

**John Reibl (Plaintiff) Appellant;**

and

**Robert A. Hughes (Defendant) Respondent.**

1980: June 5; 1980: October 7.

Present: Laskin C.J. and Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Battery — Consent — Disclosure — Endarterectomy to reduce risk of later stroke — Risk of stroke or death during or in aftermath of surgery — Stroke suffered causing paralysis — No disclosure save for advice that possibility of stroke greater without operation — Whether or not consent valid — Whether or not battery.*

*Physicians and surgeons — Negligence — Duty of care — Disclosure — Causation — Endarterectomy to reduce risk of stroke — Risk of stroke or death during or in aftermath of surgery — Stroke suffered causing paralysis — No disclosure save for advice that possibility of stroke greater without operation — Respondent aware of appellant's concern about the vesting of his pension — Whether or not respondent negligent.*

While or immediately after undergoing serious but competently performed surgery, Reibl suffered a massive stroke causing paralysis on the right side of the body and impotence. Stroke, paralysis, or even death, were among the risks attending both this surgery or its aftermath and the patient's refusal to undergo the operation. In answering the patient's query about the possibility of stroke, the surgeon did not inform him of his chance of being paralyzed during or shortly after the operation but stressed that the chances of paralysis were greater if the patient did not undergo surgery. The patient testified that he would have foregone this elective surgery until a lifetime retirement pension had vested in a year and a half, and would have opted for a shorter, normal life rather than a longer one as a cripple. The nature of the information provided by the respondent surgeon and its adequacy in the circumstances were central to the matters considered by the Court.

Reibl, at trial, recovered damages in both battery and negligence, despite his formal consent to the surgery, on the ground that his was not an "informed consent"; he had claimed that he had not been informed of stroke and paralysis as a result of the operation. The Ontario Court

**John Reibl (Demandeur) Appellant;**

et

**Robert A. Hughes (Défendeur) Intimé.**

1980: 5 juin; 1980: 7 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

*Voies de fait — Consentement — Divulgence — Endartériectomie pour réduire le risque d'attaque ultérieure — Risque d'attaque ou de décès pendant ou après l'opération — Attaque causant la paralysie — Aucune divulgation sauf l'avis que le risque d'attaque est supérieur à défaut d'opérer — Consentement valide ou non — Voies de fait ou non.*

*Médecins et chirurgiens — Négligence — Obligation de diligence — Divulgence — Causalité — Endartériectomie pour réduire le risque d'attaque — Risque d'attaque ou de décès pendant ou après l'opération — Attaque causant la paralysie — Aucune divulgation sauf l'avis que le risque d'attaque est supérieur à défaut d'opérer — Intimé conscient de l'inquiétude de l'appellant au sujet de son droit à une pension — Négligence ou non de l'intimé.*

Pendant ou immédiatement après une opération grave mais pratiquée selon les règles de l'art, Reibl a été victime d'un accident cérébro-vasculaire qui l'a laissé paralysé du côté droit et invalide. Le risque d'un accident cérébro-vasculaire, d'une paralysie et même de la mort était présent à la fois pendant l'opération ou après et si le patient refusait de la subir. En répondant aux questions du patient sur le risque d'accident cérébro-vasculaire, le chirurgien ne l'a pas informé des risques de paralysie durant ou après l'opération, mais a souligné que le risque de paralysie était plus grand si le patient ne subissait pas l'opération. En témoignage, le patient a déclaré qu'il aurait renoncé à cette opération facultative jusqu'à ce qu'il ait acquis un droit à une pension à vie un an et demi plus tard, et aurait choisi une vie plus courte et normale de préférence à une vie plus longue d'invalide. La nature des renseignements donnés par le chirurgien intimé et leur suffisance dans les circonstances vont au cœur des questions considérées par la Cour.

En première instance, Reibl a reçu des dommages-intérêts pour voies de fait et négligence malgré son consentement formel à l'opération, parce que son consentement n'était pas un «consentement éclairé»; il a fait valoir qu'il n'avait pas été informé des risques d'accident

of Appeal ordered a new trial on both liability and damages but ruled out battery as a possible ground of liability. Only liability was disputed before this Court. Defendant respondent sought both to hold the judgment in appeal and to vary it by dismissal. The time elapsed since the physical damage was suffered made a new trial undesirable.

*Held:* The appeal should be allowed.

In the absence of good reasons to order a new trial on liability alone, the proper course was either to restore the judgment at trial on either or both grounds upon which it proceeded or to relieve the defendant respondent of his liability.

The popularization of the term "informed consent" for what was, in essence, a duty of disclosure of certain risks or therapy influenced the retention of battery as a ground of liability, even where there was express consent which was not exceeded. The distinction between situations where a failure of duty of disclosure would support an action of battery and where such failure was indicative of negligence alone was, however, not only difficult to apply but also incompatible with the elements of the cause of action in battery. Such actions, in respect of surgical or other medical treatment, should be confined to those cases where surgery or treatment had been performed or given without any consent or, emergency situations aside, beyond the consent given. This standard comprehended cases where there was misrepresentation of the surgery or treatment for which consent was elicited and a different surgical procedure or treatment was carried out. In situations where it was alleged that attendant risks that should have been disclosed were not communicated to the patient and yet the surgery or other medical treatment carried out was that to which the plaintiff consented (assuming no basis of liability on the ground of negligence), the consent was not vitiated by the failure of disclosure so as to make the surgery or other treatment an unprivileged, unconsented to and intentional invasion of the patient's bodily integrity. In spite of the temptation to say that the genuineness of consent to medical treatment depended on proper disclosure of the risks which it entailed, unless there had been misrepresentation or fraud to secure consent to the treatment, a failure to disclose the attendant risks,

cérébro-vasculaire ou de paralysie résultant de l'opération. La Cour d'appel de l'Ontario a ordonné un nouveau procès tant sur la responsabilité que sur les dommages-intérêts, mais a écarté les voies de fait comme fondement possible de la responsabilité. La responsabilité est la seule question en litige devant cette Cour. Le défendeur intimé cherche à faire confirmer le jugement attaqué et à le faire modifier par le rejet de l'action. Vu le temps écoulé depuis que les dommages corporels sont survenus, un nouveau procès devient indésirable.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

En l'absence de bonnes raisons pour ordonner un nouveau procès sur la seule question de la responsabilité, il faut alors décider si l'on doit rétablir le jugement de première instance sur l'un ou l'autre de ses fondements ou sur les deux, ou s'il faut exonérer le défendeur de toute responsabilité.

La vulgarisation de l'expression «consentement éclairé» pour ce qui est, au fond, un devoir de divulguer certains risques de la chirurgie ou de la thérapie joue un rôle dans la reconnaissance des voies de fait comme fondement de la responsabilité, même lorsqu'il y a eu consentement exprès qu'on n'a pas outrepassé. La distinction entre la situation où un manquement au devoir de divulguer appuie une action fondée sur les voies de fait et celle où ce manquement dénote seulement de la négligence est non seulement difficile à appliquer mais également incompatible avec les éléments du droit d'action pour voies de fait. Les actions relatives à une opération ou à un autre traitement médical devraient être limitées aux cas où l'opération a été pratiquée ou le traitement administré sans aucun consentement ou, exception faite des urgences, si l'on est allé au-delà du consentement donné. Cette norme comprendrait les cas où il y a eu une présentation inexacte de l'opération ou du traitement pour lequel un consentement a été obtenu et une intervention chirurgicale ou un traitement différent. Dans les situations où l'on allègue que les risques que comporte l'opération ou le traitement n'ont pas été divulgués au patient alors qu'ils auraient dû l'être, mais que l'opération pratiquée ou le traitement administré est bien ce à quoi le demandeur a consenti (en présumant que la responsabilité ne peut être fondée sur la négligence), l'omission de divulguer ne vicie pas le consentement de sorte que l'opération ou le traitement constitue une atteinte injustifiée, non autorisée et volontaire de l'intégrité physique du patient. Malgré qu'il soit tentant de dire que l'authenticité du consentement à un traitement médical est fonction de la divulgation adéquate des risques qu'il comporte, en l'absence de présentation inexacte ou de fraude pour obtenir le consentement au traitement, l'omission de divulguer les risques que com-

however serious, should go to negligence rather than battery.

When dealing with the standard of disclosure of risks, it would be going too far to say "the manner in which the nature and degree of risk was explained to a particular patient was better left to the judgment of the doctor in dealing with the man before him". To allow expert medical evidence to determine what risks were material and to be disclosed and what risks were not material, would be to hand over to the medical profession the entire question of the duty of disclosure, including whether there was a breach of that duty. Expert medical evidence was, of course, relevant to findings as to risks that resided in or were a result of recommended surgery or other treatment. Testing the standard of disclosure of risks by expert medical evidence was not determinative because the patient could have expressed concerns to the doctor which the doctor would be obliged to meet in a reasonable way. What the doctor knew or should have known that the particular patient deemed relevant to a decision whether or not to undergo prescribed treatment went equally to his duty of disclosure as did the material risks recognized as a matter of required medical knowledge. The materiality of non-disclosure of certain risks to an informed decision was a matter for the trier of fact—a matter on which there would be probably medical evidence but also other evidence from the patient or other member of his family.

On the issue of causation, the Court considered objectively how far the balance in the risks of surgery or no surgery was in favour of undergoing surgery. The failure of proper disclosure pro and con and any special considerations affecting the particular patient became very material. Merely because medical evidence established the reasonableness of a recommended operation did not mean that a reasonable person in the patient's position would necessarily agree to it if proper disclosure had been made of the risks attendant upon it, balanced by those against it. The patient's particular situation and the degree to which the risk of surgery or no surgery were balanced would reduce the force, on objective appraisal, of the surgeon's recommendation. In deciding what decision a reasonable person in the patient's position would have made, the patient's particular position should be considered objectively and not subjectively.

Here, a reasonable person in the plaintiff's position would, on the balance of probabilities, have opted

porte l'opération quelle que soit leur importance, devrait relever de la négligence et non des voies de fait.

Quant à la norme de divulgation des risques, ce serait aller trop loin de dire qu'«il est préférable de laisser à la discrétion du médecin la façon d'expliquer à un patient donné la nature et le degré de risque que comporte l'intervention». Permettre que les témoignages des médecins experts déterminent quels sont les risques importants et, donc, ceux à divulguer et quels risques ne sont pas importants, équivaut à confier à la profession médicale toute la question de la portée du devoir de divulguer, y compris celle de savoir s'il y eut manquement à ce devoir. Bien sûr, les témoignages des médecins experts sont pertinents aux conclusions sur les risques inhérents à l'opération ou autre traitement envisagé, ou qui en résultent. Mettre à l'épreuve des experts médicaux la divulgation des risques n'est pas concluant parce que le patient peut avoir exprimé des inquiétudes au médecin et ce dernier est tenu d'y répondre de façon raisonnable. Le devoir de divulgation du médecin s'applique aussi bien à ce qu'il sait ou devrait savoir qu'un certain patient considère pertinent à la décision de subir ou non le traitement prescrit, qu'aux risques importants que les connaissances médicales requises permettent d'identifier. L'importance de la non-divulgation de certains risques sur le consentement éclairé est une question qui relève de l'arbitre des faits, question sur laquelle il y aura probablement des témoignages de médecins mais également d'autres témoignages, dont celui du patient ou de membres de sa famille.

Sur la question de causalité, la Cour s'est demandé objectivement dans quelle mesure la prépondérance des risques de l'opération sur ceux de l'absence d'opération pèse en faveur de l'intervention chirurgicale. Le défaut de bien divulguer le pour et le contre et toute considération spéciale touchant un patient donné deviennent très pertinents. Ce n'est pas parce que la preuve médicale établit le caractère raisonnable de l'opération envisagée qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient accepterait nécessairement de la subir, si on lui divulguait de façon adéquate les risques que comporte l'opération comparés aux risques de ne pas la subir. La situation particulière du patient et l'équilibre des risques que présente l'opération ou l'absence d'opération réduiraient, dans une évaluation objective, l'effet de la recommandation du chirurgien. En décidant quelle décision aurait prise une personne raisonnable placée dans la situation du patient, la situation particulière du patient doit être considérée objectivement et non subjectivement.

En l'espèce, une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur aurait, suivant la prépondérance

against the surgery rather than undergoing it at the particular time.

*Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192; *Kelly v. Hazlett* (1976), 15 O.R. (2d) 290; *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92, considered.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario<sup>1</sup>, ordering a new trial on both liability and damages. Appeal allowed.

*D. W. Goudie, Q.C.*, for the plaintiff, appellant.

*D. K. Laidlaw, Q.C.*, and *C. L. Campbell, Q.C.*, for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The plaintiff appellant, then 44 years of age, underwent serious surgery on March 18, 1970 for the removal of an occlusion in the left internal carotid artery, which had prevented more than a fifteen per cent flow of blood through the vessel. The operation was competently performed by the defendant respondent, a qualified neurosurgeon. However, during or immediately following the surgery the plaintiff suffered a massive stroke which left him paralyzed on the right side of his body and also impotent. The plaintiff had, of course, formally consented to the operation. Alleging, however, that his was not an "informed consent", he sued for damages and recovered on this ground in both battery and negligence. The trial judge, Haines J., awarded a global sum of \$225,000.

A majority of the Ontario Court of Appeal ordered a new trial on both liability and damages. Speaking through Brooke J.A. (Blair J.A. concurring) the Court ruled out battery as a possible ground of liability on the facts of the case. Jessup J.A., dissenting in part, would have ordered a new trial on damages alone, accepting the judgment at trial on liability.

des probabilités, choisi de ne pas subir l'opération à ce moment particulier.

Jurisprudence: Arrêts examinés: *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Kelly v. Hazlett* (1976), 15 O.R. (2d) 290; *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario<sup>1</sup>, qui a ordonné un nouveau procès tant sur la responsabilité que sur les dommages-intérêts. Pourvoi accueilli.

*D. W. Goudie, c.r.*, pour le demandeur, appelant.

*D. K. Laidlaw, c.r.*, et *C. L. Campbell, c.r.*, pour le défendeur, intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le demandeur appelant, alors âgé de 44 ans, a subi une intervention chirurgicale grave le 18 mars 1970 pour faire supprimer une obstruction à l'artère carotide interne gauche, qui avait réduit à quinze pour cent la circulation sanguine dans le vaisseau. L'opération a été pratiquée selon les règles de l'art par le défendeur intimé, un neurochirurgien compétent. Cependant, au cours de l'opération ou immédiatement après, le demandeur a été victime d'un accident cérébrovasculaire qui l'a laissé paralysé du côté droit et invalide. Le demandeur avait, bien sûr, consenti formellement à l'opération. Toutefois, il a introduit une action en dommages-intérêts fondée sur la négligence et les voies de fait, alléguant que son consentement n'était pas un «consentement éclairé». En première instance, le juge Haines lui a accordé une indemnité globale de \$225,000.

La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a ordonné un nouveau procès tant sur la responsabilité que sur les dommages-intérêts. Par la voix du juge Brooke (aux motifs duquel le juge Blair a souscrit), la Cour a écarté les voies de fait comme fondement possible de la responsabilité, compte tenu des faits. Le juge Jessup, dissident en partie, aurait ordonné un nouveau procès sur la seule question des dommages-intérêts, acceptant le jugement de première instance sur la responsabilité.

<sup>1</sup> (1978), 89 D.L.R. (3d) 112, (1978), 21 O.R. (2d) 14.

<sup>1</sup> (1978), 89 D.L.R. (3d) 112, (1978), 21 O.R. (2d) 14.

On the hearing of the appeal by this Court, leave to come here having been obtained by the plaintiff, counsel for the defendant respondent agreed to accept the award of damages and limited his contestation to liability, seeking not only to hold the judgment in appeal but a "variation" thereof by way of dismissal of the action. Although, strictly speaking, the claim for a variation should have been made the subject of a cross-appeal, counsel for the appellant took no objection and I see no reason why I should not regularize the claim for dismissal *nunc pro tunc*. Indeed, neither counsel wished to have a new trial, an understandable position when the physical damage suffered took place more than ten years ago. Unless, therefore, there are good reasons to support the order for a new trial on liability alone, the proper course is to determine whether to restore the judgment at trial on either or both grounds upon which it proceeded or whether the defendant should be relieved of liability.

It is now undoubted that the relationship between surgeon and patient gives rise to a duty of the surgeon to make disclosure to the patient of what I would call all material risks attending the surgery which is recommended. The scope of the duty of disclosure was considered in *Hopp v. Lepp*<sup>2</sup>, at p. 210, where it was generalized as follows:

In summary, the decided cases appear to indicate that, in obtaining the consent of a patient for the performance upon him of a surgical operation, a surgeon, generally, should answer any specific questions posed by the patient as to the risks involved and should, without being questioned, disclose to him the nature of the proposed operation, its gravity, any material risks and any special or unusual risks attendant upon the performance of the operation. However, having said that, it should be added that the scope of the duty of disclosure and whether or not it has been breached are matters which must be decided in relation to the circumstances of each particular case.

The Court in *Hopp v. Lepp*, *supra*, also pointed out that even if a certain risk is a mere possibility which ordinarily need not be disclosed, yet if its occurrence carries serious consequences, as for

A l'audition du pourvoi par cette Cour, suite à l'autorisation d'interjeter appel obtenue par le demandeur, l'avocat du défendeur intimé a consenti à accepter l'indemnité accordée et à limiter sa contestation à la responsabilité, cherchant non seulement à faire confirmer le jugement attaqué mais à le faire «modifier» par le rejet de l'action. Bien que, strictement parlant, la demande de modification eût dû faire l'objet d'un pourvoi incident, l'avocat de l'appelant ne s'y est pas opposé et je ne vois pas pourquoi je ne régulariserais pas cette demande de rejet *nunc pro tunc*. En fait, ni l'un ni l'autre des avocats ne désirent un nouveau procès, ce qui se comprend bien puisqu'il s'est écoulé plus de dix ans depuis que les dommages corporels sont survenus. Donc, à moins que de bonnes raisons n'appuient l'ordonnance de nouveau procès sur la seule question de la responsabilité, il faut alors décider si l'on doit rétablir le jugement de première instance sur l'un ou l'autre de ses fondements ou sur les deux, ou s'il faut exonérer le défendeur de toute responsabilité.

Il n'y a plus de doute maintenant que la relation entre un chirurgien et son patient fait naître chez le chirurgien le devoir de divulguer au patient ce que j'appellerai tous les risques importants que présente l'opération recommandée. La portée du devoir de divulguer a été examinée dans l'arrêt de cette Cour *Hopp c. Lepp*<sup>2</sup>, à la p. 210; elle y est énoncée comme suit:

En résumé, la jurisprudence indique qu'en obtenant le consentement d'un patient à une opération chirurgicale sur sa personne, un chirurgien doit, généralement, répondre aux questions précises que lui pose le patient sur les risques courus et doit, sans qu'on le questionne, lui divulguer la nature de l'opération envisagée, sa gravité, tous risques importants et tous risques particuliers ou inhabituels que présente cette opération. Cependant, ceci dit, il faut ajouter que l'étendue du devoir de divulguer et la question de savoir s'il y a eu manquement sont des questions qu'il faut décider en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier.

Dans l'arrêt *Hopp c. Lepp*, précité, la Cour a également fait remarquer que même si un certain risque ne constitue qu'une simple possibilité qu'il n'est généralement pas nécessaire de divulguer, on

<sup>2</sup> [1980] 2 S.C.R. 192.

<sup>2</sup> [1980] 2 R.C.S. 192.

example, paralysis or even death, it should be regarded as a material risk requiring disclosure.

In the present case, the risk attending the surgery or its immediate aftermath was the risk of a stroke, of paralysis and, indeed, of death. This was, without question, a material risk. At the same time, the evidence made it clear that there was also a risk of a stroke and of resulting death if surgery for the removal of the occlusion was refused by the patient. The delicacy of the surgery is beyond question, and its execution is no longer in any way faulted. (I would note here that in this Court no issue was raised as to the adequacy of post-operative care.) How specific, therefore, must the information to the patient be, in a case such as this, to enable him to make an "informed" choice between surgery and no surgery? One of the considerations weighing upon the plaintiff was the fact that he was about a year and a half away from earning a lifetime retirement pension as a Ford Motor Company employee. The trial judge noted (to use his words) that "due to this tragedy befalling him at the time it did, he was not eligible for certain extended disability benefits available under the collective agreement between the Ford Motor Company of Canada, Limited and its hourly employees of ten years' standing". At the time of the operation, the plaintiff had 8.4 years' service with his employer. He stated in his evidence that if he had been properly informed of the magnitude of the risk involved in the surgery he would have elected to forego it, at least until his pension had vested and, further, he would have opted for a shorter normal life than a longer one as a cripple because of the surgery. Although elective surgery was indicated for the condition from which the plaintiff suffered, there was (as the trial judge found) no emergency in the sense that immediate surgical treatment was imperative.

doit le considérer comme un risque important qu'il faut divulguer, si sa réalisation entraîne des conséquences graves, par exemple, la paralysie ou la mort.

En l'espèce, l'opération ou ses suites présentaient le risque d'un accident cérébro-vasculaire, d'une paralysie et même de la mort. C'était, sans aucun doute, un risque important. Par ailleurs, il ressort clairement de la preuve que si le patient refusait l'opération pour supprimer l'obstruction, il risquait également de subir un accident cérébro-vasculaire pouvant entraîner la mort. Il ne fait aucun doute que cette opération est très délicate et on ne prétend plus du tout qu'elle a été pratiquée incorrectement. (Je ferais remarquer que la question de la suffisance des soins postopératoires n'a pas été soulevée devant cette Cour.) Donc, dans une situation telle la présente, jusqu'où doit aller la précision des renseignements pour permettre au patient de faire un choix «éclairé» sur la question de savoir s'il doit subir l'opération ou refuser de la subir? Un des facteurs importants pour le demandeur était le fait qu'il ne restait environ qu'un an et demi à courir pour qu'il ait droit à une pension à vie en tant qu'employé de Ford Motor Company. Le juge de première instance a fait remarquer (pour reprendre ses paroles) que [TRADUCTION] «à cause de la tragédie dont il a été victime à ce moment précis, il ne peut recevoir certaines indemnités pour incapacité prolongée prévues par la convention collective entre Ford Motor Company of Canada Limited et ses employés payés à l'heure ayant dix ans d'ancienneté». Au moment de l'opération, le demandeur travaillait pour son employeur depuis 8.4 ans. Il a déclaré dans son témoignage que, si on l'avait bien renseigné sur l'ampleur du risque que présentait l'opération, il aurait décidé de ne pas la subir, du moins pas avant d'avoir droit à sa pension et, de plus, il aurait choisi une vie normale plus courte de préférence à une vie plus longue d'invalidé à cause de l'opération. Bien qu'une intervention chirurgicale facultative ait été indiquée dans l'état du demandeur, il n'y avait (comme l'a conclu le juge de première instance) aucune urgence nécessitant un traitement chirurgical immédiat.

This brings me back to the question of the nature of the information provided by the respondent surgeon to the plaintiff and its adequacy in the circumstances. I will deal, in turn, with (1) the findings and conclusion of the trial judge on this issue; (2) whether, even on his findings, there was a basis for imposing liability for battery; (3) the assessment made by the Court of Appeal in ordering a new trial; (4) the evidence in the case, which consisted, in support of the plaintiff's case, mainly of the testimony of the plaintiff and of two neurosurgeons, Dr. Irving Schacter and Dr. Robert Elgie, and portions of the examination for discovery of the defendant and, in support of the defendant's case, the testimony of the defendant and of a neurosurgeon, Dr. William Lougheed, who were the only two witnesses called for the defendant; (5) the duty of disclosure and review of the findings below and (6) whether causation was established.

### 1. The Findings of the trial judge

The trial judge approached the question of proper disclosure of the attendant risks by first defining the scope of the duty of disclosure. He said this:

In respect of a claim in negligence, the issue of informed consent to treatment is a concomitant of the physician's duty of care. A surgeon's duty to exercise due skill and care in giving his patient reasonable information and advice with respect to the risks specifically attendant on a proposed operative procedure arises out of the special relationship between them. It is a particular case of the duty which is cast on professional persons in a fiduciary position called upon specifically or by implication to give information or advice to a client intending and entitled to rely on his statements to determine his course: *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Kenny v. Lockwood* [1937] O.R. 142. That duty does not require warning the patient of the dangers incident to or possible in any surgical procedure, such as the dangers of anaesthesia or the risk of infection, matters which men of ordinary knowledge are presumed to appreciate. It relates to the specific risks within the surgeon's knowledge peculiar to the contemplated treatment. The scope of this professional duty of care is defined by the evaluation of a variety of inter-related factors which bear uniquely on each case, factors such as the presence of an emergency requiring immediate

Cela me ramène à la question de la nature des renseignements donnés par le chirurgien intimé au demandeur et leur suffisance dans les circonstances. J'examinerai tour à tour, (1) les constatations et la conclusion du juge de première instance sur cette question; (2) la question de savoir si, vu ses constatations, la conclusion de responsabilité pour voies de fait était fondée; (3) l'évaluation faite par la Cour d'appel pour ordonner un nouveau procès; et (4) la preuve en l'espèce qui, à l'appui des prétentions du demandeur, comprend principalement son témoignage et celui de deux neurochirurgiens, les Dr Irving Schacter et Robert Elgie, et des extraits de l'interrogatoire préalable du défendeur et, à l'appui des arguments du défendeur, comprend son témoignage et celui d'un neurochirurgien, le Dr William Lougheed, les deux seuls témoins cités par le défendeur; (5) le devoir de divulguer et l'examen des conclusions des cours d'instance inférieure et (6) la question de savoir si le lien de causalité a été établi.

### 1. Les constatations du juge de première instance

Le juge de première instance a abordé la question de la divulgation adéquate des risques que comporte l'opération en précisant tout d'abord la portée du devoir de divulguer. Il a dit:

[TRADUCTION] Relativement à une réclamation fondée sur la négligence, la question du consentement éclairé à un traitement est concomitante de l'obligation de diligence du médecin. L'obligation de compétence et de prudence du chirurgien qui informe et conseille suffisamment son patient sur les risques particuliers que présente l'intervention chirurgicale envisagée, découle de la relation qui existe entre eux. C'est un exemple particulier du devoir imposé aux membres des professions libérales qui sont placés dans une situation fiduciaire et sont appelés, expressément ou implicitement, à fournir des renseignements ou des conseils à un client qui désire être guidé dans sa décision et qui a le droit de l'être: *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Kenny v. Lockwood*, [1937] O.R. 142. Ce devoir n'exige pas que l'on informe le patient des dangers inhérents ou possibles que présente toute intervention chirurgicale, tels les dangers de l'anesthésie, le risque d'infection, questions dont toute personne raisonnable est présumée consciente. Il concerne les risques précis connus du chirurgien et propres au traitement envisagé. La portée de ce devoir professionnel de diligence est déterminée par l'évaluation de nombreux facteurs intimement liés dont

treatment; the patient's emotional and intellectual make-up, and his ability to appreciate and cope with the relevant facts; the gravity of the known risks, both in terms of their likelihood and the severity of this realization. The difficulty evident for the independent evaluation of these factors by a lay tribunal has caused the law of this jurisdiction to leave the definition of the scope of this duty in any particular case a matter essentially of medical judgment, one to be determined by the court on the basis of expert medical evidence.

The trial judge then proceeded to make his findings, as follows:

I find, on the basis of the expert evidence of Doctors Schacter and Elgie, that in the circumstances of this case, the duty of the surgeon as defined by accepted general practice in the neurosurgical community was to explain to the patient the problem presented by stenosis [that is, narrowing] in such an artery, and because of the serious possible complications to the central nervous system, to do his best to explain to the patient the specific risks inherent in arterial surgery of this kind, with sufficient attention to anatomical and statistical detail to import to the patient an understanding of the degree of risk which he faced of either dying as a result of the operation or of suffering a stroke that might leave him disabled. It was further the duty of the surgeon in these circumstances to explain to the patient the risks of continuing without surgery. The choice whether to proceed was then one which the patient would make for himself, armed, albeit, with what both experts agreed would be the surgeon's recommendation to proceed, but aware, nevertheless, that for good reason there was an acceptable option to forego the procedure.

The duty of which I speak is not one which in the circumstances was difficult to execute. As I have indicated, the plaintiff is an intelligent man and fully capable of following a simple but sufficient explanation of the risk he was being asked to undertake. I am satisfied had Dr. Hughes said to the plaintiff calling him in and a sketch if necessary to clarify his meaning—"I propose to remove a partial plug in an artery a few inches from your brain. There is a risk that as a result a fragment of tissue may slip into your brain and if it does, you have a 4 per cent chance of dying and a further 10 per cent chance of having a stroke", there is no question the plaintiff would flatly have refused. The plaintiff was entitled to know that risk and the defendant owed a duty to disclose it to him. I am left with no doubt, after evaluating the testimony of the plaintiff and

l'importance est particulière à chaque cas, comme une urgence exigeant un traitement immédiat, le tempérament et le niveau intellectuels du patient, sa capacité d'apprécier les faits pertinents et de s'y adapter, la gravité des risques connus, selon à la fois leur probabilité et leur intensité s'ils se réalisent. La difficulté évidente qu'éprouve un tribunal non spécialisé à évaluer lui-même ces facteurs, a fait qu'en ce domaine du droit, on a laissé la détermination de la portée de ce devoir dans chaque cas particulier au jugement médical, question que les cours doivent trancher en se fondant sur le témoignage de médecins experts.

Le juge de première instance a ensuite tiré les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] Compte tenu des témoignages des experts, les D<sup>r</sup> Schacter et Elgie, je suis d'avis que, dans les circonstances de l'espèce, le devoir du chirurgien, défini par la pratique générale reconnue dans la collectivité neurochirurgicale, consistait à expliquer au patient le problème que présentait la sténose [soit le rétrécissement] de cette artère et, en raison des graves complications possibles pour le système nerveux central, à expliquer le mieux possible au patient les risques précis inhérents à ce type de chirurgie artérielle, en fournissant suffisamment de données anatomiques et statistiques pour permettre au patient de comprendre l'importance du risque qu'il courait, soit de mourir des suites de l'opération soit d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire qui pourrait le rendre invalide. Dans ces circonstances, le chirurgien devait également expliquer au patient les risques que comportait le refus de subir l'opération. La décision face à l'opération relevait alors du patient qui, les experts l'ont reconnu, armé de la recommandation du chirurgien de subir l'opération, serait néanmoins conscient que, pour un bon motif, il lui était possible d'y renoncer.

Il n'était pas difficile, dans les circonstances, de s'acquiescer du devoir dont je parle. Comme je l'ai fait remarquer, le demandeur est un homme intelligent et tout à fait capable de suivre une explication simple mais suffisante du risque qu'on lui demandait de prendre. Je suis convaincu que si le D<sup>r</sup> Hughes avait fait venir son patient et lui avait dit, se servant d'un croquis explicatif au besoin—"J'ai l'intention de supprimer une obstruction partielle dans une artère à quelques pouces de votre cerveau. Il se pourrait que, par suite de cette intervention, un fragment de tissu pénètre dans votre cerveau et, dans ce cas, vous avez 4 pour cent de chances de mourir et 10 pour cent d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire", il ne fait aucun doute que le demandeur aurait catégoriquement refusé. Le demandeur avait le droit de connaître ce risque et le défendeur avait le



his wife, and that of the defendant, as well as the relevant portions of the transcript of the defendant's examination for discovery that the defendant fell short in his performance of this duty in two material respects. First, I find that although the defendant did impart to the plaintiff an understanding of the mechanics of the operation, to the extent that the plaintiff was made aware that pluggage was to be surgically removed from an artery leading to his brain, the defendant did not take sufficient care to communicate to the plaintiff the purpose of the operation. I find that as a result the plaintiff was probably left with the misunderstanding that the operation was being undertaken to alleviate his headaches and hypertension and to permit him to function effectively at his job. Further, and most importantly, I find that the defendant did not take sufficient care to convey to the plaintiff and assure that the plaintiff understood the gravity, nature and extent of risks specifically attendant on the endarterectomy, in particular the risk that as a result of the operation he could die or suffer a stroke of varying degrees of severity. The defendant's evidence on this issue suffers from the understandable inconsistencies and vagueness that the passage of six and one-half years of time will import. What, on balance, I take from his evidence however is that he informed the plaintiff that he would be better off to have the operation than not. At best, the ambiguity of his language I find was such that it would likely convey, even to a patient whose command of English was more perfect than was the plaintiff's, the understanding that the single relevant area of concern was the relative likelihood of a healthy existence in the coming years with, as opposed to without, the surgery. I find that he did not address with the attention required of him the specific risks of an adverse result of the operation itself. The plaintiff was left with the impression that the operation carried no risks of consequence, other than those incidental to any surgical procedure. I find further, that as a result of the defendant's breach of duty, the plaintiff gave his assent to the performance of the operation, an assent which I am convinced from the evidence he would not have given had the defendant's aforesaid duty not been performed in the negligent manner which I have described.

For the reasons above stated, I am also of the view that the defendant is liable in battery.

## 2. Liability for Battery

In my opinion, these findings do not justify the imposition of liability for battery. The popularization of the term "informed consent" for what is, in

devoir de le lui divulguer. Je n'ai aucun doute, après avoir évalué les témoignages du demandeur et de son épouse, celui du défendeur de même que les extraits pertinents de l'interrogatoire préalable du défendeur, que le défendeur a manqué à son devoir à deux points de vue importants. Tout d'abord, je conclus que, bien qu'il ait fait comprendre la marche de l'opération au demandeur de sorte que celui-ci savait qu'on allait pratiquer une opération pour supprimer l'obstruction d'une artère menant au cerveau, le défendeur n'a pas suffisamment expliqué au demandeur le but de l'opération. Par conséquent, je conclus que le demandeur a probablement été laissé sous la fausse impression que l'opération visait à soulager ses maux de tête, à réduire sa tension artérielle et à lui permettre de travailler normalement. De plus, et ce qui est plus important, je suis d'avis que le défendeur ne s'est pas suffisamment soucié de faire comprendre au demandeur, et de s'assurer qu'il avait compris la gravité, la nature et l'étendue des risques précis que comporte l'endartériectomie, en particulier le risque de décès ou d'accident cérébro-vasculaire plus ou moins grave que peut entraîner l'opération. Le témoignage du défendeur sur cette question présente les incohérences et les imprécisions compréhensibles que le passage de six ans et demi ne manque pas de produire. Tout bien considéré, je retiens de son témoignage qu'il a dit au demandeur qu'il serait préférable qu'il subisse l'opération. En mettant les choses au mieux, je suis d'avis que l'ambiguïté de ses explications était telle qu'elle était susceptible de laisser croire, même à un patient qui maîtrise mieux la langue anglaise que le demandeur, que le seul facteur important était la probabilité relative d'une vie en bonne santé dont il jouirait au cours des prochaines années grâce à l'opération et dont il se priverait en y renonçant. Je suis d'avis qu'il n'a pas expliqué avec toute l'attention qu'il devait les risques précis que pouvait entraîner l'échec de l'opération. Le demandeur a donc eu l'impression que l'opération ne comportait aucun risque important, sauf les risques inhérents à toute intervention chirurgicale. Je conclus également que c'est par suite de la violation du devoir du défendeur que le demandeur a consenti à subir l'opération et je suis convaincu, compte tenu de la preuve, qu'il n'aurait pas donné ce consentement n'eût été la négligence susmentionnée du défendeur dans l'exécution de son devoir.

Pour ces motifs, je suis également d'avis que le défendeur est responsable de voies de fait.

## 2. La responsabilité pour voies de fait

A mon avis, ces constatations ne justifient pas la conclusion de responsabilité pour voies de fait. La vulgarisation de l'expression «consentement

essence, a duty of disclosure of certain risks of surgery or therapy appears to have had some influence in the retention of battery as a ground of liability, even in cases where there was express consent to such treatment and the surgeon or therapist did not go beyond that to which consent was given. It would be better to abandon the term when it tends to confuse battery and negligence. Haines J., the trial judge, adopted the distinction drawn by Morden J., as he then was, in *Kelly v. Hazlett*<sup>3</sup> between situations where a failure in the duty of disclosure would support an action of battery and where such a failure is indicative of negligence alone. Morden J. said this at pp. 312-13:

It appears to me that it is reasonable to look at the matter of informed consent, as far as an alleged battery is concerned, from the point of view of what information was communicated. If the basic nature and character of the operation performed is substantially that of which the plaintiff was advised, and then agreed to, then there has not been an unconsented to invasion of the person of the plaintiff, regardless of any failure to disclose any collateral risks flowing from the operation. However, such failure, if it can be shown to have resulted in damage to the patient, and was not justified by reasonable medical considerations, may properly be subject-matter for a claim based on negligence.

However, it has to be recognized that this test has both its practical and, perhaps, its policy frailties. In some cases it may be difficult to distinguish, and separate out, the matter of consequential or collateral risks from the basic nature and character of the operation or the procedure to be performed. This may possibly have been the case in *Halushka v. University of Saskatchewan* [(1965), 53 D.L.R. (2d) 436]. The more probable the risk the more it could be said to be an integral feature of the nature and character of the operation. Further, even if a risk is truly collateral, but still material, it could be said that its disclosure is so essential to an informed decision to undergo the operation that lack of such disclosure should vitiate the consent.

That judge said earlier in his reasons (at p. 310) that "The issue of 'informed' consent can arise in both battery and negligence cases: with respect to

<sup>3</sup> (1976), 15 O.R. (2d) 290.

éclairé» pour ce qui est, au fond, un devoir de divulguer certains risques de la chirurgie ou de la thérapie paraît avoir joué un certain rôle dans la reconnaissance des voies de fait comme fondement de la responsabilité, même lorsqu'il y a eu consentement exprès au traitement et que le chirurgien ou le thérapeute a agi dans le cadre du consentement donné. Il serait préférable d'abandonner l'expression lorsqu'elle tend à confondre voies de fait et négligence. Le juge Haines en première instance a adopté la distinction faite par le juge Morden, tel était alors son titre, dans l'arrêt *Kelly v. Hazlett*<sup>3</sup> entre la situation où un manquement au devoir de divulguer appuie une action fondée sur les voies de fait et celle où ce manquement dénote seulement de la négligence. Le juge Morden s'est exprimé comme suit aux pp. 312 et 313:

[TRADUCTION] A mon sens, il est raisonnable d'examiner la question du consentement éclairé, pour ce qui est des allégations de voies de fait, sous l'angle des renseignements donnés. Si la nature et le caractère mêmes de l'opération pratiquée sont en substance ce qui avait été recommandé au demandeur et ce à quoi il a consenti, alors il n'y a pas eu atteinte à la personne du demandeur sans son consentement, indépendamment de toute omission de divulguer les risques indirects qu'entraîne l'opération. Toutefois, si l'on peut établir que cette omission a causé un préjudice au patient et qu'aucun motif médical raisonnable ne la justifiait, elle peut faire l'objet d'une réclamation fondée sur la négligence.

Toutefois, il faut reconnaître que ce critère présente des faiblesses aussi bien théoriques que pratiques. Dans certains cas, il sera difficile de distinguer et de dissocier la question des risques consécutifs ou indirects de la nature et du caractère mêmes de l'opération ou de l'intervention prévue. C'était peut-être la situation dans *Halushka v. University of Saskatchewan* [(1965), 53 D.L.R. (2d) 436]. Plus le risque est probable plus l'on peut dire qu'il fait partie intégrante de la nature et du caractère de l'opération. De plus, même si un risque est réellement indirect, tout en étant important, on peut dire que sa divulgation est à ce point essentielle à une décision éclairée de subir l'opération que le défaut de la divulguer vicie le consentement.

Ce juge avait dit plus tôt dans ses motifs (à la p. 310) que [TRADUCTION] «la question du consentement «éclairé» peut se présenter à la fois dans les

<sup>3</sup> (1976), 15 O.R. (2d) 290.

the former a lack of proper information communicated by the doctor to the patient can vitiate an apparent consent while, with respect to the latter, failure to see to it that the patient is properly advised can amount, in certain circumstances, to an act of negligence”.

I find the attempted distinction not only very difficult of application but also as incompatible with the elements of the cause of action in battery. The tort is an intentional one, consisting of an unprivileged and unconsented to invasion of one's bodily security. True enough, it has some advantages for a plaintiff over an action of negligence since it does not require proof of causation and it casts upon the defendant the burden of proving consent to what was done. Again, it does not require the adducing of medical evidence, although it seems to me that if battery is to be available for certain kinds of failure to meet the duty of disclosure there would necessarily have to be some such evidence brought before the Court as an element in determining whether there has been such a failure.

The well-known statement of Cardozo J. in *Schloendorff v. Society of New York Hospital*<sup>4</sup>, at pp. 129-30 and at p. 93 respectively, that “Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages” cannot be taken beyond the compass of its words to support an action of battery where there has been consent to the very surgical procedure carried out upon a patient but there has been a breach of the duty of disclosure of attendant risks. In my opinion, actions of battery in respect of surgical or other medical treatment should be confined to cases where surgery or treatment has been performed or given to which there has been no consent at all or where, emergency situations aside, surgery or treatment has been performed or given beyond

actions fondées sur les voies de fait et dans celles fondées sur la négligence: pour les premières, le défaut du médecin de donner des renseignements suffisants à son patient peut vicier le consentement apparent, alors que, pour les dernières, l'omission de s'assurer qu'un patient est bien informé peut équivaloir, dans certaines circonstances, à un acte de négligence».

La distinction qu'on a voulu faire est, à mon avis, non seulement d'application très difficile mais également incompatible avec les éléments du droit d'action pour voies de fait. L'acte délictuel est intentionnel, puisque c'est une atteinte injustifiée et non autorisée à la sécurité physique d'une personne. Il est vrai qu'elle offre à un demandeur certains avantages dont il ne bénéficie pas dans une action fondée sur la négligence puisqu'elle n'exige pas la preuve de la causalité et qu'elle impose au défendeur l'obligation de prouver qu'il y a eu consentement à ce qui a suivi. Ici encore la preuve médicale n'est pas nécessaire, bien qu'il me semble que si l'on invoque les voies de fait lorsqu'il y a eu certains manquements au devoir de divulguer, il faudrait qu'une preuve de cette nature soit faite devant le tribunal pour lui permettre de décider s'il y a eu un tel manquement.

Dans l'arrêt *Schloendorff v. Society of New York Hospital*<sup>4</sup>, aux pp. 129 et 130 et à la p. 93 respectivement, le juge Cardozo a déclaré que [TRADUCTION] «tout être humain adulte et sain d'esprit a le droit de décider ce que doit subir son propre corps; un chirurgien qui pratique une opération sans le consentement de son patient commet des voies de fait pour lesquelles il est passible de dommages-intérêts». On ne peut étendre la portée de cette déclaration bien connue au-delà de sa teneur littérale pour appuyer une action fondée sur les voies de fait lorsqu'un patient a consenti à subir l'intervention chirurgicale pratiquée sur lui, mais qu'il y a eu violation du devoir de divulguer les risques qu'elle comportait. A mon avis, les actions fondées sur les voies de fait relatives à une opération ou à un autre traitement médical devraient être limitées aux cas où l'opération a été pratiquée ou le traitement administré sans aucun consente-

<sup>4</sup> (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.

<sup>4</sup> (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.

that to which there was consent.

This standard would comprehend cases where there was misrepresentation of the surgery or treatment for which consent was elicited and a different surgical procedure or treatment was carried out. See, for example, *Marshall v. Curry*<sup>5</sup> (consent given to operation to cure hernia; doctor removes patient's testicle; action in battery); *Murray v. McMurchy*<sup>6</sup> (consent given to a caesarian operation; doctor goes on and sterilizes the patient; doctor liable for trespass to the person); *Mulloy v. Hop Sang*<sup>7</sup> (doctor told to repair hand and not to amputate; performs amputation; held liable in trespass); *Winn v. Alexander and the Soldiers' Memorial Hospital*<sup>8</sup> (consent given to caesarian; doctor goes further and sterilizes the patient); *Schweizer v. Central Hospital et al.*<sup>9</sup> (patient consented to operation on his toe; doctor operated on back instead (spinal fusion); doctor liable for trespass to the person).

In situations where the allegation is that attendant risks which should have been disclosed were not communicated to the patient and yet the surgery or other medical treatment carried out was that to which the plaintiff consented (there being no negligence basis of liability for the recommended surgery or treatment to deal with the patient's condition), I do not understand how it can be said that the consent was vitiated by the failure of disclosure so as to make the surgery or other treatment an unprivileged, unconsented to and intentional invasion of the patient's bodily integrity. I can appreciate the temptation to say that the genuineness of consent to medical treatment depends on proper disclosure of the risks which it entails, but in my view, unless there has been misrepresentation or fraud to secure consent to the

ment ou, exception faite des urgences, lorsque l'opération ou le traitement va au-delà de ce à quoi le patient a consenti.

Cette norme comprendrait les cas où il y a eu une présentation inexacte de l'opération ou du traitement pour lequel un consentement a été obtenu et une intervention chirurgicale ou un traitement différent. Voir par exemple, *Marshall v. Curry*<sup>5</sup> (consentement à une opération pour traiter une hernie; le médecin procède à l'ablation des testicules du patient; action pour voies de fait); *Murray v. McMurchy*<sup>6</sup>, (consentement à une césarienne; le médecin pratique la stérilisation de la patiente; le médecin est responsable d'atteinte à l'intégrité physique de la personne); *Mulloy v. Hop Sang*<sup>7</sup>, (on demande au médecin de remettre une main en état, et non pas d'amputer; il procède à l'amputation; il est jugé responsable d'atteinte à l'intégrité physique); *Winn v. Alexander and the Soldiers' Memorial Hospital*<sup>8</sup> (consentement à une césarienne; le médecin procède ensuite à la stérilisation de la patiente); *Schweizer v. Central Hospital et al.*<sup>9</sup> (le patient consent à une opération à l'orteil; le médecin pratique une opération dans le dos (arthrodèse); le médecin est responsable d'atteinte à l'intégrité physique de la personne).

Dans les situations où l'on allègue que les risques que comporte l'opération ou le traitement n'ont pas été divulgués au patient alors qu'ils auraient dû l'être, mais que l'opération pratiquée ou le traitement administré est bien ce à quoi le demandeur a consenti (la responsabilité ne peut être fondée sur la négligence pour l'opération ou le traitement recommandé compte tenu de l'état du patient), je ne comprends pas comment on peut dire que l'omission de divulguer vicie le consentement de sorte que l'opération ou le traitement constitue une atteinte injustifiée, non autorisée et volontaire à l'intégrité physique du patient. Je comprends qu'il soit tentant de dire que l'authenticité du consentement à un traitement médical est fonction de la divulgation adéquate des risques qu'il comporte, mais, à mon avis, en l'absence de

<sup>5</sup> [1933] 3 D.L.R. 260.

<sup>6</sup> [1949] 2 D.L.R. 442.

<sup>7</sup> [1935] 1 W.W.R. 714.

<sup>8</sup> [1940] O.W.N. 238.

<sup>9</sup> (1974), 53 D.L.R. (3d) 494.

<sup>5</sup> [1933] 3 D.L.R. 260.

<sup>6</sup> [1949] 2 D.L.R. 442.

<sup>7</sup> [1935] 1 W.W.R. 714.

<sup>8</sup> [1940] O.W.N. 238.

<sup>9</sup> (1974), 53 D.L.R. (3d) 494.

treatment, a failure to disclose the attendant risks, however serious, should go to negligence rather than to battery. Although such a failure relates to an informed choice of submitting to or refusing recommended and appropriate treatment, it arises as the breach of an anterior duty of due care, comparable in legal obligation to the duty of due care in carrying out the particular treatment to which the patient has consented. It is not a test of the validity of the consent.

### 3. The Assessment of the Court of Appeal

Brooke J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal, noted, quite properly, that "The duty [of disclosure] to the patient is determined by the court and the evidence of the expert witnesses, if accepted, is relevant to determining whether or not the defendant has discharged that duty. To be actionable [in negligence] the defendant's failure in his duty of care must cause the plaintiff loss and damage". He went on to examine the reasons of Haines J. and made the following observations upon that trial judge's determination:

In finding that the plaintiff was left with the impression that the surgery carried no risk of consequence other than those in any surgical procedure I think it must be assumed that the learned trial judge has rejected the defendant's explanation that the plaintiff was aware of the risk of a stroke as a risk of the surgery. Of some importance, the learned trial judge makes no specific finding of credibility and indeed does not disbelieve the defendant's evidence that he thought the plaintiff understood the risk. However, the learned trial judge did not put his judgment simply on the failure to warn, but also on the failure to take sufficient care to discuss the degree of risk. He relied upon the evidence of doctors Elgie and Schacter and it is my respectful view that, having regard for the emphasis which the learned trial judge places upon the statistical details, he has misunderstood the real significance of the evidence of these two doctors. Doctors Schacter and Elgie appear to have taken a similar approach to the question of explaining the risks of the surgery, but the emphasis is not on statistical detail. Dr. Elgie alone made reference to statistics in discussing the manner in which he would advise his patient when seeking a consent to perform this

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

### 3. L'évaluation de la Cour d'appel

Le juge Brooke, qui s'est exprimé au nom de la majorité de la Cour d'appel, a fait remarquer avec raison que [TRADUCTION] «Le devoir envers le patient [celui de divulguer] est déterminé par la Cour et, s'il est accepté, le témoignage des experts sert à déterminer si le défendeur s'en est acquitté. Pour qu'il y ait un droit d'action [fondé sur la négligence], le manquement du défendeur à son devoir de diligence doit causer des pertes et un préjudice au demandeur». Il a ensuite examiné les motifs de jugement du juge Haines et en a commenté comme suit la décision:

[TRADUCTION] A mon avis, vu la conclusion que le demandeur avait l'impression que l'opération ne présentait que les risques et conséquences possibles de toute intervention chirurgicale, on doit présumer que le savant juge de première instance a rejeté l'explication du défendeur que le demandeur savait que l'opération pouvait causer un accident cérébro-vasculaire. Il importe de noter que le savant juge de première instance ne se prononce pas sur la crédibilité et, en fait, qu'il ne met pas en doute l'affirmation du défendeur portant qu'il croyait que le demandeur comprenait le risque. Toutefois, le savant juge de première instance n'appuie pas seulement son jugement sur l'absence de mise en garde, mais également sur le fait que le défendeur n'a pas pris soin d'expliquer suffisamment le degré de risque. Il s'est appuyé sur les témoignages des docteurs Elgie et Schacter et, avec égards, je crois que, compte tenu de l'importance que le savant juge de première instance accorde aux données statistiques, il n'a pas saisi l'importance réelle des témoignages de ces deux médecins. Les docteurs Schacter et Elgie ont apparemment abordé de façon analogue la question de l'explication des risques de l'opération, mais l'accent ne portait pas sur les don-

operation and in this respect his answer was different from that of Dr. Schacter.

Brooke J.A. was highly critical of the use of unexplained statistics which appeared to be directed to the degree of risk involved in the particular surgery. This is what he said in that respect:

One need only look at the contrast in the evidence of the statistics quoted by Dr. Hughes and Dr. Elgie to demonstrate the confusion that could arise from their use. When asked in cross-examination, Dr. Hughes' figure as to the incidence of death because of surgery was 4%, which was equal to Dr. Elgie's highest figure where he put the range between 2 and 4% and with respect to the incidence of stroke causing paralysis or transient weakness, Dr. Hughes put the figure at 10% which was five times Dr. Elgie's lowest figure and almost two and one half times his highest figure. Taken cumulatively, Dr. Hughes' figure at 14% is more than three times Dr. Elgie's lowest estimate and almost twice his highest. They were really very different. The reason for the difference went unexplained. No one asked the doctors. And yet the trial judge referred principally in his reasons, and particularly in testing the defendant's conduct, to the statistics recounted by Dr. Hughes, which there was no suggestion the doctor attempted to use. If the difference is based solely or partly on the personal experience of the surgeons, and there is in the evidence some reason suggested that this may be so, then perhaps the explanation lies in the nature of the cases that each has dealt with and that the chance of survivorship of those undertaken by one was less than the other. If this is so, there may have been good reason not to mention statistics to the patient, but rather to simply contrast his position if he undertakes the surgery with that of not undertaking it and urge him to proceed because of his youth and strength giving some assurance of survivorship. I do not think the evidence justifies the statement made by the learned trial judge and I would hesitate to lay down any such requirements, for in my view statistics can be very misleading. The manner in which the nature and degree of risk is explained to a particular patient is better left to the judgment of the doctor in dealing with the man before him. Its adequacy can be simply tested.

nées statistiques. Seul le Dr Elgie a parlé de statistiques en expliquant de quelle façon il conseillerait un patient dont il cherche à obtenir le consentement pour pratiquer cette opération et, à cet égard, sa réponse est différente de celle du Dr Schacter.

Le juge Brooke a fait une critique sévère de l'utilisation de statistiques non expliquées qui paraissent se rapporter au degré de risque que comporte une opération particulière. Voici ce qu'il a dit à cet égard:

[TRADUCTION] Il suffit de remarquer à quel point les statistiques données par les docteurs Hughes et Elgie dans leur témoignage varient pour démontrer la confusion qui pourrait résulter de leur utilisation. En contre-interrogatoire le Dr Hughes a répondu qu'il évaluait à 4 pour cent la possibilité de décès résultant de l'opération, ce qui correspond au plus haut pourcentage donné par le Dr Elgie qui la situe entre 2 et 4 pour cent. Relativement aux accidents cérébro-vasculaires entraînant la paralysie ou une invalidité temporaire, le Dr Hughes a évalué la possibilité à 10 pour cent, ce qui est cinq fois le plus petit pourcentage donné par le Dr Elgie et presque deux fois et demi son pourcentage le plus élevé. Cumulativement, les pourcentages du Dr Hughes totalisent 14 pour cent ce qui est trois fois plus que l'évaluation la plus basse du Dr Elgie et deux fois plus que son évaluation la plus haute. Elles diffèrent vraiment beaucoup. On n'a pas expliqué la raison de cette différence. Personne ne l'a demandé aux médecins. Et pourtant, dans ses motifs et, en particulier, dans son analyse de la conduite du défendeur, le juge de première instance a mentionné principalement les statistiques données par le Dr Hughes bien que l'on n'ait pas allégué que le médecin ait voulu s'en servir. Si la différence résulte uniquement ou partiellement de l'expérience personnelle des chirurgiens, comme semblent l'indiquer certains éléments de preuve, alors peut-être s'explique-t-elle par la nature des cas rencontrés par chacun des médecins, et les chances de survie dans les cas traités par l'un d'eux étaient inférieures à celles des cas traités par l'autre. Si tel est le cas, il y avait peut-être de bonnes raisons de ne pas mentionner de statistiques au patient, mais de simplement comparer sa situation s'il subit l'opération et s'il refuse de la subir, et de l'encourager à la subir compte tenu de son jeune âge et de sa force qui lui assuraient des chances de survie. Je ne crois pas que la preuve justifie la déclaration du savant juge de première instance et j'hésiterais à formuler de telles exigences car, à mon avis, les statistiques peuvent être très trompeuses. Il est préférable de laisser à la discrétion du médecin la façon d'expliquer à un patient donné la nature et le degré de risque que comporte l'intervention. La suffisance de l'explication est facile à vérifier.