup> Bélanger et Charlebois et de conclure qu'il s'était produit une contusion médullaire au moment de l'impact, et non pas une compression résultant des mobilisations ultérieures à l'hôpital. Au procès, les D<sup>rs</sup> Séguin et Laroche ont fourni des explications très détaillées sur la façon dont le colorant utilisé dans la myélographie s'était quand même infiltré à l'endroit de la compression soupçonnée, ce qui indiquait qu'il n'existait pas de compression directe. La contusion médullaire, causée par un coup soudain au tissu par la structure vertébrale, est la blessure qui a déclenché les réactions physiologiques caténaïres qui ont finalement entraîné la paraparésie.

On a beaucoup débattu du syndrome du choc spinal devant notre Cour. Ni la Cour supérieure ni la Cour d'appel n'ont examiné ce point. L'appellant soutient que ces deux cours n'ont pas saisi l'importance de l'absence de choc spinal en l'espèce.

L'appellant affirme que le choc spinal est un syndrome reconnu en médecine qui se manifeste en cas de traumatisme majeur à la colonne vertébrale même lorsque ce traumatisme ne donne lieu qu'à une invalidité partielle en termes de mobilité, et que ce choc spinal se traduit par l'absence observable de mobilité et de sensibilité chez le patient.

L'expert de l'appellant, le D<sup>r</sup> Guimond, affirme qu'en règle générale, un traumatisme grave à la colonne est habituellement accompagné d'un choc spinal qui rend le patient totalement immobile de façon temporaire. Selon l'appellant, comme le dossier médical ne permet pas de conclure à l'existence d'un état d'immobilité temporaire, il n'y a pas eu de choc spinal. Comme il n'y a pas eu de choc spinal, le dommage neurologique n'a pas été causé de façon irrémédiable au moment de l'accident.

Counsel for the respondent argued that the absence of spinal shock was not inconsistent with a severe but partial medullary lesion causing paraparesis. The expert evidence, notably that of Dr. Jodoin and Dr. Séguin which remained uncontradicted in this respect, supports the respondent's position.

The significance, if any, of the absence of spinal shock is a matter of fact which has to be appreciated in the context of all of the evidence. Despite the cogent argument advanced by the appellant on this issue, the evidence relating to spinal shock is inconclusive, and does not justify overlooking all the evidence that points in the other direction.

There was ample evidence that all of the damage suffered was caused by the accident and that there was no aggravation or independent damage caused by the faults of the respondent. The profusely bleeding and life-threatening open wounds on the legs, the fractures at the T8 vertebra and the ninth rib, the tearing of all but one of the ligaments attaching the vertebral column to the ribs, the bleeding head wounds and brain concussion, and the partial memory loss all speak to the extreme violence of the appellant being hit by a car travelling at 90 km/h. It is also important to keep in mind that the appellant was an Olympic-level wrestler whose muscular structure was exceptionally strong, as evidenced by the infliction of an extremely unusual injury rather than a complete and fatal fracture of the spine.

Most of the appellant's experts conceded that the accident did cause at least some harm. Dr. Guimond considered the second operation as the most probable cause of the vertebral subluxation since the appellant's toes were still moving after the first operation. Dr. Guimond and the appellant's other experts did not consider the progressive mobilization permitted after the second operation to be a causal factor. Dr. Guimond apportioned the causation as 25 percent due to the accident and 75 percent due to the respondent's faults because the toes were moving upon arrival and there was no spinal shock. Dr. Bouvier also considered the turning over

L'avocat de l'intimé prétend que l'absence de choc spinal n'est pas incompatible avec l'existence d'une lésion médullaire grave mais partielle causant la paraparesie. Les témoignages d'experts, notamment les D<sup>rs</sup> Jodoin et Séguin, n'ont pas été contredits sur ce point et appuient la position de l'intimé.

L'importance, s'il en est, de l'absence de choc spinal est une question de fait qui doit être appréciée à la lumière de l'ensemble de la preuve. Malgré l'argument bien structuré de l'appellant sur ce point, la preuve relative au choc spinal n'est pas concluante et ne permet pas de faire abstraction de l'ensemble de la preuve qui appuie la position contraire.

Il y avait une preuve importante indiquant que tout le préjudice subi avait été causé par l'accident et que les fautes de l'intimé n'avaient causé aucune aggravation ni aucun préjudice indépendant. Les blessures ouvertes aux deux jambes, qui saignaient abondamment et mettaient la vie de l'appellant en danger, les fractures à la vertèbre D8 et à la neuvième côte, le déchirement de tous les ligaments, sauf un, attachant la colonne vertébrale aux côtes, les blessures saignantes à la tête et la commotion cérébrale, ainsi que l'amnésie partielle traduisent tous la violence extrême de l'impact lorsque l'appellant a été heurté par une voiture roulant à 90 km/h. Il est aussi important de rappeler que l'appellant, qui était un lutteur de niveau olympique, avait une structure musculaire exceptionnellement forte, comme le prouve la blessure extrêmement inhabituelle qu'il a subie au lieu d'une fracture fatale et complète de la colonne.

La plupart des experts de l'appellant ont reconnu que l'accident a causé au moins un certain préjudice. Le D<sup>r</sup> Guimond considère la deuxième opération comme la cause la plus probable de la subluxation vertébrale puisque les orteils de l'appellant bougeaient encore après la première opération. Le D<sup>r</sup> Guimond et les autres experts de l'appellant ne considèrent pas la mobilisation progressive autorisée après la deuxième opération comme un facteur de causalité. Le D<sup>r</sup> Guimond répartit la causalité entre l'accident pour 25 p. 100 et pour 75 p. 100 les fautes de l'intimé parce que les orteils de l'appellant bougeaient à son arrivée à l'hôpital et qu'il n'y avait

94

95

96

97

of the appellant, and the rubbing and baths given to the appellant between the two operations as causal elements of the paraparesis. However, to do so he relied on the respondent's written note upon the appellant's arrival in emergency that the neurovascular exam was all right, despite the fact that the respondent testified that "neurovasc" was simply a shorthand manner of saying "vascular". The limited neurological examination cannot be taken to mean that there was no neurological problem until the second operation. Dr. Guimond did not justify his apportionment of causation. It is inconsistent with the fact that the accident was far more violent than the subsequent movements during the hospitalization, more specifically the second operation.

pas eu de choc spinal. Le D<sup>r</sup> Bouvier considère également que le fait d'avoir tourné l'appellant dans son lit et celui de l'avoir frictionné et baigné entre les deux opérations étaient des éléments de causalité de la paraparesie. Cependant, pour arriver à cette conclusion, il se fie aux notes consignées par l'intimé lors de l'admission de l'appellant à l'urgence, selon lesquelles l'examen neurovasculaire était satisfaisant, alors que l'intimé a témoigné que « neurovasc » était seulement une façon abrégée d'écrire « vasculaire ». On ne peut conclure de cet examen neurologique limité qu'il n'existait pas de problème neurologique jusqu'à la deuxième opération. Le D<sup>r</sup> Guimond n'a pas justifié sa répartition de la causalité. Elle est incompatible avec le fait que l'accident a été beaucoup plus violent que les mouvements faits ultérieurement au cours de l'hospitalisation, plus précisément la deuxième opération.

98

Causation here is a question of fact. There seems to be some confusion as to whether this element in the analysis of civil liability is a question of fact or a question of mixed law and fact. Baudouin and Deslauriers, *supra*, at p. 348, observe that the Quebec Court of Appeal has a tendency to characterize the issue as one of fact and leaves the determination to the sovereign appreciation of the trial judge. However, they also say that this Court in *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570, considered the matter to be a question of law. While there is nothing explicit to that effect in *Morin*, *supra*, Beetz J. did seem to be aware of the need to justify intervention since he said, at p. 578, that "the determination of a causal relation between one or more facts evincing fault and the damage presupposes a choice, an appraisal and a characterization of the facts". He then cited *Hébert v. Lamothe*, [1974] S.C.R. 1181, as an example of how "this Court did not hesitate to intervene and divide the liability between the two drivers". The issue was one of the points of contention between the majority judgment and the dissenting opinion of Ritchie and de Grandpré JJ., where de Grandpré J. said, at p. 574, that he found nothing "clearly erroneous" in the judgment of the Court of Appeal, citing *Dorval*, *supra*, as well as *Pelletier*, *supra*, where this Court held that it could only intervene in the judgment of the Court of Appeal on questions of inference (whether the defendant's

La causalité en l'espèce est une question de fait. Il semble exister une certaine confusion quant à savoir si cet élément de l'analyse de la responsabilité civile est une question de fait ou une question mixte de droit et de fait. Baudouin et Deslauriers, *op. cit.*, p. 348, font remarquer que la Cour d'appel du Québec a tendance à la qualifier de question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge de première instance. Cependant ils disent aussi que notre Cour, dans *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, a considéré qu'il s'agissait d'une question de droit. Bien qu'il n'y ait rien d'explicite en ce sens dans *Morin*, le juge Beetz paraît conscient de la nécessité de justifier une intervention quand il affirme, à la p. 578, que : « la détermination d'un rapport de causalité entre un ou plusieurs faits fautifs et le dommage suppose une sélection, une appréciation et une qualification des faits prouvés ». Il cite ensuite *Hébert c. Lamothe*, [1974] R.C.S. 1181, pour illustrer que « cette Cour n'a pas hésité à intervenir et à partager la responsabilité entre les deux conducteurs ». Cette question était un des points de désaccord entre les juges majoritaires et les juges Ritchie et de Grandpré dissidents; le juge de Grandpré était d'avis (à la p. 574) qu'il n'y avait rien de « clairement erroné » dans le jugement de la Cour d'appel, citant à l'appui *Dorval*, précité, et *Pelletier*, précité, dans lesquels notre Cour a jugé ne pouvoir intervenir dans

employee was in the performance of his duties) if it was clearly satisfied that an error had occurred.

It is important to note that this Court in *Morin, supra*, sought to correct an approach by the Quebec Court of Appeal where the latter “appeared to see no choice except between two mutually exclusive hypotheses, namely respondent’s fault or appellant’s fault” (p. 578). The Court also laid down a legal principle for a particular circumstance in which a presumption of causation can be made (pp. 579-80).

The Quebec Court of Appeal in *Bonenfant v. O.T.J. de la Rédemption*, [1994] R.R.A. 225, at p. 227, cited *Morin, supra*, as authority for the proposition that it can intervene on a question of causation since it is an issue [TRANSLATION] “where the facts and the law intersect, a question of characterization”. I have stated above the peculiarity of the *Morin* judgment.

V. Karim, *Commentaires sur les obligations* (1997), vol. 1, at p. 271, supports this characterization of causation as a question of mixed law and fact. He says that the intervention of an appellate court is justified when

[TRANSLATION] the trier of fact does not give reasons for his or her decision in justifying the application of the law to the facts. The same applies when the trial court’s decision does not conform to the evidence adduced, or its conclusions as to the existence of causation cannot be reconciled with the established facts.

It is true that the reasons Karim lists are grounds for intervention by an appellate court. However, not giving reasons for a decision, not making the decision conform to the proven facts, and not having conclusions that are reconcilable with the established facts have nothing to do with the nature of the causation inquiry *per se*. They are general grounds for appellate intervention.

The confusion on this issue perhaps stems from an inability to distinguish between cause in the pure physical sense and cause as it is cognizable in

le jugement de la Cour d’appel que relativement à des inférences (déterminer si l’employé du défendeur était dans l’exercice de ses fonctions) si elle était clairement convaincue qu’il y avait eu une erreur.

Il importe de signaler que, dans *Morin*, la Cour cherchait à rectifier la démarche suivie par la Cour d’appel du Québec qui ne « par[aisait] voir de choix qu’entre deux hypothèses mutuellement exclusives l’une de l’autre, la faute de l’intimé ou bien la faute de l’appelant » (p. 578). La Cour a aussi formulé un principe juridique pour un cas précis dans lequel on peut présumer un rapport de causalité (p. 579-580).

Dans *Bonenfant c. O.T.J. de la Rédemption*, [1994] R.R.A. 225, p. 227, la Cour d’appel du Québec cite *Morin* pour étayer la proposition selon laquelle elle peut intervenir sur la question de la causalité puisque c’est une question « où se recoupent les faits et le droit, une question de qualification ». J’ai déjà parlé de la particularité de l’arrêt *Morin*.

V. Karim, dans *Commentaires sur les obligations* (1997), vol. 1, p. 271, appuie la qualification du lien de causalité comme question de droit et de fait et dit qu’une cour d’appel est justifiée d’intervenir lorsque

le juge du fond ne motive pas sa décision en justifiant l’application de la règle de droit aux faits. Il en est de même lorsque la décision de la Cour de première instance n’est pas conforme à la preuve qui a été faite, ou que ses conclusions quant à l’existence du lien de causalité sont inconciliables avec les faits établis.

Il est vrai que les motifs énumérés par Karim sont des motifs d’intervention d’une cour d’appel. Cependant, le fait pour un juge de ne pas motiver une décision, de ne pas rendre une décision conforme à la preuve ou de tirer des conclusions inconciliables avec les faits établis n’a rien à voir avec la nature propre de l’examen de la causalité. Ce sont des motifs généraux d’intervention en appel.

La confusion qui entoure cette question découle peut-être d’une difficulté à distinguer la causalité au sens purement physique et la causalité susceptible

99

100

101

102

103

law. The latter is a question of law only insofar as we are looking at facts through the lens of the law. However, the inconsequentiality of this observation is made obvious by the truth that everything in judicial decision making is looked at through the lens of the law. This does not make everything a question of law. For example, even questions of pure fact like whether a person was present in a certain place, or whether a person committed a certain act are determined according to the probability of that being so (or according to certainty beyond a reasonable doubt in the criminal domain). This use of the legal rule of evidence of proof on a balance of probabilities to ascertain facts does not transform the question of fact into one of law.

104 In the determination of fault one applies norms of behaviour required by law to a set of facts. This obviously makes the question one of mixed law and fact. In contrast, in the determination of causation one is inquiring into whether something happened between the fault and the damage suffered so as to link the two. That link must be legally significant in an evidentiary sense, but it is rendered no less a question of fact.

105 The difficulty on this point may also arise from the fact that the analysis of causation sometimes depends on presumptions that can be drawn. However, as indicated by the legislator in the *Civil Code of Québec* in making “Presumptions” a chapter in the title on proof, and as L’Heureux-Dubé J. discussed in *Quebec (Public Curator)*, *supra*, at para. 47, these too are means of proof and so are properly within the realm of fact.

106 I am not clearly satisfied that the Court of Appeal committed an error in its interpretation of the evidence and its conclusion that given the initial harm caused by the accident, no causation can be attributed to the respondent’s faults. The court found that while an early immobilization and a diminution of the oedema in the spinal cord offered chances of recuperation that were more than simple

d’être reconnue en droit. Cette dernière est une question de droit seulement dans la mesure où les faits sont examinés selon leur portée juridique. Cependant, la banalité de cette observation est évidente car, dans les instances judiciaires, tout est examiné selon la portée juridique. Cela ne veut pas dire pour autant que tout est une question de droit. Par exemple, même des questions purement factuelles, comme celles de savoir si une personne était présente à un certain endroit ou celles de savoir si une personne a commis un acte donné, sont tranchées suivant les probabilités (ou suivant une certitude hors de tout doute raisonnable en matière pénale). L’utilisation de la règle juridique de la prépondérance des probabilités dans l’appréciation des faits ne transforme pas la question de fait en une question de droit.

L’attribution d’une faute comporte l’application à un ensemble de faits des normes de comportement prescrites par des règles de droit. Cela en fait évidemment une question mixte de droit et de fait. Par contre, dans la détermination de la causalité, on examine si quelque chose s’est produit entre la faute et le préjudice subi qui puisse établir un lien entre les deux. Ce lien doit être juridiquement important au niveau de la preuve, mais il ne s’agit pas moins d’une question de fait.

La difficulté à cet égard peut aussi découler du fait que l’analyse de la causalité se fonde parfois sur des présomptions. Cependant, comme le législateur l’indique dans le *Code civil du Québec* en leur réservant un chapitre intitulé « De la présomption » dans le titre consacré à la preuve, et comme le fait ressortir le juge L’Heureux-Dubé dans *Québec (Curateur public)*, précité, par. 47, les présomptions sont des moyens de preuve parmi d’autres et relèvent à bon droit du domaine des faits.

Je ne suis pas bien convaincu que la Cour d’appel a commis une erreur dans l’interprétation de la preuve et en concluant que, compte tenu du préjudice initial causé par l’accident, la causalité ne peut être attachée aux fautes de l’intimé. La Cour d’appel conclut qu’une immobilisation précoce et une diminution de l’œdème dans la moelle épinière offraient des chances de rétablissement qui étaient plus que

possibilities, these were not significant enough given the magnitude of the initial harm caused by the accident. The court here touched upon the likelihood of the treatment preventing recuperation. It concluded that the treatment administered by the respondent did not cause the harm suffered. By saying [TRANSLATION] “more than simple possibilities” and [TRANSLATION] “not significant enough”, the Court of Appeal basically found the likelihood of an early immobilization leading to recuperation to be somewhere on the spectrum in between the poles of possibility and probability: greater than the realm of what is merely possible but still not enough to meet the threshold of probability. The initial harm of the accident simply outweighed any kind of effect the faulty treatment might have had, to the point where it cannot be said on a probabilistic basis that the faulty treatment had any causal effect. It is worth repeating the traditional principle set out in *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541, at pp. 608-9, where I found that causation must be established on a balance of probabilities and that the loss of a mere chance cannot be a compensable harm. Accordingly, the chances of recuperation in this case were not significant enough on a balance of probabilities to establish that the faulty treatment caused the harm suffered.

#### F. *Presumptions and Burden of Proof*

The appellant strenuously argued for a presumption of causation and a reversal of the burden of proof in this case. He posited that since the respondent created a risk and that the harm subsequently occurred within the ambit of the risk created, there should be either a reversal of the burden of proof or a presumption of causation. He also argued that he was deprived of some important means of proof because more tests were not done, and therefore there should be a reversal of the burden of proof onto the respondent to show that his fault did not cause the damage.

There are two concepts here that must be disentangled. First, there is the evidentiary tool of presumptions. Second, there is an allocation of

de simples possibilités, mais qu’elles n’étaient pas suffisamment importantes compte tenu de l’ampleur du préjudice initial causé par l’accident. La Cour d’appel touchait là la question de la probabilité que le traitement ait empêché le rétablissement. Elle conclut que le traitement prescrit par l’intimé n’a pas causé le préjudice subi. En utilisant les expressions « plus que de simples possibilités » et « pas assez significatives », la Cour d’appel conclut fondamentalement que la notion qu’une immobilisation précoce aurait permis un rétablissement se situait quelque part dans la gamme allant de la possibilité à la probabilité : la notion dépassait le domaine du simplement possible, mais n’atteignait pas le seuil de la probabilité. Le préjudice initial de l’accident l’emporte simplement sur tout effet que les soins fautifs auraient pu avoir, au point qu’on ne peut pas dire sur la base des probabilités que le traitement fautif a eu un effet causal. Il y a lieu de répéter le principe traditionnel formulé dans *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, p. 608-609, où je conclus que la causalité doit être établie selon la prépondérance des probabilités et que la perte d’une simple chance ne peut constituer un préjudice indemnifiable. En conséquence, les chances de rétablissement en l’espèce n’étaient pas, selon la prépondérance des probabilités, suffisamment importantes pour établir que le traitement fautif avait causé le préjudice subi.

#### F. *Présomptions et fardeau de preuve*

L’appellant plaide qu’il y a lieu à une présomption de causalité et un renversement du fardeau de la preuve en l’espèce. Il soutient que, puisque l’intimé a créé un risque et que le préjudice est survenu ultérieurement dans le cadre du risque créé, il devrait y avoir renversement du fardeau de la preuve ou application d’une présomption de causalité. Il avance aussi qu’il a été privé de certains moyens de preuve importants puisqu’il n’y a pas eu plus d’examen et qu’en conséquence, il y a lieu de renverser le fardeau de la preuve de façon que l’intimé soit obligé de démontrer que sa faute n’a pas causé le préjudice.

Il y a là deux concepts à distinguer : premièrement, le moyen de preuve que sont les présomptions et, deuxièmement, l’imputation de responsabilité

107

108

liability on defendants where there is an impossibility in proving causation between the specific fault and the damage. I will deal with these in turn.

109 The law of presumptions in the case at bar has its source in arts. 2846, 2847 and 2849 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”), as well as arts. 1238 and 1242 of the *Civil Code of Lower Canada*. Since the law of presumptions has to do with proof, the new articles are applicable to this pre-C.C.Q. case by virtue of s. 9 of *An Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*. As mentioned above, there has been no change in the law on this matter in the transition from the old code to the new one, except that the C.C.Q. has codified the judicial specifications of the kind of presumptions that can be taken into account.

110 Presumptions of fact can establish both fault as well as causation. D. Jutras, “Expertise scientifique et causalité”, in *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1992), 897, at fn. 24, has observed, [TRANSLATION] “Presumptions of fact serve to establish, sometimes simultaneously, fault and causation.”

111 On the matter of presumptions and burden of proof, Baudouin and Deslauriers, *supra*, at pp. 358-59, say:

[TRANSLATION] . . . in medical matters, presumptions of fact sometimes result in a reversal of the burden of proving either fault or a causal link between the action in question and the damage sustained.

J.-C. Royer, *La preuve civile* (2nd ed. 1995), at p. 518, is more specific in saying:

[TRANSLATION] This constitutes a reversal of the evidentiary burden, since a presumption of fact does not alter the general principle of article 2803 of the *Civil Code of Québec* and, consequently, cannot reverse the burden of proof.

Royer says that in order to avoid the confusion of terminology regarding burdens of proof, authors and case law have preferred to use “unfavourable inference” against the defendant rather than a reversal of the burden of proof. One of the cases cited is *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at p. 330, which of

aux défendeurs dans les cas où il est impossible d’établir le lien de causalité entre la faute et le préjudice. Je les examine à tour de rôle.

En l’espèce, le droit des présomptions procède des art. 2846, 2847 et 2849 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») ainsi que des art. 1238 et 1242 du *Code civil du Bas Canada*. Puisque le droit des présomptions a trait à la preuve, les nouvelles dispositions sont, en vertu l’art. 9 de la *Loi sur l’application de la réforme du Code civil*, applicables à la présente affaire qui a pris naissance avant l’entrée en vigueur du C.c.Q. Comme je l’indique plus haut, le droit n’a pas changé sur cette question au cours de la transition entre l’ancien et le nouveau code, à l’exception du fait que le C.c.Q. a codifié les précisions apportées par la jurisprudence sur le type de présomptions dont on peut tenir compte.

Les présomptions de fait peuvent établir tant la faute que le lien de causalité. D. Jutras, « Expertise scientifique et causalité », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1992), 897, note 24, affirme : « Les présomptions de fait servent à établir, parfois simultanément, la faute et le lien de causalité. »

Sur la question des présomptions et du fardeau de preuve, Baudouin et Deslauriers, *op. cit.*, p. 358-359, affirment :

. . . en matières médicales, l’application des présomptions de fait opère parfois renversement du fardeau de prouver tantôt la faute, tantôt l’existence du lien de causalité entre l’acte reproché et le dommage subi.

J.-C. Royer, *La preuve civile* (2<sup>e</sup> éd. 1995), p. 518, précise :

Il s’agit d’un déplacement du fardeau de présentation, puisque l’existence d’une présomption de fait ne change pas le principe général de l’article 2803 du *Code civil du Québec* et, par conséquent, ne peut déplacer le fardeau de persuasion.

Selon Royer, pour éviter la confusion terminologique en matière de fardeau de preuve, les auteurs et la jurisprudence ont préféré utiliser une « inférence défavorable » contre le défendeur plutôt qu’un renversement du fardeau de la preuve. Un des exemples cités est *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311,

course expresses greater comfort with use of the term “inference” rather than “reversal of burden”.

The *C.C.Q.* itself alludes to this inference or reversal of the evidentiary burden in art. 2847 where it says that a simple presumption may be rebutted by proof to the contrary. Jutras, *supra*, at fn. 24, accurately discusses the consequence of this reversal for the defendant: [TRANSLATION] “The defendant may rebut the presumption by showing that the occurrence of the harm is just as consistent with a lack of fault as with the existence of fault.” Nevertheless, the legal burden of proof remains on the plaintiff.

As for the conditions of the applicability of presumptions in the civil law context, art. 2849 makes it clear that only serious, precise, and concordant presumptions are to be taken into consideration. Failing the satisfaction of these criteria, the plaintiff must actually establish the unknown fact rather than the trier of fact being permitted to draw an inference from the known fact to the unknown fact.

I am not clearly satisfied that the Court of Appeal made an error in its decision not to apply presumptions of causation in favour of the appellant. L’Heureux-Dubé J. in *Quebec (Public Curator)*, *supra*, at para. 47, said that presumptions of fact were a method of proof among others. Although she was addressing a case where the lower court judge had made presumptions of fact, her comments regarding non-intervention are equally applicable where the lower court chooses not to make presumptions. The refusal to make presumptions is as much an evidentiary decision as is any other acceptance or non-acceptance of methods of proof.

There was evidentiary material for the appellant to make his case: the initial x-rays, the doctors’ notes, the nurses’ notes, his friend Jocelyn Richard’s observations, and the subsequent tests. Article 2849 *C.C.Q.* provides that only serious, precise, and concordant presumptions are to be taken into consideration. These criteria were not fulfilled in this case. The evidence pointed in different and sometimes

p. 330, qui exprime une préférence pour le terme « inférence » par rapport à « déplacement du fardeau de preuve ».

Le *C.c.Q.* lui-même évoque une telle inférence ou renversement du fardeau de preuve à l’art. 2847 lorsqu’il précise qu’une présomption simple peut être repoussée par une preuve contraire. Jutras, *loc. cit.*, note 24, fait une analyse exacte des conséquences du renversement de la charge de preuve pour le défendeur : « Le défendeur peut la renverser en montrant que la survenance du préjudice est tout aussi compatible avec l’absence de faute qu’avec l’existence d’une faute. » Néanmoins, le fardeau ultime de la preuve continue d’incomber au demandeur.

Quant aux conditions d’applicabilité des présomptions dans le contexte du droit civil, l’art. 2849 établit clairement qu’il ne faut prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes. À défaut, il incombe au demandeur d’établir effectivement le fait inconnu sans qu’il soit permis au juge des faits de tirer une inférence d’un fait connu à un fait inconnu.

Je ne suis pas bien convaincu que la Cour d’appel a fait erreur en décidant de ne pas appliquer de présomptions de causalité en faveur de l’appelant. Dans *Québec (Curateur public)*, précité, le juge L’Heureux-Dubé affirme, au par. 47, que les présomptions de fait sont un moyen de preuve parmi d’autres. Même s’il s’agissait d’une affaire dans laquelle le juge de première instance avait tiré des présomptions de fait, ses commentaires sur la non-intervention sont tout aussi pertinents lorsque le juge de première instance décide de ne pas faire de présomptions. Le refus de tirer des présomptions est autant une décision sur la preuve que tout autre acceptation ou refus de moyens de preuve.

L’appelant avait des éléments de preuve à l’appui de sa demande : les radiographies initiales, les notes des médecins, les notes des infirmières, les observations de son ami Jocelyn Richard et les examens subséquents. L’article 2849 *C.c.Q.* prévoit que le tribunal ne doit prendre en considération que les présomptions qui sont graves, précises et concordantes. Ces conditions ne sont pas remplies en

112

113

114

115

opposite directions. Jutras, *supra*, at fn. 24, is correct in saying: [TRANSLATION] “In cases where the expert evidence is disputed . . . , presumptions of fact are therefore of little use, since it will not be sufficient to assert that the fault is one of the possible causes.”

116 The Court of Appeal appropriately said that it is insufficient to show that the defendant created a risk of harm and that the harm subsequently occurred within the ambit of the risk created. To the extent that such a notion is a separate means of proof with a less stringent standard to satisfy, *Snell, supra*, and definitely *Laferrière, supra*, should have put an end to such attempts at circumventing the traditional rules of proof on the balance of probabilities. There may be a misapprehension of what I said in *Laferrière, supra*, at p. 609: “In some cases, where a fault presents a clear danger and where such a danger materializes, it may be reasonable to presume a causal link, unless there is a demonstration or indication to the contrary” (emphasis added). This is merely a reiteration of the traditional approach on presumptions, and does not create another means of proof in Quebec civil law in the establishment of the causal link. The Court of Appeal correctly interpreted this passage as pertaining to presumptions within the traditional rules of causation.

117 I have dealt with the law of presumptions and how it relates to the burden of proof. The second concept I wish to deal with is the impossibility of proving causation and the allocation of liability.

118 The appellant cited art. 1480 *C.C.Q.* in his discussion of establishing the causal link. This article imposes solidary liability on defendants where they have jointly committed a wrong causing an injury or where each has committed a separate fault, one of which may have caused the injury. For this article to operate, it is necessary for the plaintiff to show an impossibility to determine the causal connection between the damage suffered and the specific culprit. The classic scenario is one where hunters

l’espèce. La preuve pointe dans des directions différentes et parfois opposées. Jutras, *loc. cit.*, note 24, a raison de dire : « Dans les cas où la preuve par expert est controversée [. . .], les présomptions de fait sont donc de peu d’utilité, puisqu’il ne suffira pas d’affirmer que la faute est l’une des causes possibles. »

La Cour d’appel déclare à bon droit qu’il ne suffit pas de montrer que le défendeur a créé un risque de préjudice et que le préjudice s’est ensuite réalisé dans l’aire de risque ainsi créée. Dans la mesure où cette notion est un moyen de preuve distinct comportant une norme moins exigeante à satisfaire, l’arrêt *Snell* et sans aucun doute l’arrêt *Laferrière*, précités, auraient dû mettre fin à ces tentatives de contourner les règles de preuve traditionnelles selon la prépondérance des probabilités. Il se peut que l’on ait mal interprété ce que je dis dans *Laferrière*, p. 609 : « Dans certains cas, lorsqu’une faute comporte un danger manifeste et que ce danger se réalise, il peut être raisonnable de présumer l’existence du lien de causalité, sous réserve d’une démonstration ou d’une indication contraire » (je souligne). Cet énoncé ne fait que répéter la règle traditionnelle applicable aux présomptions, et ne crée pas d’autres moyens de preuve en droit civil québécois relativement à l’établissement d’un lien de causalité. La Cour d’appel a eu raison de considérer que cet extrait avait trait aux présomptions dans le cadre des règles traditionnelles de causalité.

J’ai examiné le droit des présomptions et la façon dont il se rattache au fardeau de preuve. Le second concept que je veux examiner est celui de l’impossibilité de prouver la causalité et l’imputation de la responsabilité.

L’appellant cite l’art. 1480 *C.c.Q.* dans son argumentation sur le lien de causalité. Selon cet article, lorsqu’ils ont participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice ou qu’ils ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d’avoir causé le préjudice, les défendeurs sont tenus solidairement à la réparation du préjudice. Pour que cet article s’applique, le demandeur doit démontrer qu’il est impossible d’établir le lien de causalité entre le préjudice subi et un

simultaneously fire their guns, injuring the plaintiff. This was in fact the situation in cases such as *Labelle v. Charette*, [1960] Que. Q.B. 770, and *Massignani v. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541 (C.A.), as well as the common-law case of *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, where this Court ruled that if the defendants' own wrongdoing prevents the plaintiff from making the necessary causal connection to the specific author of the wrong, liability is to be attributed collectively so as to avoid the injustice of leaving the victim with no recourse. (See also A. Mayrand, "L'énigme des fautes simultanées" (1958), 18 *R. du B.* 1, and Baudouin and Deslauriers, *supra*, at pp. 348 and 370-71, for the doctrinal discussion of the matter.) It is in cases such as these that there is a true reversal of the burden of proof, but not on the issue of causation between fault and damages, but rather on the particular issue of linking the damage to the particular author of the delict.

I agree with Morin J. in *Stéfanik v. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [1997] R.J.Q. 1332, at pp. 1354-55, that art. 1480 *C.C.Q.* is about the modalities of liability rather than a question of proof, and thus the article is not applicable to situations arising before the advent of the *Civil Code of Québec*. Morin J. correctly stated though that this was not of great significance since art. 1480 merely enshrined the rule set out by the case law, some examples of which I have given above.

There is no reason to apply this rule in favour of the appellant. It should only be applied in cases where there is a true impossibility to determine the author of the delict. There was no such impossibility here: either it was the car accident, or the respondent, or a combination of both in certain proportions.

#### VII. Disposition

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal without costs.

auteur particulier. Le scénario classique est celui où des chasseurs font feu simultanément et blessent le demandeur. C'était le cas dans *Labelle c. Charette*, [1960] B.R. 770, et *Massignani c. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541 (C.A.), ainsi que dans l'arrêt de common law *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, dans lequel notre Cour juge que si la faute même des défendeurs empêche le demandeur d'établir le lien de causalité nécessaire avec l'auteur particulier de la faute, il y aura imputation d'une responsabilité collective car il serait injuste de laisser la victime sans recours. (Voir aussi A. Mayrand, « L'énigme des fautes simultanées » (1958), 18 *R. du B.* 1, et Baudouin et Deslauriers, *op. cit.*, p. 348 et 370-371, pour une analyse doctrinale de la question.) C'est dans des cas comme ceux-ci qu'il y a un véritable renversement du fardeau de la preuve, non pas sur la question du lien de causalité entre la faute et le préjudice, mais plutôt sur la question précise du lien entre le préjudice et l'auteur particulier du délit.

Je suis d'accord avec le juge Morin dans *Stéfanik c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [1997] R.J.Q. 1332, p. 1354-1355, lorsqu'il dit que l'art. 1480 *C.c.Q.* porte sur les modalités de la responsabilité civile plutôt que sur la preuve; en conséquence, cet article n'est pas applicable aux situations ayant pris naissance avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Le juge Morin mentionne à bon droit cependant que cela n'a pas beaucoup d'importance puisque l'art. 1480 a tout simplement codifié la règle formulée par la jurisprudence, dont je donne quelques exemples ci-dessus.

Il n'y a aucune raison d'appliquer cette règle en faveur de l'appelant. Elle ne devrait s'appliquer que dans les cas où il est véritablement impossible de déterminer l'auteur du délit. Ce n'est pas le cas en l'espèce : le préjudice est imputable à l'accident ou à l'intimé, ou encore à une combinaison des deux, selon certaines proportions.

#### VII. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans frais.

119

120

121

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Frédéric St-Jean,  
Ste-Foy.*

*Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault,  
Montréal.*

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant : Frédéric St-Jean,  
Ste-Foy.*

*Procureurs de l'intimé : McCarthy Tétrault,  
Montréal.*