

**Dr. D. H. Farrell** Appellant

v.

**Margaret Snell** Respondent

INDEXED AS: SNELL v. FARRELL

File No.: 20873.

1989: December 6; 1990: August 16.

Present: Dickson C.J.\* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEW BRUNSWICK

*Physicians and surgeons — Medical malpractice — Negligence — Causation — Surgeon removing cataract from patient's eye — Patient later losing sight in that eye as a result of optic nerve atrophy — Expert witnesses unable to state with certainty whether the operation caused the atrophy — Whether burden of proof of causation in a malpractice case is on the plaintiff.*

*Negligence — Causation — Medical malpractice — Burden of proof — Surgeon removing cataract from patient's eye — Patient later losing sight in that eye as a result of optic nerve atrophy — Expert witnesses unable to state with certainty whether the operation caused the atrophy — Whether burden of proof of causation in a malpractice case is on the plaintiff.*

The appellant, an ophthalmologist, performed surgery on the respondent to remove a cataract from her right eye. After injecting a local anaesthetic into the retrobulbar muscles behind the eyeball, the appellant noticed a small discolouration, which he stated on discovery was a very small retrobulbar bleed. On palpating the eye, he found that it was not hard, and there were no other signs of retrobulbar haemorrhage. After waiting thirty minutes he proceeded with the operation. Following the surgery there was blood in the vitreous chamber of the eye. When the chamber cleared some nine months later the appellant was able to see for the first time that the optic nerve had atrophied, resulting in a loss of sight in the respondent's right eye. One possible cause of optic nerve atrophy is pressure due to retrobulbar haemorrhage. Neither of the expert witnesses was able to state with certainty what caused

**D' D. H. Farrell** Appellant

c.

**Margaret Snell** Intimée

<sup>a</sup> RÉPERTORIÉ: SNELL c. FARRELL

N° du greffe: 20873.

1989: 6 décembre; 1990: 16 août.

<sup>b</sup> Présents: Le juge en chef Dickson\* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU  
<sup>c</sup> NOUVEAU-BRUNSWICK

*Médecins et chirurgiens — Faute médicale — Négligence — Causalité — Le chirurgien a enlevé une cataracte de l'œil de la patiente — La patiente a par la suite perdu la vision dans cet œil en raison d'une atrophie du nerf optique — Les témoins experts n'ont pas été en mesure de dire avec certitude si l'intervention avait causé l'atrophie — Le fardeau de la preuve d'un lien de causalité dans une affaire de faute professionnelle incombe-t-il au demandeur?*

<sup>e</sup> *Négligence — Causalité — Faute médicale — Fardeau de la preuve — Le chirurgien a enlevé une cataracte de l'œil de la patiente — La patiente a par la suite perdu la vision dans cet œil en raison d'une atrophie du nerf optique — Les témoins experts n'ont pas été en mesure de dire avec certitude si l'intervention avait causé l'atrophie — Le fardeau de la preuve d'un lien de causalité dans une affaire de faute professionnelle incombe-t-il au demandeur?*

<sup>g</sup> L'appellant, un ophtalmologue, a pratiqué une intervention chirurgicale sur l'intimée pour enlever une cataracte de son œil droit. Après avoir procédé à une anesthésie locale des muscles rétrooculaires situés derrière le globe oculaire, l'appellant a remarqué une légère décoloration dont il a dit, à l'interrogatoire préalable, <sup>h</sup> qu'il s'agissait d'un très faible saignement rétrooculaire. Il a palpé l'œil et a conclu qu'il n'était pas ferme et qu'il n'y avait aucun autre signe d'hémorragie rétrooculaire. Après une attente de trente minutes, il a commencé l'intervention chirurgicale. Après l'intervention, il y <sup>i</sup> avait du sang dans l'espace compris entre la rétine et la face postérieure du cristallin. Lorsque cet espace s'est dégagé environ neuf mois plus tard, l'appellant a été en mesure de constater pour la première fois l'atrophie du nerf optique qui a entraîné la perte de vision de l'œil droit de l'intimée. Une cause possible de l'atrophie du <sup>j</sup>

\* Chief Justice at the time of hearing.

\* Juge en chef à la date de l'audition.

the atrophy in this case or when it occurred. The trial judge accepted the expert evidence that where there is bleeding other than the obvious pinprick of the needle, the operation should not be continued. Relying on the decision of the House of Lords in *McGhee v. National Coal Board*, he concluded that the respondent had prima facie proved that the appellant's actions had caused her injury and that the appellant had not satisfied the onus that had shifted to him. The trial judge accordingly found the appellant liable in negligence. The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

While proof of causation in medical malpractice cases is often difficult for the patient, it is unnecessary to adopt either of the alternatives arising out of the *McGhee* case—namely, that the plaintiff simply prove that the defendant created a risk that the injury which occurred would occur, or that the defendant has the burden of disproving causation—since, properly applied, the traditional principles relating to causation are adequate to the task. Adoption of either of the proposed alternatives would have the effect of compensating plaintiffs where a substantial connection between the injury and the defendant's conduct is absent. A plaintiff should not be compensated by reversing the burden of proof for an injury that may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone.

Dissatisfaction with the traditional approach to causation stems to a large extent from its too rigid application in many cases. Causation need not be determined with scientific precision. In many malpractice cases, the facts lie particularly within the knowledge of the defendant, and very little affirmative evidence on the part of the plaintiff will justify the drawing of an inference of causation in the absence of evidence to the contrary. It is not strictly accurate to speak of the burden of proof shifting to the defendant when what is meant is that evidence adduced by the plaintiff may result in an inference being drawn adverse to the defendant. The legal or ultimate burden remains with the plaintiff, but in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced. If some

nerf optique est la pression due à l'hémorragie rétrooculaire. Aucun des témoins experts n'a été en mesure d'exprimer avec certitude une opinion sur la cause de l'atrophie dans ce cas ou sur le moment où elle s'est produite. Le juge de première instance a admis le témoignage de l'expert selon lequel lorsqu'il y a un saignement autre que celui de la marque de piqûre de l'aiguille, l'intervention chirurgicale devrait être arrêtée. Se fondant sur l'arrêt de la Chambre des lords *McGhee v. National Coal Board*, il a conclu que l'intimée avait démontré à première vue que les actes de l'appelant avaient causé ses blessures et que l'appelant ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait. Le juge de première instance a, par conséquent, conclu que l'appelant était responsable de négligence. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'appelant.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Bien qu'il soit souvent difficile pour le patient de faire la preuve d'un lien de causalité dans les cas de faute médicale, il n'est pas nécessaire d'adopter l'une des possibilités qui découlent de l'arrêt *McGhee*—c'est-à-dire, que le demandeur démontre simplement que le défendeur a créé un risque que le préjudice qui s'est produit se produise, ou que le défendeur a le fardeau de réfuter l'existence du lien de causalité—puisque, s'ils sont bien appliqués, les principes relatifs à la causalité fonctionnent adéquatement. L'adoption de l'une ou l'autre des solutions proposées aurait pour effet d'indemniser le demandeur en l'absence d'un rapport important entre le préjudice subi et la conduite du défendeur. Un demandeur ne devrait pas être indemnisé par le renversement du fardeau de la preuve en ce qui a trait à un préjudice qui peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne.

Le mécontentement à l'égard de la façon traditionnelle d'aborder la causalité dépend dans une large mesure de son application trop rigide dans un grand nombre d'affaires. La causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique. Dans un grand nombre d'affaires en matière de faute professionnelle, le défendeur possède une connaissance particulière des faits et il suffit de très peu d'éléments de preuve affirmative de la part du demandeur pour justifier une déduction de causalité en l'absence de preuve contraire. Il n'est pas tout à fait exact de parler d'un déplacement du fardeau vers le défendeur lorsqu'on veut dire que la preuve présentée par le demandeur peut avoir comme résultat une inférence défavorable au défendeur. Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais en l'absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite

evidence to the contrary is adduced by the defendant, the trial judge should weigh that evidence according to the proof. It is therefore not essential that the medical experts provide a firm opinion supporting the plaintiff's theory of causation. Medical experts ordinarily determine causation in terms of certainties whereas a lesser standard is demanded by the law. It is the function of the trier of fact, not the medical witnesses, to make a legal determination of the question of causation.

In this case, the appellant was negligent in continuing with the operation when retrobulbar bleeding occurred. This finding was not contested and was fully supported by the evidence. It was common ground that the respondent's blindness occurred due to atrophy or death of the optic nerve which was occasioned by a stroke. There were two possible causes of the stroke, one of which was natural and the other due to continuing the operation. The trial judge virtually ruled out natural causes when he found that retrobulbar bleeding was facilitated during the operation. The trial judge's subsequent finding that the respondent had *prima facie* proved that the appellant's actions caused her injury and that the appellant had not satisfied the onus shifted to him can be read as a finding of causation inferred from the circumstances. While such a reading was probably not intended by the trial judge, had he applied the proper principles of law, he would have drawn an inference of causation between the appellant's negligence and the injury to the respondent. By continuing the operation, which was found by the trial judge to constitute negligence, the appellant made it impossible for the respondent or anyone else to detect the bleeding which is alleged to have caused the injury. In these circumstances, it was open to the trial judge to draw the inference that the injury was caused by the retrobulbar bleeding. The fact that testing the eye for hardness did not disclose bleeding is insufficient to rebut this inference.

#### Cases Cited

**Not followed:** *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1; **considered:** *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557, rev'g [1987] 2 W.L.R. 425; **referred to:** *Finlay v. Auld*, [1975] 1 S.C.R. 338; *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d

même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite. Si le défendeur présente des éléments de preuve contraires, le juge de première instance devrait apprécier ces éléments de preuve en fonction de la preuve. Par conséquent, il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l'appui de la théorie de la causalité du demandeur. Les experts médicaux déterminent habituellement l'existence de causalité en des termes de certitude, alors qu'une norme inférieure est exigée par le droit. C'est au juge des faits et non aux témoins experts médicaux qu'il appartient de rendre une décision juridique sur la question de la causalité.

En l'espèce, l'appellant a fait preuve de négligence en continuant l'intervention chirurgicale lorsqu'un saignement rétrooculaire est survenu. Cette conclusion n'est pas contestée et est entièrement appuyée par la preuve. Il est admis que la cécité de l'intimée s'est produite par suite de l'atrophie ou de la mort du nerf optique qui a été causée par un accident vasculaire. Il y avait deux causes possibles pour expliquer l'accident, l'une était naturelle et l'autre découlait de la poursuite de l'opération. Le juge de première instance a virtuellement écarté les causes naturelles lorsqu'il a conclu qu'un saignement dans l'espace rétrooculaire avait été favorisé au cours de l'intervention chirurgicale. La conclusion subséquente du juge de première instance selon laquelle l'intimée avait démontré à première vue que les actes de l'appellant lui avaient causé un préjudice et que l'appellant ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait peut être interprétée comme une conclusion de causalité déduite des circonstances. Bien qu'une telle interprétation n'ait probablement pas été voulue par le juge de première instance, s'il avait appliqué les bons principes de droit, il aurait déduit qu'il y avait un lien de causalité entre la négligence de l'appellant et le préjudice causé à l'intimée. En poursuivant l'intervention qui, selon le juge de première instance, a constitué de la négligence, l'appellant a rendu impossible pour l'intimée ou pour toute autre personne de déceler le saignement qui, allégué-t-on, a causé le préjudice. Dans de telles circonstances, le juge de première instance pouvait déduire que le préjudice a été causé par le saignement rétrooculaire. Le fait que la vérification de la fermeté de l'œil n'a pas révélé de saignement est insuffisant pour réfuter cette déduction.

#### Jurisprudence

**Arrêt non suivi:** *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1; **arrêt examiné:** *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557, inf. [1987] 2 W.L.R. 425; **arrêts mentionnés:** *Finlay v. Auld*, [1975] 1 R.C.S. 338; *Sindell v. Abbott Laborato-*

924 (1980); *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481; *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Summers v. Tice* (1948), 5 A.L.R. (2d) 91; *Interlake Tissue Mills Co. v. Salmon and Beckett*, [1949] 1 D.L.R. 207; *Cudney v. Clements Motor Sales Ltd.*, [1969] 2 O.R. 209; *Kirk v. McLaughlin Coal & Supplies Ltd.*, [1968] 1 O.R. 311; *Jackson v. Millar* (1972), 31 D.L.R. (3d) 263; *Powell v. Guttman* (1978), 89 D.L.R. (3d) 180; *Letnick v. Toronto (Municipality of Metropolitan)*, [1988] 2 F.C. 399; *Dalpe v. City of Edmundston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102; *Nowasco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 228; *Rendall v. Ewert* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 1; *Kitchen v. McMullen* (1989), 100 N.B.R. (2d) 91; *Westco Storage Ltd. v. Inter-City Gas Utilities Ltd.*, [1989] 4 W.W.R. 289; *Haag v. Marshall*, [1990] 1 W.W.R. 361; *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475; *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Cummings v. City of Vancouver* (1911), 1 W.W.R. 31; *Dunlop Holdings Ltd.'s Application*, [1979] R.P.C. 523; *Diamond v. British Columbia Thoroughbred Breeders' Society* (1965), 52 D.L.R. (2d) 146; *Pleet v. Canadian Northern Quebec R. Co.* (1921), 64 D.L.R. 316; *Guaranty Trust Co. of Canada v. Mall Medical Group*, [1969] S.C.R. 541; *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959).

#### Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Fleming, John G. "Probabilistic Causation in Tort Law" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 661.

Great Britain. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. *Report*, vol. I. London: H. M. Stationery Off., 1978.

Harvey, David M. *Medical Malpractice*. Indianapolis: A. Smith, 1973.

Louisell, David W. *Medical Malpractice*, vol. 3. By Charles Kramer. New York: Matthew Bender, 1977-1990.

Posner, James R. "Trends in Medical Malpractice Insurance, 1970-1985", 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 37.

Robinson, Glen O. "The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: A Retrospective", 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 5.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown & Co., 1981.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1988), 84 N.B.R. (2d) 401, 214 A.P.R. 401, affirming the judgment of the

*ries*, 607 P.2d 924 (1980); *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481; *Cook v. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Summers v. Tice* (1948), 5 A.L.R. (2d) 91; *Interlake Tissue Mills Co. v. Salmon and Beckett*, [1949] 1 D.L.R. 207; *Cudney v. Clements Motor Sales Ltd.*, [1969] 2 O.R. 209; *Kirk v. McLaughlin Coal & Supplies Ltd.*, [1968] 1 O.R. 311; *Jackson v. Millar* (1972), 31 D.L.R. (3d) 263; *Powell v. Guttman* (1978), 89 D.L.R. (3d) 180; *Letnick c. Toronto (Municipalité de la communauté urbaine)*, [1988] 2 C.F. 399; *Dalpe v. City of Edmundston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102; *Nowasco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 228; *Rendall v. Ewert* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 1; *Kitchen c. McMullen* (1989), 100 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 91; *Westco Storage Ltd. v. Inter-City Gas Utilities Ltd.*, [1989] 4 W.W.R. 289; *Haag v. Marshall*, [1990] 1 W.W.R. 361; *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475; *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Cummings v. City of Vancouver* (1911), 1 W.W.R. 31; *Dunlop Holdings Ltd.'s Application*, [1979] R.P.C. 523; *Diamond v. British Columbia Thoroughbred Breeders' Society* (1965), 52 D.L.R. (2d) 146; *Pleet v. Canadian Northern Quebec R. Co.* (1921), 64 D.L.R. 316; *Guaranty Trust Co. of Canada v. Mall Medical Group*, [1969] R.C.S. 541; *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959).

#### Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Fleming, John G. «Probabilistic Causation in Tort Law» (1989), 68 *R. du B. can.* 661.

Great Britain. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury. *Report*, vol. I. London: H. M. Stationery Off., 1978.

Harvey, David M. *Medical Malpractice*. Indianapolis: A. Smith, 1973.

Louisell, David W. *Medical Malpractice*, vol. 3. By Charles Kramer. New York: Matthew Bender, 1977-1990.

Posner, James R. «Trends in Medical Malpractice Insurance, 1970-1985», 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 37.

Robinson, Glen O. «The Medical Malpractice Crisis of the 1970's: A Retrospective», 49 *Law & Contemp. Probs.*, Spring 1986, p. 5.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown & Co., 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1988), 84 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 401, 214 A.P.R. 401, qui a confirmé l'arrêt de la

Court of Queen's Bench (1986), 77 N.B.R. (2d) 222, 195 A.P.R. 222, 40 C.C.L.T. 298, finding the appellant liable in negligence for the respondent's loss of vision in her right eye. Appeal dismissed.

*B. A. Crane, Q.C., and Margaret Ross*, for the appellant.

*E. Neil McKelvey, Q.C., and Kenneth B. McCulloch*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The issue of law in this case is whether the plaintiff in a malpractice suit must prove causation in accordance with traditional principles or whether recent developments in the law justify a finding of liability on the basis of some less onerous standard. The practical effect of a determination of this issue will be whether the appellant was liable for the loss by the respondent of the vision in her right eye.

#### The Facts

The respondent, age 70 at the time of trial, consulted the appellant with respect to problems with her vision. The appellant is a medical doctor specializing in the field of ophthalmology. The respondent was "legally blind" in her right eye. She was advised that she had a cataract which should be surgically removed. After the appellant had explained the operation and the risks involved, the respondent consented. The accepted procedure for elderly patients consisted of local anaesthetization, to avoid risks associated with general anaesthetic, followed by removal of the cataract and implantation of a prosthetic lens into the anterior chamber of the eye behind the cornea.

The procedure is first to anaesthetize the eyelid to prevent blinking. Then a needle is inserted underneath the eyeball to inject anaesthetic into the retrobulbar muscles behind the eyeball to prevent movement and pain. These muscles control eye movement and surround the optic nerve. One complication, which occurs in one to three percent

Cour du Banc de la Reine (1986), 77 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 222, 195 A.P.R. 222, 40 C.C.L.T. 298, qui avait déclaré l'appelant responsable de négligence pour la perte de vision de l'œil droit de l'intimée. Pour-  
a voi rejeté.

*B. A. Crane, c.r., et Margaret Ross*, pour l'appelant.

*E. Neil McKelvey, c.r., et Kenneth B. McCulloch*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—La question de droit soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si le demandeur dans une poursuite en matière de faute professionnelle doit démontrer le lien de causalité conformément aux principes traditionnels ou si des décisions récentes dans ce domaine du droit justifient une conclusion de responsabilité selon une norme moins exigeante. L'effet pratique d'une décision sur cette question sera de savoir si l'appelant est responsable de la perte de vision de l'œil droit de l'intimée.

#### Les faits

L'intimée, qui était âgée de 70 ans au moment du procès, a consulté l'appelant relativement à des problèmes de vision. L'appelant est un médecin spécialisé dans le domaine de l'ophtalmologie. L'intimée était «juridiquement aveugle» de l'œil droit. On lui a dit qu'elle avait une cataracte qui devrait être enlevée par intervention chirurgicale. Après que l'appelant eut expliqué l'intervention et ses risques inhérents, l'intimée a donné son consentement. L'anesthésie locale constituait la procédure normale pour les patients plus âgés, afin d'éviter les risques découlant d'une anesthésie générale, suivie de l'ablation de la cataracte et de l'implantation d'une lentille intra-oculaire dans l'espace antérieur de l'œil derrière la cornée.

Il convient d'abord d'anesthésier la paupière pour l'empêcher de cligner. Ensuite une aiguille est introduite sous le globe oculaire pour anesthésier les muscles rétrooculaires situés derrière celui-ci pour empêcher le mouvement et la douleur. Ces muscles contrôlent le mouvement de l'œil et entourent le nerf optique. Une complication, qui se

of cases, is haemorrhage in the retrobulbar area caused by inserting the needle. There is no treatment for such haemorrhage but to let it be reabsorbed naturally. A common result of such haemorrhage is pressure behind the eyeball, which can cause the contents of the eye to be expelled when an incision is made in the cornea during the procedure to remove the cataract. Both experts testifying at trial stated that if retrobulbar haemorrhage occurs, the operation should not be continued. They also testified that an incision into the eye would remove the tamponade effect created by an intact eyeball, allowing a retrobulbar haemorrhage to flow more freely.

The classic symptoms of retrobulbar haemorrhage are redness of the eyelids where they touch the eyeball, and hardness of the eye. After injecting the anaesthetic into the retrobulbar area of the eye, Dr. Farrell noticed a small discolouration, one to two centimeters in diameter, at the puncture site below the eye on the surface of the skin. On discovery he stated that this was a very small retrobulbar bleed. He palpitated the eye, finding that it was not hard, and there were no other signs of retrobulbar haemorrhage. After waiting thirty minutes he proceeded with the surgery. The operation went normally. The trial judge accepted Mrs. Snell's evidence that Dr. Farrell told another doctor assisting him that he would have to hurry the operation.

Following the surgery Mrs. Snell developed excruciating pain and was given pain killers. That evening Dr. Farrell removed the patch on Mrs. Snell's eye, finding more blood than at the time of surgery. A retrobulbar bleed had obviously occurred. Dr. Farrell found there to be pressure on the eye, although it was not too great and he did not accurately measure it until a month later. There was blood in the anterior chamber, which cleared rapidly, and blood in the vitreous chamber, which took some nine months to clear. When the vitreous chamber cleared Dr. Farrell was able to see for the first time that the optic nerve had

produit dans 1 à 3 pour 100 des cas, est l'hémorragie dans l'espace rétrooculaire causée par l'insertion de l'aiguille. Il n'y a aucun traitement pour une telle hémorragie si ce n'est de la laisser se résorber naturellement. Une telle hémorragie provoque normalement de la pression derrière le globe oculaire, ce qui peut entraîner une expulsion du contenu de l'œil lorsqu'une incision est effectuée sur la cornée pendant l'ablation de la cataracte. Les deux experts qui ont déposé au procès ont dit qu'en cas d'hémorragie rétrooculaire l'opération devrait être arrêtée. Ils ont également déposé qu'une incision dans l'œil réduirait l'effet de tampon créé par un globe oculaire intact, permettant à l'hémorragie rétrooculaire de s'écouler plus librement.

Les symptômes classiques d'une hémorragie rétrooculaire sont la rougeur des paupières à l'endroit où elles entrent en contact avec le globe oculaire et la fermeté de l'œil. Après avoir injecté l'anesthésiant dans l'espace rétrooculaire de l'œil, le Dr Farrell a remarqué une légère décoloration, de un à deux centimètres de diamètre, à l'endroit de la piqûre sous l'œil sur la surface de la peau. À l'interrogatoire préalable, il a dit qu'il s'agissait d'un très faible saignement rétrooculaire. Il a palpé l'œil et a conclu qu'il n'était pas ferme et qu'il n'y avait aucun autre signe d'hémorragie rétrooculaire. Après une attente de trente minutes, il a commencé l'intervention chirurgicale. L'opération s'est déroulée normalement. Le juge de première instance a admis le témoignage de M<sup>me</sup> Snell selon lequel le Dr Farrell a dit à un autre médecin qui l'assistait qu'il devrait accélérer l'opération.

Après l'intervention, M<sup>me</sup> Snell a ressenti une douleur atroce et a reçu des analgésiques. Ce soir-là, le Dr Farrell a retiré le pansement de l'œil de M<sup>me</sup> Snell et a constaté qu'il y avait plus de sang qu'au moment de l'intervention. De toute évidence il y avait eu un saignement rétrooculaire. Le Dr Farrell a constaté qu'il y avait de la pression sur l'œil bien qu'elle n'ait pas été trop forte et il ne l'a pas mesurée avec précision avant qu'il ne s'écoule un mois. Il y avait du sang dans l'espace antérieur, qui s'est rapidement dissipé et du sang dans l'espace compris entre la rétine et la face postérieure du cristallin qui a pris environ neuf

atrophied, resulting in the loss of sight in Mrs. Snell's right eye.

Atrophy results from a loss of the optic nerve's blood supply. One possible cause is pressure due to retrobulbar haemorrhage. The plaintiff's expert, Dr. Samis, examined Mrs. Snell in 1985 (about 17 months after the operation) finding new blood vessel formation in the iris, which indicated that she had suffered a stroke in the back of the eye at some point. He could not identify what caused the stroke. He testified that a major cause of optic nerve atrophy is a stroke in the eye itself, which is most likely in a patient with cardiovascular disease, high blood pressure or diabetes. Mrs. Snell suffered from the latter two conditions, although only to the extent that they were controlled by diet rather than medication. Mrs. Snell also suffered from severe glaucoma, which over a long period can also cause optic nerve atrophy. The plaintiff's expert testified that it was unusual to have chronic glaucoma in just one eye, like Mrs. Snell, unless there has been an intervention of some type. The only intervention of which the expert was aware was the operation itself.

Neither expert was able to express with certainty an opinion as to what caused the atrophy in this case or when it occurred.

The respondent succeeded in an action against the appellant in the Court of Queen's Bench of New Brunswick, the trial judge finding that the appellant was liable in negligence: (1986), 77 N.B.R. (2d) 222. The appellant's appeal to the Court of Appeal of New Brunswick was dismissed: (1988), 84 N.B.R. (2d) 401.

mois à se résorber. Lorsque cet espace s'est dégagé, le D<sup>r</sup> Farrell a été en mesure de constater pour la première fois l'atrophie du nerf optique qui a entraîné la perte de vision de l'œil droit de M<sup>me</sup> Snell.

L'atrophie est due à une perte d'approvisionnement sanguin du nerf optique. Une cause possible est la pression due à l'hémorragie rétrooculaire. L'expert de la demanderesse, le D<sup>r</sup> Samis, a examiné M<sup>me</sup> Snell en 1985 (environ 17 mois après l'opération) et a constaté la formation de nouveaux vaisseaux sanguins dans l'iris, ce qui indiquait qu'elle avait subi un accident vasculaire en arrière de l'œil à un certain moment. Il ne pouvait pas identifier la cause de cet accident vasculaire. Il a déposé qu'une cause importante de l'atrophie du nerf optique est l'accident vasculaire dans l'œil lui-même, qui est plus susceptible de se produire chez un patient atteint de maladie cardio-vasculaire, souffrant d'hypertension artérielle ou du diabète. Madame Snell souffrait de ces deux dernières maladies, bien que seulement dans une mesure se prêtant à contrôle par régime plutôt que par médicaments. Madame Snell souffrait également de glaucome grave, ce qui, à long terme, peut également causer une atrophie du nerf optique. L'expert de la demanderesse a déposé qu'il était inhabituel de souffrir de glaucome chronique dans un seul œil, comme M<sup>me</sup> Snell, en l'absence d'un traumatisme quelconque. Le seul traumatisme dont l'expert était au courant était l'opération elle-même.

Aucun expert n'a été en mesure d'exprimer avec certitude une opinion sur la cause de l'atrophie dans ce cas ou sur le moment où elle s'est produite.

L'intimée a eu gain de cause dans une action intentée contre l'appelant devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, le juge de première instance concluant que l'appelant était responsable de négligence: (1986), 77 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 222. L'appel de l'appelant interjeté devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a été rejeté: (1988), 84 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 401.

Judgments*Court of Queen's Bench*

The respondent sued claiming in both negligence and battery. Considering his conclusion with respect to negligence, the trial judge did not make a finding with respect to battery.

The trial judge accepted the appellant's evidence that the respondent did not develop the hardening of the eye ordinarily associated with a retrobulbar bleed. He concluded, however, that the appellant had thought that there was a small retrobulbar bleed and that he would have to work quickly before it exerted pressure on the content of the eye. He remarked that the appellant's decision "went beyond a judgment call" and he accepted the evidence of the expert Dr. Samis that, where there is bleeding other than the obvious pinprick of the needle, the operation should be aborted as it is impossible to determine the location of the bleeding.

Turnbull J. was of the opinion that once the appellant had made the decision to proceed with the operation the onus shifted to him under the doctrine of *res ipsa loquitur*. In so concluding, he relied upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Finlay v. Auld*, [1975] 1 S.C.R. 338. However, as the defendant could provide an explanation of the occurrence equally consistent with there being no negligence, the plaintiff could not succeed under this doctrine.

Although neither of the expert witnesses called by the parties could say whether the operation had caused the injury, the trial judge was satisfied that the facts of the case at bar brought it "within an emerging branch of the law of causation" whereby the onus to disprove causation shifts to the defendant in certain circumstances. In this regard, he relied on the decision of the House of Lords in *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1. He concluded that the respondent had prima facie proved that the appellant's actions had caused her injury and that the appellant had not

Les jugements*Cour du Banc de la Reine*

L'intimée a intenté des poursuites fondées sur la négligence et les voies de fait. Compte tenu de sa conclusion relative à la négligence, le juge de première instance n'a pas rendu de décision relativement aux voies de fait.

Le juge de première instance a admis le témoignage de l'appelant selon lequel l'intimée n'avait pas démontré de durcissement de l'œil ordinairement associé à un saignement rétrooculaire. Toutefois, il a conclu que l'appelant avait pensé qu'il y avait un léger saignement rétrooculaire et qu'il devrait travailler rapidement avant que ne survienne une pression sur le contenu de l'œil. Il a fait remarquer que la décision de l'appelant «n'a pas tenu compte du bon sens» et il a accepté le témoignage de l'expert, le Dr Samis, selon lequel lorsqu'il y a un saignement autre que celui de la marque de piqûre de l'aiguille, l'intervention chirurgicale devrait être arrêtée car il est impossible de déterminer d'où provient le saignement.

Le juge Turnbull était d'avis que, lorsque l'appelant a pris la décision de poursuivre l'intervention chirurgicale, le principe *res ipsa loquitur* a eu pour effet de déplacer le fardeau de la preuve et de le lui imposer. Il a fondé cette conclusion sur l'arrêt de notre Cour *Finlay c. Auld*, [1975] 1 R.C.S. 338. Toutefois, étant donné que le défendeur pouvait donner de ce qui s'était produit une explication également compatible avec l'absence de négligence, la demanderesse ne pouvait avoir gain de cause en vertu de ce principe.

Bien qu'aucun des témoins experts cités par les parties n'ait pu dire si l'intervention chirurgicale avait causé le préjudice, le juge de première instance était convaincu que les faits de l'espèce l'inscrivaient «dans une nouvelle catégorie du droit relatif au lien de causalité» en vertu de laquelle le fardeau de réfuter la causalité incombe au défendeur dans certaines circonstances. À cet égard, il s'est fondé sur l'arrêt de la Chambre des lords *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1. Il a conclu que l'intimée avait démontré à première vue que les actes de l'appelant avaient



satisfied the onus that had shifted to him. Therefore causation, and negligence, was made out.

### *Court of Appeal*

In the opinion of the Court of Appeal, the evidence supported the trial judge's conclusion that the appellant recognized a small retrobulbar haemorrhage following his administration of the anaesthetic. Hoyt J.A. considered *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1987] 2 W.L.R. 425 (C.A.), and approved of the analysis of *McGhee*, *supra*, by Mustill L.J. According to Mustill L.J. if it is established that conduct of a certain kind materially adds to the risk of injury, if the defendant engages in such conduct in breach of a common law duty, and if the injury is the kind to which the conduct related, then the defendant is taken to have caused the injury even though the existence and extent of the contribution made by the breach cannot be ascertained. The Court of Appeal found that Turnbull J. was correct in applying the decision of the House of Lords in *McGhee*. The conduct of the appellant, in not aborting the operation, made it more likely that the respondent, to whom the appellant owed a duty, would lose the sight in her right eye.

### The Issues

1. Is the burden of proof of causation in a medical malpractice case on the plaintiff and if so, how is it satisfied?
2. If the burden of proof of causation is on the plaintiff, did the trial judge infer causation in this case and if not, ought he to have done so?

### Causation—Principles

Both the trial judge and the Court of Appeal relied on *McGhee*, which (subject to its re-interpretation in the House of Lords in *Wilsher*) purports to depart from traditional principles in the

causé ses blessures et que l'appelant ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait. Par conséquent, l'existence du lien de causalité et de la négligence était établie.

*a*

### *Cour d'appel*

De l'avis de la Cour d'appel, la preuve appuyait la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appelant avait constaté une légère hémorragie rétrooculaire après l'injection de l'anesthésiant. Le juge Hoyt a examiné l'arrêt *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1987] 2 W.L.R. 425 (C.A.), et a approuvé l'analyse de l'arrêt *McGhee*, précité, qu'a faite le lord juge Mustill. Selon le lord juge Mustill, s'il est démontré qu'un certain genre de conduite augmente sensiblement le risque de préjudice, si le défendeur adopte une telle conduite contrairement à une obligation de common law et si le préjudice est du genre qui se rapporte à la conduite, alors le défendeur est réputé avoir causé le préjudice même s'il est impossible de vérifier l'existence et l'étendue de la contribution apportée par la violation. La Cour d'appel a conclu que le juge Turnbull avait eu raison d'appliquer l'arrêt *McGhee* de la Chambre des lords. La conduite de l'appelant, en ne mettant pas fin à l'intervention chirurgicale, a augmenté le risque que l'intimée, envers laquelle l'appelant avait une obligation, perde l'usage de son œil droit.

### Les questions en litige

1. Le fardeau de prouver l'existence d'un lien de causalité dans une affaire de faute médicale incombe-t-il au demandeur et, dans l'affirmative, comment s'en acquitte-t-il?
2. Si le fardeau de prouver l'existence d'un lien de causalité incombe au demandeur, le juge de première instance a-t-il conclu à l'existence d'un lien de causalité en l'espèce et, dans la négative, aurait-il dû le faire?

### La causalité—Les principes

Le juge de première instance et la Cour d'appel se sont fondés sur l'arrêt *McGhee* qui (sous réserve d'une nouvelle interprétation de la Chambre des lords dans l'arrêt *Wilsher*) paraît s'écarter des

law of torts that the plaintiff must prove on a balance of probabilities that, but for the tortious conduct of the defendant, the plaintiff would not have sustained the injury complained of. In view of the fact that *McGhee* has been applied by a number of courts in Canada to reverse the ordinary burden of proof with respect to causation, it is important to examine recent developments in the law relating to causation and to determine whether a departure from well-established principles is necessary for the resolution of this appeal.

The traditional approach to causation has come under attack in a number of cases in which there is concern that due to the complexities of proof, the probable victim of tortious conduct will be deprived of relief. This concern is strongest in circumstances in which, on the basis of some percentage of statistical probability, the plaintiff is the likely victim of the combined tortious conduct of a number of defendants, but cannot prove causation against a specific defendant or defendants on the basis of particularized evidence in accordance with traditional principles. The challenge to the traditional approach has manifested itself in cases dealing with non-traumatic injuries such as man-made diseases resulting from the widespread diffusion of chemical products, including product liability cases in which a product which can cause injury is widely manufactured and marketed by a large number of corporations. The developments in this area are admirably surveyed by Professor John G. Fleming in "Probabilistic Causation in Tort Law" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 661. Except for the United States, this challenge has had little impact in the common law jurisdictions. Even in the United States, its effect has been sporadic. In the area referred to above, courts in some states have experimented with a theory of probability which requires proof on the basis of probability at less than 51 percent, and apportionment of liability among defendant manufacturers of the product in

principes traditionnels du droit en matière de responsabilité civile délictuelle, selon lesquels le demandeur doit démontrer d'après une prépondérance des probabilités que, n'eût été la conduite délictueuse du défendeur, le demandeur n'aurait pas subi le préjudice reproché. Compte tenu du fait que l'arrêt *McGhee* a été appliqué par un certain nombre de tribunaux au Canada pour renverser le fardeau de la preuve ordinaire en matière de causalité, il est important d'examiner l'évolution récente du droit en matière de causalité et de déterminer s'il est nécessaire de s'écarter des principes bien établis pour résoudre le présent pourvoi.

La position traditionnelle en matière de causalité a été contestée dans un certain nombre d'affaires dans lesquelles on s'inquiète de ce qu'en raison de la complexité de la preuve la victime probable de la conduite délictueuse sera privée de réparation. Cette inquiétude est plus forte dans les circonstances où, selon un certain pourcentage de probabilités statistiques, le demandeur est la victime probable de la conduite délictueuse conjuguée d'un certain nombre de défendeurs, mais ne peut démontrer l'existence d'un lien de causalité à l'égard d'un seul ou de plusieurs défendeurs en particulier à partir d'éléments de preuve particularisés conformément aux principes traditionnels. La contestation de la position traditionnelle s'est manifestée dans des affaires portant sur des préjudices non traumatiques comme des maladies industrielles résultant de la diffusion généralisée de produits chimiques, y compris les affaires de responsabilité du fabricant de produits dans lesquelles un produit qui peut causer un préjudice est largement manufacturé et distribué par un grand nombre de sociétés. L'évolution dans ce domaine fait l'objet d'une étude remarquable par le professeur John G. Fleming dans «Probabilistic Causation in Tort Law» (1989), 68 *R. du B. can.* 661. Sauf en ce qui concerne les États-Unis, cette contestation a eu peu d'effet dans les ressorts de common law. Même aux États-Unis, son effet a été sporadique. Dans le domaine mentionné précédemment, les tribunaux de certains États ont mis à l'essai une théorie de la probabilité qui exige une preuve fondée sur la probabilité à moins de 51 pour 100 et une répartition de la responsabilité parmi les défendeurs fabricants du produit en

question on the basis of market share. See Fleming, *op. cit.*; *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980).

Although, to date, these developments have had little impact in other common law countries, it has long been recognized that the allocation of the burden of proof is not immutable. The legal or ultimate burden of proof is determined by the substantive law "upon broad reasons of experience and fairness": 9 *Wigmore on Evidence*, § 2486, at p. 292. In a civil case, the two broad principles are:

1. that the onus is on the party who asserts a proposition, usually the plaintiff;
2. that where the subject matter of the allegation lies particularly within the knowledge of one party, that party may be required to prove it.

This Court has not hesitated to alter the incidence of the ultimate burden of proof when the underlying rationale for its allocation is absent in a particular case: see *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481. This flexibility extends to the issue of causation. In *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, the plaintiff was struck by a bullet fired from the gun of one of his two companions. The evidence supported the theory that they fired simultaneously in the plaintiff's direction when they knew his location. The plaintiff could not prove which shot struck him and therefore on traditional rules, he would fail. The basic premises referred to above did not make good legal sense in this instance. Both defendants were negligent and each asserted that his negligence did not cause the injury. Since the plaintiff could establish that one of them caused the injury, why should not the defendants be required to exculpate themselves by proving their assertions, and failing that, be held equally liable? Applying the reasoning in *Summers v. Tice* (1948), 5 A.L.R. (2d) 91, this

question en fonction de leur part du marché. Voir Fleming, *op. cit.*; *Sindell v. Abbott Laboratories*, 607 P.2d 924 (Cal. 1980).

Bien que jusqu'à maintenant cette évolution ait eu peu d'effet dans d'autres pays de common law, il est reconnu depuis longtemps que l'attribution du fardeau de la preuve n'est pas immuable. Le fardeau ultime de la preuve est déterminé par le droit positif [TRADUCTION] «en fonction de motifs généraux d'expérience et d'équité»: 9 *Wigmore on Evidence*, § 2486, à la p. 292. En matière civile, les deux principes généraux sont les suivants:

1. le fardeau incombe à la partie qui fait valoir un argument, habituellement le demandeur;
2. lorsqu'une partie possède une connaissance particulière de l'objet de l'allégation, celle-ci peut être tenue d'en faire la preuve.

Notre Cour n'a pas hésité à modifier l'attribution du fardeau ultime de la preuve en cas d'absence de motifs sous-jacents à son attribution dans un cas particulier: voir *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] R.C.S. 481. Cette souplesse s'applique à la question de la causalité. Dans l'arrêt *Cook v. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, le demandeur a été atteint par une balle provenant de l'arme de l'un de ses deux compagnons. La preuve appuyait la théorie selon laquelle ils avaient fait feu en même temps dans la direction du demandeur lorsqu'ils ont su où il se trouvait. Le demandeur n'a pas pu démontrer de quelle arme provenait la balle qui l'avait atteint et, par conséquent, selon les règles traditionnelles il n'aurait pas eu gain de cause. Les prémisses fondamentales mentionnées précédemment n'avaient pas juridiquement de bon sens dans cette affaire. Les deux défendeurs avaient été négligents et chacun affirmait que sa négligence n'avait pas causé de blessure. Étant donné que le demandeur pouvait démontrer que l'un d'eux avait causé la blessure, pourquoi les défendeurs ne seraient-ils pas tenus de se disculper eux-mêmes en prouvant leurs affirmations, à défaut de quoi, ils seraient tenus également responsables? Appliquant le raisonnement de l'arrêt *Summers v. Tice* (1948), 5 A.L.R. (2d) 91, notre Cour a conclu que si on ne pouvait détermi-

Court concluded that if it could not be determined which defendant fired the shot that struck the plaintiff, both defendants must be found liable.

Proof of causation in medical malpractice cases is often difficult for the patient. The physician is usually in a better position to know the cause of the injury than the patient. On the basis of the second basic principle referred to above, there is an argument that the burden of proof should be allocated to the defendant. In some jurisdictions, this has occurred to an extent by operation of the principle of *res ipsa loquitur*: *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), at p. 138. In Canada, the rule has been generally regarded as a piece of circumstantial evidence which does not shift the burden of proof: see *Interlake Tissue Mills Co. v. Salmon and Beckett*, [1949] 1 D.L.R. 207 (Ont. C.A.); *Cudney v. Clements Motor Sales Ltd.*, [1969] 2 O.R. 209 (C.A.); *Kirk v. McLaughlin Coal & Supplies Ltd.*, [1968] 1 O.R. 311 (C.A.); *Jackson v. Millar* (1972), 31 D.L.R. (3d) 263 (Ont. C.A.). As the rule was properly held not to be applicable in this case and no argument was directed to this issue, I will refrain from commenting further upon it.

This brings me to the *McGhee* case and its influence on subsequent cases, particularly in the medical malpractice field. The appellant contracted dermatitis while employed as a labourer emptying pipe kilns. This work exposed him to clouds of abrasive dust. His employer provided no washing facilities with the result that the appellant would ride home on his bicycle caked with grime and sweat. He sued his employer, the respondent, for negligence. The medical evidence showed that the dermatitis was caused by the working conditions and that the longer the exposure to dust, the greater the chance of developing dermatitis. The medical evidence could not attribute the dermatitis to the additional exposure after work. The appellant's expert could not say that if washing facilities had been provided, the appellant would not have contracted the disease. A breach of duty was found with respect to the failure to provide washing facilities but not with respect to the conditions

ner quel défendeur avait tiré le coup de feu qui avait atteint le demandeur, les deux défendeurs devaient être déclarés responsables.

Il est souvent difficile pour le patient de faire la preuve d'un lien de causalité dans les cas de faute médicale. Le médecin est habituellement mieux placé que le patient pour connaître la cause du préjudice. D'après le second principe fondamental mentionné précédemment, il y a un argument selon lequel le fardeau de la preuve devrait incomber au défendeur. Dans certains ressorts, cela s'est produit dans une certaine mesure par l'application du principe *res ipsa loquitur*: *Cross on Evidence* (6<sup>e</sup> éd. 1985), à la p. 138. Au Canada, la règle a généralement été considérée comme un élément de preuve circonstancielle qui n'a pas pour effet de déplacer le fardeau de la preuve: voir *Interlake Tissue Mills Co. v. Salmon and Beckett*, [1949] 1 D.L.R. 207 (C.A. Ont.); *Cudney v. Clements Motor Sales Ltd.*, [1969] 2 O.R. 209 (C.A.); *Kirk v. McLaughlin Coal & Supplies Ltd.*, [1968] 1 O.R. 311 (C.A.); *Jackson v. Millar* (1972), 31 D.L.R. (3d) 263 (C.A. Ont.). Étant donné qu'on a jugé, à bon droit, que la règle ne s'appliquait pas en l'espèce et qu'aucun argument n'a été présenté à cet égard, je m'abstiendrai de faire d'autres remarques à ce sujet.

Cela m'amène à examiner l'arrêt *McGhee* et son influence sur la jurisprudence subséquente, particulièrement dans le domaine de la faute médicale. L'appellant a contracté une dermatite lorsqu'il était préposé au vidage de fours tubulaires. Ce travail l'exposait à des nuages de poussière abrasive. Son employeur ne fournissait aucune installation où il aurait pu se laver, ce qui avait pour conséquence que l'appellant devait se rendre chez lui à bicyclette couvert de saleté et de sueur. Il a poursuivi son employeur, l'intimé, pour négligence. La preuve médicale indiquait que la dermatite avait été causée par les conditions de travail et que plus la période d'exposition à la poussière était longue plus le risque de dermatite était élevé. La preuve médicale ne pouvait pas démontrer que la dermatite avait été causée parce qu'il était encore couvert de poussière après le travail. L'expert de l'appellant n'a pas pu dire que, si des installations de nettoyage avaient été fournies, l'appellant n'au-

under which the kilns were operated. The Lord Ordinary dismissed the action on the ground that it had not been shown that the breach of duty caused or contributed to the injury. An appeal to the First Division of the Court of Session failed but an appeal was allowed by the House of Lords.

Of the five speeches in the House of Lords, only Lord Wilberforce advocated a reversal of the burden of proof. He did so in the following passage which has been the basis of decisions in a number of cases both in Canada and in Britain. He states at p. 6:

First, it is a sound principle that where a person has, by breach of a duty of care, created a risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by him unless he shows that it had some other cause.

He added at p. 7:

And I must say that, at least in the present case, to bridge the evidential gap by inference seems to me something of a fiction, since it was precisely this inference which the medical expert declined to make.

Two theories of causation emerge from an analysis of the speeches of the Lords in this case. The first, firmly espoused by Lord Wilberforce, is that the plaintiff need only prove that the defendant created a risk of harm and that the injury occurred within the area of the risk. The second is that in these circumstances, an inference of causation was warranted in that there is no practical difference between materially contributing to the risk of harm and materially contributing to the harm itself.

The speeches were subjected to a careful examination and interpretation in *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557, by Lord Bridge when some fifteen years later, the House of Lords revisited the issue. The plaintiff claimed damages from the defendant health authority for negligence in medical treatment which resulted in

rait pas contracté la maladie. On a conclu qu'il y avait manquement à une obligation relativement au défaut de fournir des installations de nettoyage mais pas en ce qui a trait aux conditions d'exploitation des fours. Le lord juge a rejeté l'action pour le motif qu'on n'avait pas démontré que le manquement à l'obligation avait causé le préjudice ou y avait contribué. L'appel à la première division de la Court of Session a été rejeté, mais un appel a été accueilli par la Chambre des lords.

Des cinq allocutions en Chambre des lords, seul lord Wilberforce a soutenu qu'il y avait renversement du fardeau de la preuve. Il l'a fait dans le passage suivant qui a constitué le fondement d'un grand nombre de décisions au Canada et en Angleterre. Voici ce qu'il affirme, à la p. 6:

[TRADUCTION] Premièrement, il est juste que si une personne, en manquant à son devoir de prudence, crée un risque, et qu'un préjudice survient dans l'aire du risque, elle en assume la responsabilité, à moins qu'elle puisse prouver que le préjudice résulte d'une autre cause.

e Il ajoute, à la p. 7:

[TRADUCTION] Et du moins en l'espèce, je dois dire que la possibilité de combler la lacune de preuve par déduction me semble tenir de la fiction puisque c'est précisément cette déduction que les experts médicaux refusent de faire.

Deux théories de la causalité ressortent de l'analyse des allocutions des lords dans cette affaire. La première, qui est fermement endossée par lord Wilberforce, porte que le demandeur n'a qu'à démontrer que le défendeur a créé un risque de préjudice et que le préjudice est survenu dans l'aire du risque. La seconde porte que, dans ces circonstances, il est possible de déduire l'existence du lien de causalité parce qu'il n'y a aucune différence pratique entre contribuer physiquement au risque de préjudice et contribuer physiquement au préjudice lui-même.

i Les allocutions ont été examinées et interprétées avec soin par lord Bridge dans l'arrêt *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557, quand, une quinzaine d'années plus tard, la Chambre des lords a examiné de nouveau la question. Le demandeur réclamait des dommages-intérêts contre les autorités sanitaires défenderesses

a condition of the eyes leading to blindness. A likely cause of the condition but not a definite one, in the opinion of medical experts, was too much oxygen. The plaintiff proved that for a period of time he was supersaturated with oxygen. A number of different factors other than excessive oxygen could have caused or contributed to the injury. The expert evidence was conflicting. The trial judge applied *McGhee* and held the defendant liable since it had failed to prove that the plaintiff's condition had not resulted from its negligence. The Court of Appeal dismissed the appeal by a majority judgment with the Vice-Chancellor dissenting. The House of Lords allowed the appeal and directed a new trial. Lord Bridge, delivering the unanimous judgment of the court, reaffirmed the principle that the burden of proving causation rested on the plaintiff. Since the trial judge had not made the relevant finding of fact to sort out the conflicting evidence, a new trial was directed on this basis. Lord Bridge interpreted *McGhee* as espousing no new principle. Instead, *McGhee* was explained as promoting a robust and pragmatic approach to the facts to enable an inference of negligence to be drawn even though medical or scientific expertise cannot arrive at a definitive conclusion. In the course of his reasons, Lord Bridge stated at p. 569:

The conclusion I draw from these passages is that *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1 W.L.R. 1 laid down no new principle of law whatever. On the contrary, it affirmed the principle that the onus of proving causation lies on the pursuer or plaintiff. Adopting a robust and pragmatic approach to the undisputed primary facts of the case, the majority concluded that it was a legitimate inference of fact that the defenders' negligence had materially contributed to the pursuer's injury. The decision, in my opinion, is of no greater significance than that and to attempt to extract from it some esoteric principle which in some way modifies, as a matter of law, the nature of the burden of proof of causation

pour négligence dans un traitement médical à l'origine d'un état des yeux ayant entraîné la cécité. De l'avis des experts médicaux, l'état en question avait vraisemblablement été causé par une trop grande quantité d'oxygène, mais ce n'était pas certain. Le demandeur a démontré que pendant une certaine période, il a été sursaturé d'oxygène. Un certain nombre de facteurs autres que l'excès d'oxygène auraient pu causer le préjudice ou y contribuer. Les témoignages des experts étaient contradictoires. Le juge de première instance a appliqué l'arrêt *McGhee* et a conclu que la défenderesse était responsable étant donné qu'elle n'avait pas démontré que l'état du demandeur n'avait pas résulté de sa négligence. La Cour d'appel a rejeté l'appel à la majorité, le vice-chancelier étant dissident. La Chambre des lords a accueilli l'appel et a ordonné un nouveau procès. Lord Bridge, qui a rendu le jugement unanime de la cour, a réaffirmé le principe selon lequel le fardeau de prouver l'existence du lien de causalité incombe au demandeur. Étant donné que le juge de première instance n'avait pas tiré la conclusion de fait pertinente pour éliminer les éléments de preuve contradictoires, un nouveau procès a été ordonné pour ce motif. Selon l'interprétation de lord Bridge, l'arrêt *McGhee* ne dégagait aucun nouveau principe. Plutôt, a-t-il expliqué, l'arrêt *McGhee* préconisait une façon décisive et pragmatique d'aborder les faits pour pouvoir déduire qu'il y a eu négligence même si l'expertise médicale ou scientifique ne peut arriver à une conclusion définitive. Dans ses motifs, lord Bridge affirme, à la p. 569:

[TRADUCTION] La conclusion que je tire de ces passages est qu'il ne se dégage aucun nouveau principe de droit de l'arrêt *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1. Au contraire, il a confirmé le principe selon lequel le fardeau de prouver l'existence du lien de causalité incombe au poursuivant ou au demandeur. En adoptant une façon décisive et pragmatique d'aborder les faits principaux non contestés, la majorité a conclu qu'il s'agissait d'une conclusion de fait légitime que la négligence des défendeurs avait contribué sensiblement au préjudice du poursuivant. À mon avis, la décision n'a pas une plus grande signification et il est inutile de tenter d'en extraire un principe ésotérique qui d'une certaine manière modifie, en droit, la nature du fardeau de prouver l'existence du lien de causalité dont un deman-

which a plaintiff or pursuer must discharge once he has established a relevant breach of duty is a fruitless one.

Earlier, at p. 567, he stated:

But where the layman is told by the doctors that the longer the brick dust remains on the body, the greater the risk of dermatitis, although the doctors cannot identify the process of causation scientifically, there seems to be nothing irrational in drawing the inference, as a matter of common sense, that the consecutive periods when brick dust remained on the body probably contributed cumulatively to the causation of the dermatitis. I believe that a process of inferential reasoning on these general lines underlies the decision of the majority in *McGhee's* case.

Lord Bridge concluded with a caution at p. 571:

But, whether we like it or not, the law, which only Parliament can change, requires proof of fault causing damage as the basis of liability in tort. We should do society nothing but disservice if we made the forensic process still more unpredictable and hazardous by distorting the law to accommodate the exigencies of what may seem hard cases.

Canadian cases decided after *McGhee* but before *Wilsher* tended to follow *McGhee* by adopting either the reversal of onus or the inference interpretation. Which interpretation was adopted made no practical difference because even when the latter approach was applied, the creation of the risk by the defendant's breach of duty was deemed to have established a prima facie case, thus shifting the onus to the defendant. *Powell v. Guttman* (1978), 89 D.L.R. (3d) 180 (Man. C.A.) and *Letnick v. Toronto (Municipality of Metropolitan)*, [1988] 2 F.C. 399 (C.A.), applied the reversal of proof theory. In *Dalpe v. City of Edmundston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102 (S.C., App. Div.), the New Brunswick Court of Appeal, in a flooding case in which negligence was alleged against a municipal authority, held that in circumstances in which a risk of the type of harm which in fact occurred had been created, causation should be inferred in the absence of evidence to the contrary on the part of the defendant. In *Nowasco Well Service Ltd. v. Canadian Propane Gas & Oil Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 228 (Sask. C.A.), the Saskatchewan Court of Appeal applied *McGhee*

deur ou un poursuivant doit s'acquitter lorsqu'il a établi un manquement pertinent à une obligation.

Précédemment, il avait dit, à la p. 567:

[TRADUCTION] Mais lorsque les médecins disent au profane que plus la poussière de brique demeure sur le corps, plus le risque de dermatite est grand, même si les médecins ne peuvent identifier le processus de la causalité de manière scientifique, il ne semble pas irrationnel de déduire que, selon bon sens, les périodes consécutives pendant lesquelles la poussière de brique est demeurée sur le corps ont probablement contribué de façon cumulative à causer la dermatite. Je suis d'avis que la décision de la majorité dans l'affaire *McGhee* est fondée sur un raisonnement par inférence qui suit ces lignes générales.

Lord Bridge conclut, à la p. 571, par une mise en garde:

[TRADUCTION] Toutefois, que nous soyons de cet avis ou non, le droit, que seul le législateur peut modifier, exige la preuve d'une faute causant des dommages comme fondement de la responsabilité civile. Ce ne serait pas rendre service à la société de rendre le processus médico-légal encore plus imprévisible et aléatoire en déformant le droit pour répondre aux exigences de ce qui peut sembler être des affaires difficiles.

La jurisprudence canadienne postérieure à l'arrêt *McGhee* mais antérieure à l'arrêt *Wilsher* a eu tendance à suivre l'arrêt *McGhee* par l'adoption soit du renversement du fardeau de la preuve soit de l'interprétation par inférence. Peu importe l'interprétation adoptée, cela ne faisait aucune différence pratique puisque, même lorsque la dernière méthode était appliquée, la création du risque par le manquement du défendeur à l'obligation était réputée avoir engendré une preuve suffisante à première vue, déplaçant ainsi le fardeau de la preuve et l'imposant au défendeur. Les arrêts *Powell v. Guttman* (1978), 89 D.L.R. (3d) 180 (C.A. Man.), et *Letnick c. Toronto (Municipalité de la communauté urbaine)*, [1988] 2 C.F. 399 (C.A.), ont appliqué la théorie du renversement de la preuve. Dans l'arrêt *Dalpe v. City of Edmundston* (1979), 25 N.B.R. (2d) 102 (C.S., div. d'app.), une affaire d'inondation où une allégation de négligence était dirigée contre une municipalité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a conclu que dans des circonstances où avait été créé un risque de préjudice du genre de celui qui avait effectivement été causé, ou devait inférer le lien de causa-