

Kobe ter Neuzen *Appellant*

v.

Dr. Gerald Korn *Respondent*

and

HIV-T Group (Blood Transfused), the Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors, the Canadian Hospital Association and the Canadian Red Cross Society *Interveners*

INDEXED AS: TER NEUZEN v. KORN

File No.: 23773.

1995: February 2; 1995: October 19.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Physicians and surgeons — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether physician could be found negligent notwithstanding conformity with standard medical practice — Whether trial judge erred in instructing jury that prevailing standard of practice could itself be found to be negligent.

Contracts — Sale of goods — Implied conditions — Implied warranty — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether implied conditions under Sale of Goods Act applicable — Whether implied warranty exists at common law that semen would be of merchantable quality and fit for its purpose — Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370.

Damages — Non-pecuniary damages — Limit — Patient undergoing artificial insemination procedure and contracting HIV through infected semen of donor — Whether trial judge erred in failing to charge jury on rough upper limit on non-pecuniary damages — If not,

Kobe ter Neuzen *Appelante*

c.

Dr Gerald Korn *Intimé*

et

HIV-T Group (Blood Transfused), la Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors, l'Association des hôpitaux du Canada et la Société canadienne de la Croix-Rouge *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: TER NEUZEN c. KORN

N° du greffe: 23773.

1995: 2 février; 1995: 19 octobre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Médecins et chirurgiens — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Le médecin peut-il être taxé de négligence même s'il a respecté la pratique courante? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en informant le jury qu'il pouvait conclure que la pratique courante constituait en soi de la négligence?

Contrats — Vente d'objets — Conditions implicites — Garantie implicite — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Les conditions implicites visées par la Sale of Goods Act sont-elles applicables? — Existe-t-il en common law une garantie implicite que le sperme sera de qualité marchande et adapté à l'usage auquel il est destiné? — Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370.

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts non pécuniaires — Plafond — Patient soumise à une insémination artificielle ayant contracté le VIH transmis par le sperme contaminé du donneur — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur lorsqu'il a omis de parler du plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires dans son exposé au jury? — Dans la

whether damages awarded for non-pecuniary loss ought to be adjusted accordingly.

The appellant participated in the respondent obstetrician and gynaecologist's artificial insemination ("AI") program from 1981 until January 1985, and became infected by HIV as a result of the final AI procedure she underwent. The respondent had not warned her of the risk of HIV infection. The first documented case in the world of HIV transmission through AI was published in the lay media in July 1985 and in a medical journal in September 1985. None of the obstetric literature mentioned AI as a mode of transmission of HIV and no article summarized the disease risks of AI before 1986. As of January 1985, there was no test available for the detection of HIV in semen or blood in Canada. Although the respondent knew that HIV could be transmitted by heterosexual sex, he was not aware that HIV could be transmitted by AI until July 1985. There was expert evidence at trial that the respondent's AI practice was in keeping with general practices across Canada. Specifically, his practice of recruitment and screening of donors and semen accorded with standard practice. The trial judge instructed the jury that it was open to find the respondent negligent on the basis that he failed to comply with the standard medical practice at that time. Alternatively, they could find that the approved practice itself was negligent. With respect to the sale of goods issue, the trial judge instructed the jury to determine first whether the contract between the parties was primarily one for goods or primarily for services. If it was primarily for goods, then the *Sale of Goods Act* with its implied conditions applied. The trial judge also instructed the jury that aside from the Act, they had to consider whether there was a warranty of fitness and merchantability at common law, but that any common law warranty would simply amount to the same thing as negligence. The jury held that the contract between the parties was primarily one for services and therefore the *Sale of Goods Act* did not apply. They found the respondent negligent, however, and awarded damages totalling \$883,800, including \$460,000 for non-pecuniary damages. The Court of Appeal set aside the verdict and ordered a new trial on the issue of liability as well as damages. With respect to the negligence claim, the court distinguished between two aspects of the respondent's practice: the conduct of the AI procedure, which reflected the current state of knowledge as to the risk of transmission of HIV involved in the use of that procedure, and the screening and follow-up of donors. The court concluded that it was impossible to determine whether the jury found the respondent negligent on the first or second aspects of his practice. On the evidence,

négative, y a-t-il lieu d'ajuster le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte non pécuniaire?

L'appelante a participé au programme d'insémination artificielle («IA») de l'intimé, obstétricien gynécologue, de 1981 au mois de janvier 1985, et a été infectée par le VIH par suite de la dernière IA à laquelle elle s'est soumise. L'intimé n'avait pas prévenu l'appelante du risque de transmission du VIH. Le premier cas documenté, dans le monde entier, de transmission du VIH par insémination artificielle a été relaté dans une publication non spécialisée en juillet 1985 et dans une revue médicale en septembre 1985. Avant 1986, aucune revue d'obstétrique n'a fait mention de la transmission du VIH par l'IA et aucun article ne contenait de résumé des risques de maladie liés à l'IA. Au Canada, en janvier 1985, il n'existait aucune méthode pour détecter le VIH dans le sperme ou le sang. Bien que l'intimé ait su que le VIH pouvait être transmis par les rapports hétérosexuels, il n'a appris que le VIH pouvait être communiqué par l'IA qu'en juillet 1985. Selon les témoignages d'experts au procès, l'intimé s'est conformé aux usages canadiens en matière d'IA. Plus précisément, sa méthode pour recruter et sélectionner les donneurs et le sperme était conforme à la pratique courante. Le juge de première instance a informé le jury qu'il pouvait conclure à la négligence de l'intimé parce qu'il avait omis de respecter la pratique courante à l'époque. Subsidiairement, il pouvait conclure que cette pratique constituait en soi de la négligence. Quant à la question de la vente d'objets, le juge de première instance a informé le jury qu'il devait d'abord décider si le contrat entre les parties était avant tout un contrat de vente ou un contrat de services. S'il s'agissait principalement d'un contrat de vente, alors la *Sale of Goods Act* et ses conditions implicites s'appliquaient. Le juge de première instance a également informé le jury que, en plus d'examiner la Loi, il devait se demander s'il existait en common law une garantie de qualité ou d'adaptation à un usage particulier, mais que la garantie qui serait applicable en common law équivaldrait simplement à la négligence. Le jury a conclu que c'était principalement un contrat de services et, en conséquence, la *Sale of Goods Act* ne s'appliquait pas. Toutefois, il a conclu à la négligence de l'intimé et a accordé des dommages-intérêts de 883 800 \$, dont 460 000 \$ en dommages-intérêts non pécuniaires. La Cour d'appel a annulé le verdict et ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la question de la responsabilité et sur les dommages-intérêts. Quant à la prétention selon laquelle il y a eu négligence, la cour a fait une distinction entre deux aspects de la pratique suivie par l'intimé: la façon de pratiquer l'IA conformément aux données acquises de la science quant au risque

1995 CanLII 72 (SCC)

it was not available to the jury to find that the respondent ought to have known of the risk of HIV by AI. The trial judge charged the jury in this manner, however, and it may have been the basis upon which the jury found negligence. Therefore, the verdict could not stand. The court also concluded that while it was reasonable for the trial judge not to have instructed the jury on the rough upper limit for non-pecuniary damages when neither counsel had asked for such a charge, the award must be corrected to conform with the jurisprudence if the damages exceed the limit.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: It is well settled that physicians have a duty to conduct their practice in accordance with the conduct of a prudent and diligent doctor in the same circumstances. In the case of a specialist, such as a gynaecologist and obstetrician, the doctor's behaviour must be assessed in light of the conduct of other ordinary specialists, who possess a reasonable level of knowledge, competence and skill expected of professionals in Canada, in that field. The conduct of physicians must be judged in the light of the knowledge that ought to have been reasonably possessed at the time of the alleged act of negligence. It was not possible for a jury acting judicially to have found that, in 1985, the respondent ought to have known of the risk of HIV by AI. While conformity with common practice will generally exonerate physicians of any complaint of negligence, there are certain situations where the standard practice itself may be found to be negligent. However, this will only be where the standard practice is fraught with obvious risks such that anyone is capable of finding it negligent, without the necessity of judging matters requiring diagnostic or clinical expertise. The question as to whether the trier of fact can find that a standard practice is itself negligent is a question of law to be determined by the trial judge irrespective of the mode of trial. The first aspect of the negligence claim was not one that the jury could decide without the aid of expert evidence. Accordingly, the trial judge erred in inviting them to do so.

de transmission du VIH par cet acte médical, et la sélection et le suivi des donneurs. La cour a statué qu'il était impossible de déterminer si le jury avait conclu à la négligence de l'intimé sous le premier ou sous le second aspect de la pratique qu'il suivait. Le jury ne pouvait se fonder sur les témoignages pour conclure que l'intimé aurait dû connaître le risque de communication du VIH par l'IA. Toutefois, c'est ce que le juge de première instance a dit au jury dans ses directives et c'est peut-être là-dessus que celui-ci s'est fondé pour conclure à la négligence. En conséquence, le verdict devait être annulé. La cour a également conclu que, bien qu'il ait été raisonnable que le juge de première instance ne donne pas de directive au jury relativement au plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires, puisque aucun des deux avocats ne lui avait demandé de lui en donner, il y avait lieu d'ajuster le montant accordé selon les principes énoncés dans la jurisprudence, s'il excédait le plafond.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: Il est bien établi que tout médecin doit exercer son activité comme un médecin prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Dans le cas d'un spécialiste, tel qu'un obstétricien gynécologue, il faut évaluer la conduite du médecin par rapport à celle des autres spécialistes qui possèdent le degré raisonnable de science, de compétence et d'habileté auquel on s'attend des professionnels au Canada dans cette spécialité. La conduite des médecins doit être appréciée en fonction des connaissances qu'ils auraient raisonnablement dû posséder à l'époque de la négligence alléguée. Un jury agissant de manière judiciaire ne pouvait pas conclure qu'en 1985 l'intimé aurait dû connaître le risque de transmission du VIH par l'IA. Si la conformité à la pratique courante exonère généralement le médecin de toute responsabilité pour négligence, il arrive parfois que cette pratique constitue en soi de la négligence. Toutefois, ce ne sera que dans les cas où la pratique comporte de nombreux risques évidents, c'est-à-dire dans ceux où n'importe qui est à même de conclure qu'elle constitue de la négligence, sans avoir à se prononcer sur des questions exigeant un diagnostic ou des connaissances de clinicien. La question de savoir si le juge des faits peut conclure qu'une pratique courante constitue en soi de la négligence est une question de droit qui relève du juge de première instance, peu importe le mode de procès. Le premier aspect de la prétention relative à la négligence n'était pas une question que le jury pouvait trancher sans l'aide de témoignages d'experts. Le juge de première instance a donc commis une erreur en l'invitant à trancher cette question.

With respect to the second aspect of the negligence claim, infection with HIV is within the same class of injury as other sexually transmitted diseases and the respondent could be liable for the damage caused notwithstanding that he did not foresee that a failure to take reasonable steps to protect his patients could result in HIV infection. It would be sufficient to found liability if it is established that the respondent ought to have foreseen the class of injury. The evidence as to standard practice with respect to the screening and follow-up of donors was sketchy and it would be open to the jury to find that there was at the relevant time no standard practice. On the other hand, the jury could also find that the standard practice was not to screen donors or carry out follow-up interviews beyond what the respondent did. The jury could determine the appropriate standard without reliance on expert evidence.

The Information Sheet provided by the respondent did not amount to a warranty that the donor would not be homosexual or a drug abuser. There is no indication that there was any intention on the part of either party that there should be contractual liability in respect of the statement in the Information Sheet. Moreover, it appears that the appellant did not raise this issue in either court below.

In order for the *Sale of Goods Act* to apply, a contract must be primarily for the purpose of selling goods. If the sale of a good is merely incidental to what is primarily a contract for services, then the statute will not imply a warranty. Assuming that there was in fact a sale of semen between the appellant and respondent, it cannot be contended that the contract was one primarily for the sale of semen such as to attract the application of the *Sale of Goods Act*. Apart from the Act, a court must consider whether a common law warranty of fitness and merchantability should be implied into the contract which includes services as well as the provision of materials. However, such a warranty will not be implied in all circumstances. The court must examine the specific nature of the contract and the relationship between the parties in order to assess whether it was the intention of the parties that such a warranty be implied. Courts must be very cautious in their approach to implying contractual terms. A rationale for implying warranties in contracts of goods and services is that a supplier of goods generally has recourse against the manufacturer under the *Sale of Goods Act* as a result of the statutory conditions imposed. While it is true that the primary purpose of the implied warranty is to hold the supplier of goods liable notwithstanding the absence of negli-

Quant au second aspect de la prétention relative à la négligence, l'infection par le VIH entre dans la même catégorie de préjudice que les autres maladies transmises sexuellement et l'intimé pourrait être tenu responsable du dommage causé, en dépit du fait qu'il ne prévoyait pas que l'omission de prendre des précautions raisonnables pour protéger ses patientes pouvait entraîner la contamination par le VIH. Pour attribuer une responsabilité à l'intimé, la preuve qu'il aurait dû prévoir la catégorie de préjudice serait suffisante. La preuve relative à la pratique courante quant à la sélection et au suivi des donneurs était sommaire et le jury pouvait parfaitement conclure qu'il n'y avait pas de pratique courante à l'époque pertinente. En revanche, le jury pouvait aussi conclure que la pratique courante n'était pas de sélectionner les donneurs ou de faire des entrevues de contrôle d'une manière plus complète que l'intimé ne l'a fait. Le jury pouvait déterminer la norme appropriée sans s'aider des témoignages d'experts.

La fiche de renseignements remise par l'intimé ne constituait pas une garantie que le donneur ne serait ni homosexuel ni toxicomane. Rien n'indique que l'une ou l'autre des parties ait voulu que la déclaration contenue dans la fiche de renseignements crée une obligation contractuelle. De plus, il appert que l'appelante n'a soulevé la question devant ni l'une ni l'autre des juridictions inférieures.

Pour que la *Sale of Goods Act* s'applique, il faut qu'un contrat porte principalement sur la vente d'objets. Si la vente d'un objet n'est qu'un aspect accessoire de ce qui est avant tout un contrat de services, aucune garantie implicite ne découle de la loi. À supposer qu'il y ait effectivement eu vente de sperme entre l'appelante et l'intimé, on ne saurait prétendre qu'il s'agissait principalement d'un contrat de vente de sperme de nature à rendre la *Sale of Goods Act* applicable. Sans égard à cette loi, le tribunal doit décider si une garantie d'adaptation à un usage particulier et de qualité marchande, reconnue en common law, doit être tenue pour implicite dans un contrat comportant la prestation de services et la fourniture de matériel. Toutefois, une telle garantie implicite ne sera pas admise dans tous les cas. Le tribunal doit examiner la nature précise du contrat et la relation entre les parties pour déterminer si une telle garantie implicite correspondait à l'intention des parties. Les tribunaux doivent apporter beaucoup de circonspection dans leur décision concernant l'existence de conditions implicites. L'une des raisons pour lesquelles des garanties implicites seront admises dans le cas de contrats de vente et de services est que le fournisseur des objets peut généralement poursuivre le fabricant sous le régime de la *Sale of Goods Act* en invoquant les conditions

gence, different considerations apply in the context of the medical profession than in the ordinary commercial context. The doctor cannot trace the liability back to the initial manufacturer. Moreover, it must be recognized that biological products such as blood and semen, unlike manufactured products, carry certain inherent risks. It would be inappropriate to imply a warranty of fitness and merchantability in the circumstances of this case. Moreover, any warranty would simply be to take reasonable care.

While the appellant has suffered immensely as a result of this tragedy, and AIDS is a dreadful disease which will eventually take her life prematurely, with respect to non-pecuniary losses this case is no different from other tragedies and the adjusted rough upper limit on non-pecuniary damages should accordingly apply. The trial judge should instruct the jury as to an upper limit if, after considering the submissions of counsel, he or she is of the opinion that the damages by reason of the type of injury sustained might very well be assessed in the range of or exceeding the upper limit. On the other hand, if the trial judge is of the view that the injuries involved will not likely produce an award approaching the rough upper limit, it is best that the trial judge not charge the jury on the matter. Whether the jury is or is not advised of the upper limit, if the award exceeds the limit the trial judge should reduce it to conform with the "cap" established, adjusted for inflation. In the present case it was reasonable for the trial judge not to give an instruction on the upper limit, but since the damages awarded for non-pecuniary losses far exceeded that limit, he ought to have reassessed the award.

Per L'Heureux-Dubé J.: Sopinka J.'s reasons were agreed with, except with respect to the trial judge's instruction to the jury on the upper limit of non-pecuniary damages. The determination of the quantum of damages should be left to the jury without instructions as to the upper limit, subject to the judge's power to reduce excessive awards. It has always been held improper for the trial judge or counsel to express any views as to the quantum of damages. It is well established that the amount of damages is a question of fact for the jury to determine, and not a question of law for the judge. The establishment of an upper limit for non-pecuniary damages only affects the quantum of the awards, not the way

imposées par cette loi. Il est certes vrai que la garantie implicite a pour but principal d'attribuer une responsabilité au fournisseur d'objets même s'il n'a pas été négligent, mais ce ne sont pas les mêmes considérations qui s'appliquent dans le contexte des soins médicaux et dans celui du commerce. Le médecin ne peut pas reporter la responsabilité sur le fabricant. En outre, il faut reconnaître que les produits biologiques comme le sang et le sperme, contrairement aux produits fabriqués, impliquent certains risques inhérents. Étant donné les circonstances de la présente espèce, il n'y a pas lieu d'appliquer une garantie implicite de qualité marchande et d'adaptation à un usage particulier. De plus, toute garantie se résumerait à une simple garantie de prudence raisonnable.

L'appelante a souffert énormément à cause de cette tragédie et le sida est une maladie terrible qui provoquera sa mort prématurée. Toutefois, en ce qui concerne les pertes non pécuniaires, l'espèce n'est pas différente d'autres tragédies et le plafond approximatif ajusté des dommages-intérêts non pécuniaires s'applique en l'espèce. Le juge de première instance devrait donner une directive au jury relativement à l'existence d'un plafond, si, après avoir étudié les observations des avocats, il estime que les dommages-intérêts, en raison du type de préjudice subi, pourraient très bien être fixés à un montant qui approche le plafond ou le dépasse. En revanche, si le juge de première instance est d'avis qu'il y a peu de chances qu'une indemnité approchant le plafond approximatif soit accordée, étant donné la nature du préjudice, il vaut mieux ne pas donner de directive au jury sur ce point. Qu'il informe ou non le jury de l'existence du plafond, le juge doit réduire l'indemnité accordée si elle dépasse le plafond établi, ajusté en fonction de l'inflation. En l'espèce, il était raisonnable que le juge ne donne pas de directive relativement au plafond. Toutefois, comme les dommages-intérêts accordés au titre des pertes non pécuniaires excédaient de beaucoup le plafond, il aurait dû réévaluer l'indemnité.

Le juge L'Heureux-Dubé: L'opinion du juge Sopinka est acceptée sauf en ce qui a trait aux directives du juge au jury au sujet de la limite en matière de dommages-intérêts non pécuniaires. La tâche de déterminer le montant des dommages-intérêts devrait être laissée au jury, sans que lui soit donnée de directive relativement à l'existence d'une limite, sujet au pouvoir du juge de réduire les montants excessifs. On a toujours jugé inapproprié pour le juge de première instance ou les avocats d'exprimer une opinion au sujet du montant des dommages-intérêts. Il est bien établi que le montant des dommages-intérêts est une question de fait qui relève du jury, et non une question de droit du ressort du juge.

in which they are determined. The existence of an upper limit as a matter of law remains consistent with not instructing the jury as to such upper limit. By so instructing the jury, the status quo in novel areas of the law would be institutionalized. There is no evidence as to the inadequacy of the present system. Finally, from a pragmatic standpoint, to require the trial judge to charge the jury on the upper limit of non-pecuniary damages may be inviting unmeritorious appeals on that part of the judge's instructions to the jury, given that, when it comes to damages, no figure will ever be "right".

Cases Cited

By Sopinka J.

Followed: *Perlmutter v. Beth David Hospital*, 123 N.E.2d 792 (1954); *Fisher v. Sibley Memorial Hospital*, 403 A.2d 1130 (1979); *St. Luke's Hospital v. Schmaltz*, 534 P.2d 781 (1975); **not followed:** *Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital*, 266 N.E.2d 897 (1970); **referred to:** *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629; *Wilson v. Swanson*, [1956] S.C.R. 804; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *McCormick v. Marcotte*, [1972] S.C.R. 18; *Roe v. Ministry of Health*, [1954] 2 All E.R. 131; *Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead*, [1975] 2 S.C.R. 831; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Anderson v. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (Man. C.A.), aff'd [1950] 4 D.L.R. 223 (S.C.C.); *R. v. Côté*, [1976] 1 S.C.R. 595; *Gee v. White Spot Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 235; *G. H. Myers and Co. v. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46; *Young & Marten Ltd. v. McManus Childs Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454; *G. Ford Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 401; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Crosby v. O'Reilly*, [1975] 2 S.C.R. 381.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Gray v. Alanco Developments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 652; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287.

L'établissement d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires ne touche que le montant des dommages-intérêts, et non la façon dont ils sont déterminés. L'existence d'une limite comme question de droit demeure compatible avec le fait que le juge s'abstienne d'en faire mention au jury. Donner des instructions au jury relativement à cette question, c'est institutionnaliser le statu quo dans ce nouveau domaine du droit. Il n'y a aucune preuve établissant que le présent système est inapproprié. Enfin, d'un point de vue pragmatique, obliger le juge de première instance à donner au jury une directive relativement à l'existence d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires serait peut-être inviter la formation d'appels non fondés sur cette partie de l'exposé au jury, étant donné qu'en matière de dommages-intérêts, aucun montant ne sera jamais «juste».

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts suivis: *Perlmutter c. Beth David Hospital*, 123 N.E.2d 792 (1954); *Fisher c. Sibley Memorial Hospital*, 403 A.2d 1130 (1979); *St. Luke's Hospital c. Schmaltz*, 534 P.2d 781 (1975); **arrêt non suivi:** *Cunningham c. MacNeal Memorial Hospital*, 266 N.E.2d 897 (1970); **arrêts mentionnés:** *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629; *Wilson c. Swanson*, [1956] R.C.S. 804; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *McCormick c. Marcotte*, [1972] R.C.S. 18; *Roe c. Ministry of Health*, [1954] 2 All E.R. 131; *Vancouver-Fraser Park District c. Olmstead*, [1975] 2 R.C.S. 831; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Anderson c. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (C.A. Man.), conf. par [1950] 4 D.L.R. 223 (C.S.C.); *R. c. Côté*, [1976] 1 R.C.S. 595; *Gee c. White Spot Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 235; *G. H. Myers and Co. c. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46; *Young & Marten Ltd. c. McManus Childs Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454; *G. Ford Homes Ltd. c. Draft Masonry (York) Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 401; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Crosby c. O'Reilly*, [1975] 2 R.C.S. 381.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Gray c. Alanco Developments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 652; *Hill c. Église de Scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287.

Statutes and Regulations Cited

Negligence Act, R.S.B.C. 1979, c. 298, s. 6.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370, ss. 17, 18.

Authors Cited

British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss*. Vancouver: The Commission, 1984.
 Charles, W. H. R. *Charles Handbook on Assessment of Damages in Personal Injury Cases*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1979.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65, setting aside the jury's verdict, which found the respondent negligent and awarded damages to the appellant, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Sandra J. Harper and Kathleen Birney, for the appellant.

Christopher E. Hinkson, Q.C., and *M. Lynn McBride*, for the respondent.

Written submissions only by *Kenneth Arenson*, for the interveners HIV-T Group (Blood Transfused) and the Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors.

Written submissions only by *Daniel A. Webster, Q.C.*, for the intervenor the Canadian Hospital Association.

Written submissions only by *Peter K. Boeckle and Anil Varma*, for the intervenor the Canadian Red Cross Society.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

Lois et règlements cités

Negligence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 298, art. 6.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370, art. 17, 18.

Doctrine citée

Charles, W. H. R. *Charles Handbook on Assessment of Damages in Personal Injury Cases*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.
 Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss*. Vancouver: The Commission, 1984.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.
 Fridman, G. H. L. *Sale of Goods in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65, qui a annulé le verdict du jury, qui avait conclu à la négligence de l'intimé et accordé des dommages-intérêts à l'appelante, et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Sandra J. Harper et Kathleen Birney, pour l'appelante.

Christopher E. Hinkson, c.r., et *M. Lynn McBride*, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *Kenneth Arenson*, pour les intervenants HIV-T Group (Blood Transfused) et Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors.

Argumentation écrite seulement par *Daniel A. Webster, c.r.*, pour l'intervenante l'Association des hôpitaux du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Peter K. Boeckle et Anil Varma*, pour l'intervenante la Société canadienne de la Croix-Rouge.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

SOPINKA J. — This appeal raises issues concerning the liability of the respondent physician for conducting an artificial insemination ("AI") procedure which resulted in his patient, the appellant, contracting the Human Immunodeficiency Virus ("HIV") through the infected semen of the donor. Specifically, this Court must address whether the respondent physician could be found negligent, notwithstanding conformity with standard medical practice, and whether the trial judge erred in instructing the jury that the prevailing standard of practice could itself be found to be negligent.

As well, this appeal also raises for consideration the issue of whether the implied conditions under the *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, c. 370, are applicable in the present circumstances or whether there exists an implied warranty at common law that the semen would be of merchantable quality and fit for its purpose.

Finally, this appeal requires the Court to consider whether the rough upper limit for non-pecuniary damages, established by this Court in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, ought to have been applied by the jury in the present case. First, it must be decided whether the trial judge erred in failing to charge the jury on the rough upper limit. If the trial judge was not in error, this Court must decide whether the damages awarded for non-pecuniary loss, which far exceeded the upper limit established in *Andrews*, ought nonetheless to be adjusted in accordance with those principles.

I should note that the interveners HIV-T Group (Blood Transfused) and Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors also raised the issue of whether the medical profession ought to be held liable for the distribution of defective products, such as semen, based on a theory of strict liability in tort. This approach has been used in some American cases. However, I am in agreement with the respondent that this is not the appropriate case to address this important issue which could have far-reaching implications for the medical profession and the Canadian system of public health insurance in general. The appellant did not raise

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi soulève des questions concernant la responsabilité du médecin intimé à l'égard d'une insémination artificielle («IA») par suite de laquelle sa patiente, l'appelante, a contracté le virus de l'immunodéficience humaine («VIH») transmis par le sperme contaminé du donneur. Plus précisément, notre Cour est appelée à décider si le médecin intimé peut être taxé de négligence même s'il a respecté la pratique courante, et si le juge de première instance a commis une erreur en informant le jury qu'il pouvait conclure que cette pratique constituait en soi de la négligence.

Il s'agit en outre, de décider si les conditions implicites visées par la *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 370, sont applicables aux faits de l'espèce ou s'il existe en common law une garantie implicite que le sperme sera de qualité marchande et adapté à l'usage auquel il est destiné.

Enfin, notre Cour doit décider si le jury aurait dû s'en tenir dans la présente espèce au plafond approximatif de dommages-intérêts non pécuniaires que notre Cour a fixé dans l'arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229. Il faut tout d'abord décider si le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a omis de parler de ce plafond dans son exposé au jury. Dans la négative, notre Cour doit décider s'il y a néanmoins lieu d'ajuster, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Andrews*, le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte non pécuniaire, lequel excédait de beaucoup le plafond fixé.

Je dois faire remarquer que les intervenants HIV-T Group (Blood Transfused) et Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors ont soulevé aussi la question de savoir si le corps médical devait être tenu responsable de la distribution de produits défectueux, tels que le sperme, selon le principe de la responsabilité stricte en droit de la responsabilité civile délictuelle. Ce principe a été appliqué dans certaines causes américaines. Toutefois, j'estime, tout comme l'intimé, que la présente espèce ne se prête pas à l'examen de cette question importante qui pourrait entraîner des répercussions d'une portée considérable sur le

this issue in her pleadings at trial, nor at the Court of Appeal. Thus, the issue has been raised for the first time at this Court by the interveners. In these circumstances, the applicability of strict liability in tort is best left for another day.

I. Facts

5 The facts and the evidence of the expert witnesses at trial were thoroughly summarized in the reasons of the Court of Appeal. I do not intend to review the evidence of each expert individually again in these reasons. However, in order to resolve this appeal, it is necessary to review the relevant facts in some detail and highlight some of the key aspects which emerge from the evidence.

6 The respondent is an obstetrician and gynaecologist and has practised AI since 1974. The appellant was a psychiatric nurse. She participated in the respondent's AI program from 1981 until January 21, 1985, during which time she underwent about 35 AI procedures. It was agreed that the appellant became infected by HIV as a result of the AI procedure on January 21, 1985. The respondent did not warn the appellant of the risk of HIV infection resulting from the AI procedure (also referred to as "the risk").

7 The first report of HIV in female sex partners of men with AIDS appeared in early 1983. At that time, heterosexual intercourse was seen as a potential source of infection. However, there was no link between AI and HIV. In December 1983, for the first time, the risk of contracting AIDS was related to blood transfusions. In October 1983, an important letter was published by Dr. Mascola in the *New England Journal of Medicine* suggesting that there was a risk of transmitting sexually transmitted diseases ("STDs") through AI. However, this prestigious journal was not widely read by gynaecologists and the respondent did not read this letter. It appears that Dr. Mascola was the first person in the world to express a concern about the possibility of transmitting HIV through AI. The

corps médical et sur le régime canadien d'assurance-maladie en général. L'appelante n'a pas soulevé cette question dans ses conclusions au procès ni en appel. Par conséquent, la question a été soulevée pour la première fois devant notre Cour par les intervenants. Vu les circonstances, il vaut mieux reporter à une autre occasion l'étude de l'applicabilité de la responsabilité stricte en droit de la responsabilité civile délictuelle.

I. Les faits

Les motifs de la Cour d'appel nous fournissent un résumé complet des faits et des témoignages des experts au procès. Je ne vais pas faire une nouvelle analyse du témoignage de chaque expert. Toutefois, il est nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de s'arrêter aux faits pertinents et de souligner certains des aspects essentiels qui se dégagent de la preuve.

L'intimé est obstétricien et gynécologue. Il pratique l'IA depuis 1974. L'appelante était infirmière en psychiatrie. Elle a participé au programme d'IA de l'intimé de 1981 au 21 janvier 1985, se soumettant à 35 traitements durant cette période. Il a été reconnu que l'appelante a été infectée par le VIH par suite d'une IA effectuée le 21 janvier 1985. L'intimé n'a pas prévenu l'appelante du risque de transmission du VIH par l'IA (aussi appelé «le risque»).

C'est au début de 1983 qu'on entend parler pour la première fois d'infection des partenaires féminines d'hommes atteints du sida. À l'époque, on estimait que les rapports hétérosexuels étaient une source possible d'infection. Toutefois, aucun lien n'avait été établi entre l'IA et le VIH. En décembre 1983, le risque de contracter le sida a été associé pour la première fois aux transfusions sanguines. En octobre 1983, le Dr Mascola a publié dans le *New England Journal of Medicine* une importante lettre dans laquelle il émet l'avis que l'IA comporte un risque de transmission de maladies transmissibles sexuellement («MTS»). Toutefois, cette revue prestigieuse n'était pas beaucoup lue par les gynécologues et l'intimé n'a pas lu cette lettre. Il semble que le Dr Mascola ait été la première per-

first documented case in the world of HIV transmission through AI was published in the lay media in July 1985 and in a medical journal in September 1985. None of the obstetric literature mentioned AI as a mode of transmission of HIV and no article summarized the disease risks of AI before 1986.

The evidence reveals that the knowledge about HIV was rapidly growing in the period of 1984-85; however, it was still quite limited and confusing in the early days. Generally, research scientists and health care officials in the AIDS field were expected to be more up to date on medical developments concerning HIV than clinical practitioners and the general medical community. In 1984, the Elisa test was developed in the United States which enabled doctors to test for HIV in blood and tissues. However, as of January 21, 1985, there was no test available for the detection of HIV in semen or blood in Canada. The Elisa test did not become available in Canada until later in 1985. Therefore, it was impossible to test the semen of donors for HIV at the time the appellant became infected.

At this time, it was widely believed that HIV was an STD; however, it was hoped that the atraumatic AI procedure was free of risk. It was believed that the small abrasions caused by intercourse were necessary in order for the virus to get into the bloodstream. Thus, in late 1984, a possibility of the transmission of HIV through heterosexual intercourse was known, but AI was not seriously considered to put anyone at risk of being infected.

Some of the experts testified that an analogy could be drawn between Hepatitis B and HIV, since both were STDs. It was not until late 1986 that it was recognized that Hepatitis B could be transmitted by AI and it was common ground that there were no published reports of Hepatitis B transmissions by AI until the fall of 1987.

sonne dans le monde entier à exprimer une inquiétude au sujet de la possibilité de transmission du VIH par l'IA. Le premier cas documenté de transmission du VIH par l'IA a été relaté dans une publication non spécialisée en juillet 1985 et dans une revue médicale en septembre 1985. Avant 1986, aucune revue d'obstétrique n'a fait mention de la transmission du VIH par l'IA et aucun article ne contenait de résumé des risques de maladie liés à l'IA.

Il ressort de la preuve qu'au cours de la période 1984 et 1985, le champ des connaissances sur le VIH s'est agrandi rapidement, mais qu'au commencement, il était assez limité et déroutant. En général, on s'attendait à ce que les chercheurs et les fonctionnaires du domaine de la santé qui s'intéressaient au sida soient mieux au fait des découvertes relatives au VIH que les praticiens et le reste du corps médical. En 1984, la technique Elisa, développée aux États-Unis, a permis de détecter le VIH dans le sang et les tissus. Toutefois, au Canada, le 21 janvier 1985, il n'existait aucune méthode pour détecter le VIH dans le sperme ou le sang. La technique Elisa n'a pu être utilisée au Canada que plus tard durant 1985. Par conséquent, il était impossible de vérifier la présence du VIH dans le sperme des donneurs au moment où l'appelante a été infectée.

À cette époque, on pensait généralement que le VIH était une MTS, mais on espérait que l'IA non traumatique était sans danger. On croyait que les lésions minuscules causées par le coït étaient nécessaires pour que le virus pénètre dans le sang. Vers la fin de 1984, la possibilité de transmission du VIH par les relations hétérosexuelles était donc connue, mais l'IA n'était pas sérieusement associée à un risque d'infection.

Certains experts ont témoigné qu'il était possible d'établir une analogie entre l'hépatite B et le VIH car tous les deux étaient des MTS. Ce n'est que vers la fin de 1986 que l'on a reconnu que l'hépatite B pouvait être transmise par l'IA et tous s'entendaient pour dire qu'aucune publication n'a fait état de transmission de l'hépatite B par l'IA avant l'automne 1987.

11

In mid-1984, four babies in Australia were found to have acquired AIDS by blood transfusions. Since it was known that the Elisa test would eventually be available for clinical use, this led to a ministerial decree to impose a moratorium on all body fluid and tissue transfers. As a result, all AI clinics were closed at this time, although this was not supported by the whole medical profession in Australia. This event was not widely publicized in North America and the respondent, as well as the general medical community in North America, were unaware of the closures in Australia until later in 1985. Apparently, there was little exchange of medical information on the subject of HIV between Australia and North America. In September 1985, an article in the British medical journal *Lancet* revealed that four Australian women had contracted HIV from AI. When the respondent learned of this he immediately discontinued his AI program and recommended that his donors and the appellant be tested.

12

The American Fertility Society published guidelines for the use of semen donor insemination for the first time in 1986 and these guidelines were revised in 1988. The new guidelines recommended the use of frozen semen only, which is stored for at least six months. Blood samples for HIV antibodies are taken at the time of semen donation and six months later. The semen is only to be used if both samples are HIV negative. These guidelines were not published by the American Center for Disease Control until February 1988. The respondent did not start testing for Hepatitis B until sometime in 1987-88, when the guidelines were issued.

13

Although the respondent knew that HIV could be transmitted by heterosexual sex, as well as through blood transfusions, he was not aware that HIV could be transmitted by AI until July 1985, when he heard about the experience in Australia. None of the medical publications he read prior to

Au milieu de 1984, on a découvert en Australie que quatre bébés avaient contracté le sida par transfusion sanguine. Comme on savait que, tôt ou tard, il serait possible d'employer la technique Elisa à des fins cliniques, un décret ministériel a été pris, imposant un moratoire à l'égard de tout transfert de fluides et de tissus corporels. En conséquence, toutes les cliniques d'IA ont été fermées, bien que cette décision n'ait pas reçu l'appui unanime du corps médical australien. Les médias nord-américains n'ont pas donné beaucoup de publicité à ce fait et l'intimé, comme l'ensemble du corps médical nord-américain, n'a appris cette fermeture que plus tard en 1985. Apparemment, les échanges de renseignements médicaux concernant le VIH entre l'Australie et l'Amérique du Nord étaient peu nombreux. En septembre 1985, un article paru dans la revue médicale britannique *Lancet* a révélé que quatre Australiennes avaient été infectées par le VIH après une IA. Quand l'intimé a appris cette nouvelle, il a immédiatement interrompu son programme d'IA et a recommandé à ses donneurs et à l'appelante de se soumettre à des analyses.

L'American Fertility Society a publié pour la première fois en 1986 des directives relatives à l'insémination avec du sperme de donneur et ces directives ont été révisées en 1988. Les nouvelles directives recommandaient l'utilisation de sperme congelé seulement, qui est entreposé au moins six mois. Des prises de sang sont faites pour la détection des anticorps anti-VIH au moment du don de sperme et six mois plus tard. Le sperme ne doit être utilisé que si les deux échantillons sont séronégatifs. Ces directives n'ont été publiées par l'American Center for Disease Control qu'en février 1988. L'intimé n'a commencé à faire des analyses pour détecter l'hépatite B qu'au cours de 1987 et 1988, au moment où les directives ont été publiées.

Bien que l'intimé ait su que le VIH pouvait être transmis par les rapports hétérosexuels ou par les transfusions sanguines, il n'a appris que le VIH pouvait être communiqué par l'IA qu'en juillet 1985, lorsqu'il a été mis au fait de l'expérience australienne. Aucune des publications médicales

January 1985 nor any of the medical meetings he attended suggested that there was a risk of contracting HIV through AI. The respondent did not read Dr. Mascola's letter which appeared in the *New England Journal of Medicine*. He did not make any connection between the fact HIV was an STD and the possibility that it could be passed on through AI since there was nothing recorded to this effect.

There was expert evidence that the respondent's AI practice was in keeping with general practices across Canada. Specifically, his AI practice of recruitment and screening of donors and semen accorded with standard practice across Canada. The respondent used only fresh semen prior to January 1985. He personally interviewed all his donors instead of using a questionnaire. In the interview, the respondent obtained a complete medical history of the prospective donor including whether the donor was heterosexual or homosexual. The respondent rejected homosexuals because he considered that they had practices that could potentially transmit certain diseases to recipients. The respondent also inquired into the levels of sexual activity since active donors were more likely to be exposed to STDs.

The respondent also conducted a general physical examination. He tested for gonorrhoea, syphilis and other bacteria and conducted blood and semen tests for Rh blood factor. Other than on a random basis, there was no repeat testing of semen nor re-interviewing of donors. Of the 28 active donors used by the respondent in his AI practice, only the donor whose semen was administered to the appellant was infected by HIV. That donor had been asked whether he was heterosexual or homosexual and he replied that he was heterosexual. After the donor tested HIV positive, he told the respondent that he was bisexual.

At trial, the trial judge instructed the jury that it was open to find the respondent negligent on the basis that he failed to comply with the standard medical practice at that time. Alternatively, the

qu'il a lues avant janvier 1985 et aucune des conférences médicales auxquelles il a assisté ne laissaient supposer que l'IA comportait un risque de transmission du VIH. L'intimé n'a pas lu la lettre du Dr Mascola publiée dans le *New England Journal of Medicine*. Il n'a pas établi de rapport entre le fait que le VIH était une MTS et la possibilité qu'il soit communiqué par l'IA, puisque cela n'était attesté nulle part.

Selon les témoignages d'experts, l'intimé s'est conformé aux usages canadiens en matière d'IA. Plus précisément, sa méthode pour recruter et sélectionner les donneurs et le sperme était conforme à la pratique courante. L'intimé n'utilisait que du sperme à l'état frais avant janvier 1985. Il avait une entrevue avec tous les donneurs au lieu d'employer un questionnaire. Au cours de l'entrevue, il se renseignait sur tous les antécédents médicaux du donneur éventuel, y compris sur son orientation sexuelle. L'intimé refusait les homosexuels parce qu'il estimait qu'ils risquaient, en raison de leurs pratiques sexuelles, de transmettre certaines maladies aux receveuses. L'intimé les interrogeait aussi sur leur degré d'activité sexuelle car les donneurs actifs étaient plus susceptibles de contracter des MTS.

L'intimé faisait aussi un examen médical général. Il faisait des analyses en vue de détecter la blennorragie, la syphilis et d'autres bactéries, ainsi que des analyses de sang et de sperme pour établir le facteur Rh. Sauf pour les échantillons prélevés au hasard, les donneurs n'étaient pas soumis à d'autres analyses de sperme ni convoqués à une nouvelle entrevue. Parmi les 28 donneurs actifs auxquels l'intimé a eu recours, seul le donneur dont le sperme a été administré à l'appelante était infecté par le VIH. Lorsqu'on lui a demandé s'il était hétérosexuel ou homosexuel, il a répondu qu'il était hétérosexuel. Après que l'intimé l'a informé qu'il était séropositif, il a dit qu'il était bisexuel.

Au procès, le juge de première instance a informé le jury qu'il pouvait conclure à la négligence de l'intimé parce que celui-ci avait omis de respecter la pratique courante à l'époque. Subs-

trial judge stated that the jury could find that the approved practice itself was negligent.

17

With respect to the sale of goods issue, the trial judge instructed the jury to first determine whether the contract between the parties was primarily one for goods or primarily for services. If it was primarily for goods, then the *Sale of Goods Act* applied. However, the jury held that the contract was primarily one for services and therefore the Act did not apply. The trial judge also instructed the jury that aside from the Act, they had to consider whether there was a warranty at common law. However, in this context, the trial judge stated that any common law warranty would simply amount to the same thing as negligence. In other words, under the common law warranty in a contract for medical services, the respondent undertakes to meet the standards of a reasonably competent person practising in his field. The doctor does not warrant that the services will be effective.

18

In the result, the jury found the respondent negligent. However, it is unknown on what basis the jurors reached their decision. The damages awarded by the jury totalled \$883,800, including \$460,000 for non-pecuniary damages. On appeal, however, the verdict of the jury was set aside and the Court of Appeal ordered a new trial on the issue of liability as well as damages: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65.

II. Relevant Statutory Provisions

Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370:

17. Where there is a contract for the sale of goods by description, there is an implied condition that the goods shall correspond with the description. If the sale be by sample, as well as by description, it is not sufficient that the bulk of the goods correspond with the sample if the goods do not also correspond with the description.

18. Subject to this Act and any statute in that behalf, there is no implied warranty or condition as to the qual-

diairement, il pouvait conclure que cette pratique constituait en soi de la négligence.

Quant à la question de la vente d'objets, le juge de première instance a informé le jury qu'il devait d'abord décider si le contrat entre les parties était avant tout un contrat de vente ou un contrat de services. S'il s'agissait principalement d'un contrat de vente, alors la *Sale of Goods Act* s'appliquait. Toutefois, le jury a conclu que c'était principalement un contrat de services et, en conséquence, la Loi ne s'appliquait pas. Le juge de première instance a également informé le jury que, en plus d'examiner la Loi, il devait se demander s'il existait une garantie en common law. Toutefois, il a dit que, dans ce contexte, la garantie qui serait applicable en common law équivaldrait simplement à la négligence. Autrement dit, la garantie de common law dans un contrat de services médicaux signifie que l'intimé s'engage à satisfaire aux normes qui régissent l'activité d'une personne raisonnablement compétente dans sa sphère professionnelle. Le médecin ne garantit pas le résultat.

En conséquence, le jury a conclu à la négligence de l'intimé. Toutefois, on ignore sur quoi les jurés ont fondé leur décision. Les dommages-intérêts accordés par le jury atteignent 883 800 \$, dont 460 000 \$ en dommages-intérêts non pécuniaires. En appel le verdict du jury a cependant été annulé et la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la question de la responsabilité et sur les dommages-intérêts: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39, 103 D.L.R. (4th) 473, [1993] 6 W.W.R. 647, 29 B.C.A.C. 1, 48 W.A.C. 1, 16 C.C.L.T. (2d) 65.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370:

[TRADUCTION]

17. Le contrat de vente d'objets sur description contient la condition implicite que les objets correspondent à la description. Lorsque la vente est à la fois sur échantillon et sur description, il ne suffit pas que la masse des objets corresponde à l'échantillon si les objets ne correspondent pas à la description.

18. Sous réserve des lois pertinentes, il n'existe pas de garantie ou de condition implicite quant à la qualité

ity or fitness for any particular purpose of goods supplied under a contract of sale, except as follows:

- (a) where the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller the particular purpose for which the goods are required, so as to show that the buyer relies on the seller's skill or judgment, and the goods are of a description which it is in the course of the seller's business to supply, whether he is the manufacturer or not, there is an implied condition that the goods are reasonably fit for such purpose; except that in the case of a contract for the sale of a specified article under its patent or other trade name, there is no implied condition as to its fitness for any particular purpose;
- (b) where goods are bought by description from a seller who deals in goods of that description, whether he is the manufacturer or not, there is an implied condition that the goods shall be of merchantable quality; but if the buyer has examined the goods there is no implied condition as regards defects which such examination ought to have revealed;
- (c) an implied warranty or condition as to quality or fitness for a particular purpose may be annexed by the usage of trade; and
- (d) an express warranty or condition does not negative a warranty or condition implied by this Act unless inconsistent with it.

III. Judgment of Court of Appeal (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39

After a review of the evidence, including an exhaustive review of the evidence of standard practice, the court noted that the law was well established that "physicians are required to conduct themselves at least in accordance with the standard of their professional peers, but they are not expected to guarantee the success of their procedures or the perfect safety of their patients" (p. 61).

With respect to the negligence claim, the Court of Appeal distinguished between two aspects of the defendant's practice:

ou à l'adaptation à un usage particulier des objets fournis en vertu d'un contrat de vente, sauf dans les cas suivants:

- a) il y a une condition implicite que les objets sont raisonnablement adaptés à l'usage particulier que l'acheteur fait connaître expressément ou implicitement au vendeur, en montrant qu'il s'en remet à la compétence ou au jugement de celui-ci, lorsque les objets correspondent à la description de ceux que le vendeur fournit dans le cours de son commerce, qu'il en soit ou non le fabricant. Il n'y a pas de condition implicite relative à l'adaptation à un usage particulier d'un article déterminé sous son brevet ou sous une autre appellation commerciale;
- b) il y a une condition implicite que les objets achetés sur description sont de qualité marchande si le vendeur fait le commerce d'objets de cette description (qu'il en soit ou non le fabricant). Si l'acheteur a examiné les objets, il n'y a pas de condition implicite relative aux vices que l'examen aurait dû révéler;
- c) une garantie ou condition implicite relative à la qualité des objets ou à leur adaptation à un usage particulier peut être incorporée au contrat par renvoi aux usages du commerce;
- d) une garantie ou condition expresse n'invalide une garantie ou une condition découlant implicitement de la présente loi que si elles sont incompatibles.

III. L'arrêt de la Cour d'appel (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 39

Après avoir étudié la preuve, et notamment après avoir étudié à fond la preuve concernant la pratique courante, la cour a fait observer qu'il était bien établi en droit que [TRADUCTION] «les médecins sont tenus de se conformer au moins à la norme professionnelle suivie par leurs pairs, mais qu'ils ne sont pas censés garantir le succès du traitement ni la sécurité absolue de leurs patients» (p. 61).

Quant à la prétention selon laquelle il y a eu négligence, la Cour d'appel a fait une distinction entre deux aspects de la pratique suivie par l'intimé:

(1) the conduct of the AI procedure which reflected the current state of knowledge as to the risk of transmission of HIV involved in the use of that procedure;

(2) the screening and follow-up of donors.

21

With respect to the first aspect of the case, the court stated (at p. 67):

Thus, it is apparent that for the Defendant to be found liable on this part of the case, it would be necessary for the jury to be satisfied that the Defendant failed to have the knowledge and understanding expected in accordance with the standards of his profession. That, of course, was a question for the jury, and it was essential that the jury be carefully instructed upon the standard they should apply in deciding whether the Defendant was guilty of negligence. [Emphasis added.]

22

The court doubted that it could reasonably be found that the defendant was negligent in using fresh semen. It found, however, that the instructions to the jury were deficient in that the trial judge instructed the jury that it was open for them to find the general practice itself was negligent. In this regard, the court stated (at p. 73):

The only proper instruction to be given on at least a part of the case was that the jury should decide whether the Defendant conducted himself as a reasonable physician would in similar circumstances. In our judgment, that required the jury to confine itself to prevailing standards of practice.

The Court of Appeal also stated (at p. 74):

It was not possible on the evidence for the jury to find that it was negligent of the Defendant not to have known of the risk of HIV by AI and that he should have ceased performing AI. That was the principal argument of the Plaintiff and it may be the ground upon which the jury based its finding of negligence. If that is the case the verdict cannot stand.

23

With respect to the second aspect of the defendant's practice relating to the screening and follow-up of donors, the Court of Appeal stated (at p. 69):

(1) la façon de pratiquer l'IA conformément aux données acquises de la science quant au risque de transmission du VIH par cet acte médical;

(2) la sélection et le suivi des donneurs.

En ce qui a trait au premier aspect de l'affaire, la cour dit, à la p. 67:

[TRADUCTION] Ainsi, il est évident que, pour conclure que le défendeur est responsable sous ce rapport, le jury devrait être persuadé qu'il ne possédait pas les connaissances et le discernement qu'il était censé posséder suivant les normes de sa profession. C'était bien sûr au jury qu'il appartenait de trancher cette question et il était essentiel que des directives minutieuses lui soient données quant à la norme qu'il devait appliquer pour décider si le défendeur s'était rendu coupable de négligence. [Je souligne.]

La cour doutait qu'il soit raisonnable de conclure que le défendeur avait été négligent en utilisant du sperme à l'état frais. Elle a cependant conclu que les directives du juge de première instance étaient erronées en ce sens qu'il a informé le jury qu'il pouvait conclure que la pratique générale constituait en soi de la négligence. À cet égard, la cour déclare, à la p. 73:

[TRADUCTION] La seule directive convenable, du moins quant à un aspect de la cause, était que le jury devait décider si le défendeur avait agi comme l'aurait fait un médecin raisonnable dans une situation semblable. À notre sens, le jury devait pour ce faire s'en tenir à la pratique courante.

Elle ajoute, à la p. 74:

[TRADUCTION] La preuve ne permettait pas au jury de conclure que le fait que le défendeur ignorait que le VIH pouvait être transmis par l'IA constituait de la négligence et qu'il aurait dû cesser de pratiquer l'IA. C'était le principal argument de la demanderesse et c'est peut-être le motif sur lequel le jury s'est fondé pour conclure à la négligence. Si c'est le cas, le verdict doit être annulé.

En ce qui concerne le second aspect de la pratique suivie par le défendeur, soit la sélection et le suivi des donneurs, la Cour d'appel dit, à la p. 69:

What is more significant is that the Defendant made specific enquiries about homosexuality, not out of concern about HIV or AIDS, but because he regarded such persons as higher risks for the more common STDs. As a result of his initial enquiry, he felt confident in assuring the Plaintiff that her donor was not a homosexual person. A follow-up interview, or closer questioning, may or may not have disclosed that the donor was bisexual.

Keeping in mind that infection in a donor could be a "day-to-day" thing as described by Dr. Mascola, and that lifestyle changes can occur quickly, it was necessary for the jury to consider whether the Defendant's screening procedures were deficient. Again, of course, it was essential that the jury be given a proper instruction on the principles governing such matters. [Emphasis added.]

With respect to the instructions on this aspect, the Court of Appeal stated (at p. 73):

On the other part of the case, relating to the screening of donors, and follow-up interviews, the case is not so clear because less scientific questions are involved. In addition, we have identified some overlap between the two parts of the case. Screening homosexual persons out of an AI program because of their believed greater risk of infection was recognized by the Defendant as a desirable aim. The elimination of this particular donor for any reason would have protected the Plaintiff from HIV. It must be remembered, however, that it was impossible to guarantee safety because an inaccurate answer or a changed lifestyle after one or more follow-up interviews could have left the Plaintiff exposed to infection. There is no evidence suggesting that donors should be interviewed by the responsible physician before every donation.

On the other hand, if the jury found that the Defendant breached this duty of care to the Plaintiff then she may have an actionable claim against the Defendant because a defendant cannot always escape liability even though he does not foresee all the specific harm his patient may suffer from such a breach.

The court concluded that it was impossible to determine whether the jury found the respondent

[TRANSDUCTION] Ce qui est plus important c'est que le défendeur posait des questions au sujet de l'homosexualité, non pas parce qu'il craignait le VIH ou le sida, mais parce qu'il pensait que ces personnes risquaient davantage d'être porteurs de MTS plus courantes. Ayant fait cette première entrevue, il était sûr de lui quand il a assuré à la demanderesse que le donneur n'était pas homosexuel. Une entrevue de contrôle ou des questions plus précises auraient peut-être pu lui permettre de découvrir que le donneur était bisexuel.

Si l'on se rappelle qu'un donneur peut être infecté du jour au lendemain, comme le dit le Dr Mascola, et que les changements de style de vie peuvent s'opérer rapidement, le jury devait nécessairement se demander si le procédé de sélection du défendeur était inadéquat. Encore une fois, il était essentiel, bien sûr, que des directives convenables soient données au jury sur les principes applicables en la matière. [Je souligne.]

Quant aux directives sur cet aspect, la Cour d'appel s'exprime ainsi, à la p. 73:

[TRANSDUCTION] Sur l'autre aspect de la cause, savoir la sélection des donneurs et les entrevues de contrôle, la solution n'est pas aussi évidente parce que des questions à caractère moins scientifique se posent. De plus, nous avons observé un certain chevauchement des deux aspects de la cause. Le défendeur a jugé préférable de faire une sélection en vue d'écarter les homosexuels de son programme d'IA, parce qu'il croyait que le risque d'infection était plus élevé dans leur cas. S'il avait écarté le donneur en question pour quelque raison que ce soit, la demanderesse aurait été protégée contre le VIH. Il ne faut toutefois pas oublier qu'il était impossible de garantir la sécurité, parce qu'une réponse inexacte ou un changement de style de vie après une ou plusieurs entrevues de contrôle aurait pu faire courir à la demanderesse un risque d'infection. Aucun témoignage ne donne à penser que le médecin responsable devrait avoir une entrevue avec le donneur avant chaque don.

En revanche, si le jury a conclu que le défendeur a manqué à son devoir de prudence envers la demanderesse, alors elle peut avoir un droit d'action contre le défendeur, parce que celui-ci ne peut pas toujours se soustraire à la responsabilité, même s'il ne prévoit pas tous les dommages précis que sa patiente peut subir à cause de ce manquement.

La cour a statué qu'il était impossible de déterminer si le jury avait conclu à la négligence de

negligent on the first or second aspects of the defendant's practice. On the evidence, it was not available to the jury to find that the respondent ought to have known of the risk of HIV by AI. However, the trial judge charged the jury in this manner and it may have been the basis upon which the jury found negligence. Therefore, the verdict could not stand. A new trial was ordered on the issues other than those based on the first aspect of the case.

26

With respect to the sale of goods issue, the court assumed without deciding that there was a sale of semen. The trial judge instructed the jury to decide whether the contract between the parties was primarily for the sale of a good or whether it was a contract for services. Since the jury decided that it was not a sale of goods, the *Sale of Goods Act* did not apply. The court held that there was evidence upon which a jury could conclude that the arrangement was primarily one for professional services.

27

However, that did not resolve the issue of whether there should be an implied warranty at common law for the provision of medical services which included a good. The jury did not decide this issue because the trial judge instructed the jury that the warranty essentially amounted to the same thing as negligence. The court did not wish to go as far as to say that a physician would only be liable in warranty at common law if there was negligence in failing to detect or remove a defect in the good. Instead, the court was of the view that this was not a proper case for the implication of a warranty. In its opinion, it is a question of fact in each case whether the circumstances are sufficient to exclude common law warranties. It therefore dismissed this claim.

28

The court next considered the respondent's argument that the award of \$460,000 for non-pecuniary damages, in excess of the rough upper limit prescribed by the Supreme Court of Canada, was inordinately high. It held that it was reasonable for the trial judge not to have instructed the jury on a

l'intimé sous le premier ou sous le second aspect de la pratique qu'il suivait. Le jury ne pouvait se fonder sur les témoignages pour conclure que l'intimé aurait dû connaître le risque de communication du VIH par l'IA. Toutefois, c'est ce que le juge de première instance a dit au jury dans ses directives et c'est peut-être là-dessus que celui-ci s'est fondé pour conclure à la négligence. En conséquence, le verdict devait être annulé. La tenue d'un nouveau procès a été ordonnée sur les questions qui ne se rattachent pas au premier aspect de la cause.

Pour ce qui est de la question de la vente d'objets, la cour a supposé, sous toutes réserves, qu'il y avait eu vente de sperme. Le juge de première instance a informé le jury qu'il devait décider si le contrat entre les parties était principalement un contrat de vente d'objets ou un contrat de services. Comme le jury a décidé qu'il ne portait pas sur la vente d'objets, la *Sale of Goods Act* ne s'appliquait pas. La cour a conclu que la preuve aurait permis au jury de conclure que le contrat avait pour objet principal la fourniture de services professionnels.

Toutefois, il restait à décider s'il existait en common law une garantie implicite en cas de prestation de services médicaux accompagnée de la fourniture d'un objet. Le jury n'a pas tranché cette question, parce que le juge de première instance l'a informé que la garantie équivalait essentiellement à de la négligence. La cour n'a pas voulu aller jusqu'à dire qu'un médecin n'engagerait sa responsabilité en application d'une garantie reconnue en common law que s'il faisait preuve de négligence en omettant de détecter ou de corriger un défaut de l'objet. Elle a plutôt émis l'avis qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce d'appliquer une garantie implicite. À son avis, la question de savoir si les circonstances suffisent à exclure les garanties de common law est une question de fait. Elle a donc rejeté cette prétention.

La cour a examiné ensuite l'argument de l'intimé que la somme de 460 000 \$ accordée en dommages-intérêts pour les pertes non pécuniaires, qui excède le plafond approximatif fixé par la Cour suprême du Canada, était démesurément élevée. Elle a conclu qu'il était raisonnable que le juge de

rough upper limit when neither counsel had asked for such a charge. However, this did not mean that the appellant's damages should not be properly assessed in light of the jurisprudence. Relying on *Lindal v. Lindal*, [1981] 2 S.C.R. 629, the court concluded (at p. 87):

While recognizing that the [appellant's] injuries are markedly different in kind from those under consideration in the trilogy, we cannot conclude that the principle adopted by the Supreme Court of Canada, aimed at controlling the social burden of damage awards, should not be applied in this case. It follows, in our view, that the [appellant's] non-pecuniary damages cannot exceed the adjusted rough upper limit.

It was held that, although the trial judge did not err in his instruction to the jury, if the damages exceed the rough upper limit, the Court of Appeal must correct the award in conformity with the governing principles. Since there was to be a new trial on liability, the court was of the view that there should also be a new trial ordered on the question of damages generally.

IV. Issues

1. Did the Court of Appeal err in holding that the trial judge ought not to have charged the jury that, even if the respondent conformed to standard medical practice, it was open to the jury to find that the prevailing medical practice with respect to the AI procedure was negligent?
2. Did the Court of Appeal err in rejecting the appellant's claim based on a warranty under the *Sale of Goods Act*?
3. Did the Court of Appeal err in holding that a warranty of quality or fitness should not be implied under the common law, in the circumstances of this case?
4. Did the Court of Appeal err in holding that the rough upper limit on non-pecuniary damages applies in the present case?

première instance ne donne pas de directive au jury relativement à ce plafond puisque aucun des deux avocats ne lui avait demandé de lui en donner. Toutefois, cela ne signifiait pas qu'il n'y avait pas lieu d'évaluer le préjudice subi par l'appelante en tenant compte de la jurisprudence. S'appuyant sur l'arrêt *Lindal c. Lindal*, [1981] 2 R.C.S. 629, la cour a conclu, à la p. 87:

[TRADUCTION] Tout en reconnaissant que le préjudice corporel de [l'appelante] est de nature sensiblement différente de celle du préjudice en cause dans la trilogie, nous ne pouvons pas conclure qu'il n'y a pas lieu d'appliquer en l'espèce le principe adopté par la Cour suprême du Canada en vue de limiter le fardeau social que représentent les dommages-intérêts accordés. Il s'ensuit, à notre avis, que les dommages-intérêts non pécuniaires accordés à [l'appelante] ne peuvent pas dépasser le plafond approximatif ajusté.

La cour a décidé que, bien que le juge de première instance n'ait pas donné de directive erronée au jury, si les dommages-intérêts excèdent le plafond approximatif, elle devait ajuster le montant selon les principes applicables. Puisque la responsabilité devait faire l'objet d'un nouveau procès, la cour a estimé qu'il convenait d'ordonner en outre la tenue d'un nouveau procès à l'égard de la question des dommages-intérêts en général.

IV. Questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que le juge de première instance n'aurait pas dû informer le jury que, même si l'intimé avait observé la pratique courante, le jury pouvait conclure que cette pratique en matière d'IA constituait de la négligence?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rejetant la prétention de l'appelante fondée sur une garantie prévue dans la *Sale of Goods Act*?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant qu'étant donné les circonstances de l'espèce, aucune garantie implicite de qualité ou d'adaptation à un usage particulier, reconnue en common law, n'était applicable?
4. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en décidant que le plafond approximatif des dommages-intérêts non pécuniaires s'appliquait en l'espèce?

5. If the rough upper limit of non-pecuniary damages applies in the present case, must the jury be instructed accordingly or should it be left to the Court of Appeal to adjust a jury award which exceeds the limit?

V. Analysis

A. *Professional Negligence*

I agree with the Court of Appeal that there are two aspects to the claim of professional negligence:

- (1) breach of duty arising from the failure to be aware of the risk of HIV infection through the use of AI; and
- (2) breach of duty with respect to the screening and follow-up of donors.

The alleged departures from the applicable standard of care were:

- (1) in respect of the first aspect, failure to discontinue the practice of AI or, in the alternative, to warn the patients of the risk;
- (2) in respect of the second aspect, the failure to adequately screen donors so as to eliminate those in a high risk category with relation to the transmission of STDs and to re-interview donors periodically to detect changes in lifestyle. There is also the claim that frozen semen rather than fresh semen should have been used.

In order to properly address the issues relating to professional negligence, it is useful to consider what were the matters which the jury was obliged to decide. In each aspect of the claim the jury was bound to consider whether the evidence established that a standard of practice existed. If the answer was in the affirmative, the next question was whether the defendant conformed to that practice. An affirmative answer to this question would result in a finding of no negligence in favour of the respondent unless the jury was entitled to consider and hold that the standard practice was itself below

5. Si le plafond approximatif des dommages-intérêts non pécuniaires s'applique en l'espèce, faut-il donner une directive au jury sur ce point ou laisser à la Cour d'appel le soin d'ajuster le montant accordé par le jury s'il dépasse le plafond?

V. Analyse

A. *La négligence professionnelle*

Je suis d'avis, comme la Cour d'appel, que la prétention relative à la négligence professionnelle comporte deux aspects:

- (1) le manquement à une obligation découlant de l'ignorance du risque de transmission du VIH par l'IA;
- (2) le manquement à une obligation en ce qui concerne la sélection et le suivi des donneurs.

Les dérogations à la norme de prudence applicable auraient été les suivantes:

- (1) quant au premier aspect, le fait de ne pas avoir cessé de pratiquer l'IA ou, subsidiairement, de ne pas avoir prévenu les patientes du risque;
- (2) quant au second aspect, le fait de ne pas avoir fait une sélection adéquate des donneurs de façon à écarter ceux qui appartenaient à une catégorie à risque élevé relativement à la transmission des MTS et le fait de ne pas avoir convoqué périodiquement les donneurs à une entrevue de façon à détecter les changements de style de vie. Il est allégué en outre qu'il aurait fallu utiliser du sperme congelé au lieu de sperme à l'état frais.

Pour analyser correctement les questions de négligence professionnelle, il est utile de prendre en considération les points sur lesquels le jury était tenu de se prononcer. À l'égard de chacun des aspects de l'affaire, le jury devait décider si la preuve montrait l'existence d'une pratique courante. Dans l'affirmative, il devait ensuite se demander si le défendeur s'y était conformé. Si c'était le cas, il devait conclure que l'intimé n'avait pas été négligent, sauf si le jury était habilité à déterminer que la pratique courante en soi dérogeait à la norme juridique admise et que toute

the required legal standard and that conduct below that standard constituted negligence. Similarly, if the jury found that no standard practice was established by the evidence, the appellant would have failed to prove her case unless the jury was entitled to fix the standard without the necessity of expert evidence. Finally, if the respondent failed to comply with the standard of care established by the evidence or by the jury, in the absence of or insufficiency of evidence, then the respondent would be found to be negligent.

(1) Standard of Care and Evidence of Standard Practice

It is well settled that physicians have a duty to conduct their practice in accordance with the conduct of a prudent and diligent doctor in the same circumstances. In the case of a specialist, such as a gynaecologist and obstetrician, the doctor's behaviour must be assessed in light of the conduct of other ordinary specialists, who possess a reasonable level of knowledge, competence and skill expected of professionals in Canada, in that field. A specialist, such as the respondent, who holds himself out as possessing a special degree of skill and knowledge, must exercise the degree of skill of an average specialist in his field: see *Wilson v. Swanson*, [1956] S.C.R. 804, at p. 817, *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at p. 361, and *McCormick v. Marcotte*, [1972] S.C.R. 18.

[It is also particularly important to emphasize, in the context of this case, that the conduct of physicians must be judged in the light of the knowledge that ought to have been reasonably possessed at the time of the alleged act of negligence.] As Denning L.J. eloquently stated in *Roe v. Ministry of Health*, [1954] 2 All E.R. 131 (C.A.), at p. 137, "[w]e must not look at the 1947 accident with 1954 spectacles". That is, courts must not, with the benefit of hindsight, judge too harshly doctors who act in accordance with prevailing standards of professional knowledge. This point was also emphasized by this Court in *Lapointe*, *supra*, at pp. 362-63:

conduite non conforme à cette norme constituait de la négligence. De la même façon, si le jury avait conclu que la preuve ne montrait pas l'existence d'une pratique courante, l'appelante n'aurait pas établi le bien-fondé de sa prétention, sauf si le jury était habilité à fixer la norme applicable sans l'aide d'experts. Enfin, si l'intimé avait dérogé à la norme de prudence établie par la preuve — ou fixée par le jury, en l'absence de preuve ou en cas d'insuffisance de la preuve —, il devait être taxé de négligence.

(1) Norme de prudence et preuve de la pratique courante

Il est bien établi que tout médecin doit exercer son activité comme un médecin prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Dans le cas d'un spécialiste, tel qu'un obstétricien gynécologue, il faut évaluer la conduite du médecin par rapport à celle des autres spécialistes qui possèdent le degré raisonnable de science, de compétence et d'habileté auquel on s'attend des professionnels au Canada dans cette spécialité. Un spécialiste, comme l'intimé, qui prétend avoir un certain degré d'habileté et de science doit faire preuve de l'habileté du spécialiste moyen dans son domaine: voir les arrêts *Wilson c. Swanson*, [1956] R.C.S. 804, à la p. 817, *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, à la p. 361, et *McCormick c. Marcotte*, [1972] R.C.S. 18.

Il est en outre particulièrement important de souligner, dans le présent contexte, que la conduite des médecins doit être appréciée en fonction des connaissances qu'ils auraient raisonnablement dû posséder à l'époque de la négligence alléguée. Comme le dit éloquentement lord Denning dans l'arrêt *Roe c. Ministry of Health*, [1954] 2 All E.R. 131 (C.A.), à la p. 137, [TRADUCTION] «[n]ous ne devons pas analyser l'accident de 1947 sous l'éclairage de 1954». C'est-à-dire que les tribunaux ne doivent pas, avec l'avantage du recul, juger trop sévèrement les médecins qui agissent conformément aux normes courantes de compétence professionnelle. Notre Cour insiste sur ce point dans l'arrêt *Lapointe*, précité, aux pp. 362 et 363:

... courts should be careful not to rely upon the perfect vision afforded by hindsight. In order to evaluate a particular exercise of judgment fairly, the doctor's limited ability to foresee future events when determining a course of conduct must be borne in mind. Otherwise, the doctor will not be assessed according to the norms of the average doctor of reasonable ability in the same circumstances, but rather will be held accountable for mistakes that are apparent only after the fact.

No issue is taken with this proposition which was applied both in the trial judge's charge to the jury and by the Court of Appeal.

... les tribunaux doivent prendre garde de ne pas se fier à la vision parfaite que permet le recul. Pour évaluer équitablement un exercice particulier du jugement, il faut tenir compte de la possibilité limitée du médecin, lorsqu'il décide de la conduite à suivre, de prévoir le déroulement des événements. Sinon, le médecin ne sera pas évalué selon les normes d'un médecin de compétence raisonnable placé dans les mêmes circonstances, mais il sera plutôt tenu responsable d'erreurs qui ne sont devenues évidentes qu'après le fait.

Nul ne conteste cette proposition qu'ont appliquée tant le juge de première instance dans son exposé au jury que la Cour d'appel.

The Court of Appeal, after a thorough review of the evidence, held that it was not possible for a jury acting judicially to have found that, in 1985, the respondent ought to have known of the risk. This is a power to review a jury verdict which a court of appeal clearly possesses. See *Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead*, [1975] 2 S.C.R. 831. I agree with this finding and can find no basis upon which it can be questioned. Indeed my review of the evidence leads to the same conclusion. The evidence of standard practice on the first aspect of the case was based entirely on the state of knowledge required of the reasonable practitioner in 1985 and it would have been equally impossible for a jury acting judicially to have found that, given the state of knowledge, the reasonable practitioner ought to either have discontinued AI or warned the patients of the risk. It having been admitted that the respondent continued AI and did not warn his patients, there was no issue concerning his conformity with the standard practice.

Après avoir étudié la preuve à fond, la Cour d'appel a conclu qu'un jury agissant de manière judiciaire ne pouvait pas conclure que, en 1985, l'intimé aurait dû connaître le risque. De toute évidence, une cour d'appel a le pouvoir de réviser le verdict du jury en pareil cas. Voir *Vancouver-Fraser Park District c. Olmstead*, [1975] 2 R.C.S. 831. Je souscris à cette conclusion et ne vois aucune raison de la mettre en doute. En effet, j'en arrive à la même conclusion après examen de la preuve. Pour ce qui est du premier aspect de la cause, la preuve relative à la pratique courante reposait entièrement sur le degré de science exigé du praticien raisonnable en 1985, et un jury agissant de manière judiciaire n'aurait pas pu conclure non plus que, étant donné l'état de la science, le praticien raisonnable aurait dû soit abandonner l'IA, soit prévenir les patientes du risque. Comme il a été admis que l'intimé a continué de pratiquer l'IA et n'a pas prévenu ses patientes, la question de sa conformité à la pratique courante ne se posait pas.

The appellant, therefore, can only support a favourable finding on this aspect of the case on the basis that the jury was entitled to find that the standard established by the evidence itself departed from that of a prudent and diligent physician and that the respondent, in failing to conform with a higher standard, was guilty of negligence. This raises the issue as to the correctness of the trial judge's charge to the jury to the effect that the jury was so entitled.

En conséquence, l'appelante ne peut avoir gain de cause sur cet aspect qu'en démontrant que le jury était en droit de conclure que la norme établie par la preuve, en soi, s'écarterait de la norme du médecin prudent et diligent, et que l'intimé, en ne se conformant pas à une norme plus élevée, se rendait coupable de négligence. Il faut donc se demander si le juge de première instance a donné au jury des directives appropriées en lui disant qu'il pouvait tirer cette conclusion.

With respect to the second aspect of the claim in professional negligence, the Court of Appeal considered that a verdict for the appellant was open to the jury. It is, however, by no means clear that the evidence establishes a standard practice with respect to the screening and follow-up of donors. This was a matter for the jury to determine. If the jury found that the evidence fell short of establishing the existence of a standard practice, the question arises as to whether the jury could determine the applicable standard without the aid of expert evidence. This is a legal issue upon which the Court of Appeal did not pronounce but which is closely related to the issue raised by the trial judge's instruction referred to above.

It is generally accepted that when a doctor acts in accordance with a recognized and respectable practice of the profession, he or she will not be found to be negligent. This is because courts do not ordinarily have the expertise to tell professionals that they are not behaving appropriately in their field. In a sense, the medical profession as a whole is assumed to have adopted procedures which are in the best interests of patients and are not inherently negligent. As L'Heureux-Dubé J. stated in *Lapointe*, in the context of the Quebec *Civil Code* (at pp. 363-64):

Given the number of available methods of treatment from which medical professionals must at times choose, and the distinction between error and fault, a doctor will not be found liable if the diagnosis and treatment given to a patient correspond to those recognized by medical science at the time, even in the face of competing theories. As expressed more eloquently by André Nadeau in "La responsabilité médicale" (1946), 6 *R. du B.* 153, at p. 155:

[TRANSLATION] The courts do not have jurisdiction to settle scientific disputes or to choose among divergent opinions of physicians on certain subjects. They may only make a finding of fault where a violation of universally accepted rules of medicine has occurred. The courts should not involve themselves in controversial questions of assessment having to do with diagnosis or the treatment of preference. [Emphasis added.]

Quant au second aspect de la prétention selon laquelle il y a eu négligence professionnelle, la Cour d'appel a estimé que le jury pouvait rendre un verdict favorable à l'appelante. Il n'est cependant pas du tout évident que la preuve montre l'existence d'une pratique courante en matière de sélection et de suivi des donneurs. Cette question relevait du jury. Si le jury a conclu que la preuve ne montrait pas l'existence d'une telle pratique, il faut se demander s'il pouvait fixer la norme applicable sans l'aide d'experts. Il s'agit d'une question de droit sur laquelle la Cour d'appel ne s'est pas prononcée, mais qui se rattache de près à la question soulevée par les directives du juge de première instance déjà mentionnées.

Il est généralement admis que, lorsqu'un médecin suit une pratique reconnue et respectable de sa profession, il ne saurait être taxé de négligence. La raison en est que les tribunaux ne possèdent pas d'ordinaire les connaissances spécialisées qui leur permettraient de dire aux professionnels qu'ils dérogent à leurs devoirs. En un sens, le corps médical dans son ensemble est censé avoir adopté les méthodes qui sont les plus avantageuses pour les patients et qui ne sont pas négligentes en soi. Comme le fait remarquer le juge L'Heureux-Dubé dans *Lapointe*, aux pp. 363 et 364, dans le contexte du *Code civil* du Québec:

Compte tenu du nombre de méthodes de traitements possibles entre lesquels les professionnels de la santé doivent parfois choisir et de la distinction entre l'erreur et la faute, un médecin ne sera pas tenu responsable si le diagnostic et le traitement du malade correspondent à ceux reconnus par la science médicale à cette époque, même en présence de théories opposées. Comme l'exprime d'une façon plus éloquente André Nadeau dans «La responsabilité médicale» (1946), 6 *R. du B.* 153, à la p. 155:

Les tribunaux n'ont pas compétence pour trancher des différends scientifiques et partager les opinions divergentes des médecins sur certains sujets. Ils ne peuvent conclure à la faute que lorsqu'il y a violation des règles médicales admises par tous. Les cours n'ont rien à voir aux questions d'appréciation controversée du diagnostic ou de préférence à donner à tel ou tel traitement. [Je souligne.]

39

In *The Law of Torts* (7th ed. 1987), Professor Fleming observed the following with respect to the role of standard practice, at p. 109:

Conformity with general practice, on the other hand, usually dispels a charge of negligence. It tends to show what others in the same "business" considered sufficient, that the defendant could not have learnt how to avoid the accident by the example of others, that most probably no other practical precautions could have been taken, and that the impact of an adverse judgment (especially in cases involving industry or a profession) will be industry-wide and thus assume the function of a "test case". Finally, it underlines the need for caution against passing too cavalierly upon the conduct and decision of experts.

All the same, even a common practice may itself be condemned as negligent if fraught with obvious risks. [Emphasis added.]

40

With respect to the medical profession in particular, Professor Fleming noted, at p. 110:

Common practice plays its most conspicuous role in medical negligence actions. Conscious at once of the layman's ignorance of medical science and apprehensive of the impact of jury bias on a peculiarly vulnerable profession, courts have resorted to the safeguard of insisting that negligence in diagnosis and treatment (including disclosure of risks) cannot ordinarily be established without the aid of expert testimony or in the teeth of conformity with accepted medical practice. However there is no categorical rule. Thus an accepted practice is open to censure by a jury (nor expert testimony required) at any rate in matters not involving diagnostic or clinical skills, on which an ordinary person may presume to pass judgment sensibly, like omission to inform the patient of risks, failure to remove a sponge, an explosion set-off by an admixture of ether vapour and oxygen or injury to a patient's body outside the area of treatment. [Emphasis added. Footnotes omitted.]

41

It is evident from the foregoing passage that while conformity with common practice will gen-

Dans son ouvrage *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), le professeur Fleming fait observer ce qui suit, relativement au rôle de l'usage professionnel, à la p. 109:

[TRADUCTION] La *conformité* avec la pratique générale, en revanche, écarte habituellement l'accusation de négligence. Elle tend à montrer ce que d'autres exerçant la même activité estimaient suffisant, que le défendeur n'aurait pas pu apprendre comment éviter l'accident en suivant l'exemple des autres, que probablement aucune autre précaution pratique n'aurait pu être prise et que les répercussions d'un jugement défavorable (surtout en ce qui concerne une industrie ou une profession) se feront sentir dans tous les secteurs de l'industrie, créant ainsi un «précédent». Enfin, elle met en lumière la nécessité de prendre garde de ne pas exprimer trop cavalièrement un jugement sur la conduite et les décisions de spécialistes.

Par contre, même une pratique courante peut être taxée de négligence si elle comporte de nombreux risques évidents. [Je souligne.]

En ce qui concerne les médecins en particulier, le professeur Fleming fait remarquer, à la p. 110:

[TRADUCTION] La pratique courante joue un rôle manifeste dans les actions en responsabilité médicale. Tant parce qu'ils sont conscients de l'ignorance du profane sur le chapitre de la science médicale que parce qu'ils craignent les conséquences du parti pris des jurés sur une profession particulièrement vulnérable, les tribunaux ont insisté, à titre de sauvegarde, pour que la négligence dans le diagnostic et le traitement (y compris la communication des risques au patient) ne puisse normalement être établie sans l'aide du témoignage d'un expert ou en l'absence de dérogation à la pratique médicale admise. Toutefois, il n'y a pas de règle catégorique. Ainsi, une pratique admise peut être blâmée par un jury (ou la preuve d'expert peut ne pas être requise) de toute façon lorsqu'il s'agit non pas de diagnostic ou du savoir-faire du clinicien, mais de questions sur lesquelles le profane peut se permettre de prononcer un jugement judicieusement, comme l'omission d'informer le patient des risques, l'omission d'enlever une compresse, l'explosion provoquée par un mélange de vapeur d'éther et d'oxygène ou une blessure infligée au patient à l'extérieur de la région traitée. [Je souligne. Notes omises.]

Il appert de toute évidence du passage précité que, si la conformité à la pratique courante exonère

erally exonerate physicians of any complaint of negligence, there are certain situations where the standard practice itself may be found to be negligent. However, this will only be where the standard practice is "fraught with obvious risks" such that anyone is capable of finding it negligent, without the necessity of judging matters requiring diagnostic or clinical expertise.

In *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, this Court had the opportunity to address this issue in the context of the civil responsibility of a notary under the Quebec *Civil Code*. In that case, it was recognized that where a custom of a profession ignores the elementary dictates of caution, it is open to a court to find the professional person negligent. Thus, even if a doctor practises in accordance with common professional practice, he will be liable if that practice is wanting. As L'Heureux-Dubé J. stated at pp. 436-37:

This brief overview of both doctrine and jurisprudence indicates that courts have discretion to assess liability despite uncontradicted evidence of common professional practice at the relevant time. The standard, in regard to the particular facts of each case, must still be that of a reasonable professional in such circumstances.

It may very well be that the professional practice reflects prudent and diligent conduct. One would hope that if a certain practice has developed amongst professionals in regard to a particular professional act, such practice is in accordance with a prudent course of action. The fact that a professional has followed the practice of his or her peers may be strong evidence of reasonable and diligent conduct, but it is not determinative. If the practice is not in accordance with the general standards of liability, i.e., that one must act in a reasonable manner, then the professional who adheres to such a practice can be found liable, depending on the facts of each case. [Emphasis in original.]

The foregoing principles were also endorsed by this Court in *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456. Thus, it is apparent that conformity with standard practice in a profession does not necessarily

généralement le médecin de toute responsabilité pour négligence, il arrive parfois que cette pratique constitue en soi de la négligence. Toutefois, ce ne sera que dans les cas où la pratique comporte de «nombreux risques évidents», c'est-à-dire dans ceux où n'importe qui est à même de conclure qu'elle constitue de la négligence, sans avoir à se prononcer sur des questions exigeant un diagnostic ou des connaissances de clinicien.

Dans l'arrêt *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, notre Cour a eu l'occasion d'étudier cette question dans le contexte de la responsabilité civile du notaire sous le régime du *Code civil* du Québec. Dans cette affaire, il a été reconnu que, lorsqu'une pratique professionnelle contrevient aux règles élémentaires de prudence, le tribunal peut conclure à la négligence du professionnel. Ainsi, même si un médecin se conforme à la pratique professionnelle courante, il s'expose à une action en responsabilité s'il s'avère que cette pratique présente des déficiences. Comme le dit le juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 436 et 437:

Il ressort de cette brève revue de la doctrine et de la jurisprudence que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'apprécier la responsabilité, malgré l'existence d'une preuve non contredite quant à la pratique professionnelle courante à l'époque en question. La norme doit toujours être, compte tenu des faits particuliers de chaque espèce, celle du professionnel raisonnable placé dans les mêmes circonstances.

Il se peut fort bien que la pratique professionnelle soit le reflet d'une conduite prudente et diligente. On peut, en effet, espérer qu'une pratique qui s'est développée parmi les professionnels relativement à un acte professionnel donné témoigne d'une façon d'agir prudente. Le fait qu'un professionnel ait suivi la pratique de ses pairs peut constituer une forte preuve d'une conduite raisonnable et diligente, mais ce n'est pas déterminant. Si cette pratique n'est pas conforme aux normes générales de responsabilité, savoir qu'on doit agir de façon raisonnable, le professionnel qui y adhère peut alors, suivant les faits de l'espèce, engager sa responsabilité. [Souligné dans l'original.]

Ces principes ont été repris par notre Cour dans l'arrêt *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456. Il est donc évident que la conformité à une pratique professionnelle courante ne soustrait pas nécessai-

insulate a doctor from negligence where the standard practice itself is negligent. The question that remains is under what circumstances will a professional standard practice be judged negligent? It seems that it is only where the practice does not conform with basic care which is easily understood by the ordinary person who has no particular expertise in the practices of the profession. That is, as Professor Fleming suggests, where the common practice is fraught with danger, a judge or a jury may find that the practice is itself negligent.

44

As was observed in *Lapointe*, courts should not involve themselves in resolving scientific disputes which require the expertise of the profession. Courts and juries do not have the necessary expertise to assess technical matters relating to the diagnosis or treatment of patients. Where a common and accepted course of conduct is adopted based on the specialized and technical expertise of professionals, it is unsatisfactory for a finder of fact to conclude that such a standard was inherently negligent. On the other hand, matters falling within the ordinary common sense of juries can be judged to be negligent. For example, where there are obvious existing alternatives which any reasonable person would utilize in order to avoid a risk, one could conclude that the failure to adopt such measures is negligent notwithstanding that it is the prevailing practice among practitioners in that area.

45

Such a case arose in *Anderson v. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (Man. C.A.), aff'd [1950] 4 D.L.R. 223 (S.C.C.). There, a doctor performed surgery on a child's throat. During the course of the surgery, sponges were used without any tape or strings attached to ensure that none was left in the throat. Nor was a nurse present to count the number of sponges used. One of the sponges was inadvertently left in the throat and after the operation, the child died of suffocation. The surgeon gave evidence that it was not his practice to use sponges with strings, nor to have anyone count the sponges used. This appeared to be standard practice in the hospital, notwithstanding that there were sponges

rement à une accusation de négligence si la pratique en soi constitue de la négligence. Il reste à décider dans quelle situation une pratique professionnelle courante constituera de la négligence. Il semble que ce ne soit que dans les cas où elle n'est pas conforme aux règles élémentaires de prudence qui sont facilement comprises par le profane. C'est-à-dire, pour reprendre les propos du professeur Fleming, que, lorsque la pratique courante comporte de nombreux risques évidents, un juge ou un jury peut conclure que la pratique en soi constitue de la négligence.

Comme notre Cour le fait observer dans *Lapointe*, les tribunaux ne devraient pas intervenir dans les différends scientifiques dont la solution exige des connaissances spécialisées. Les juges et les jurés n'ont pas les connaissances nécessaires pour apprécier des questions techniques concernant le diagnostic ou le traitement des patients. Quand une pratique courante et reconnue est suivie en conformité avec les données acquises de la science et de la technique, il serait peu judicieux que le juge des faits conclue que cette pratique constitue en soi de la négligence. En revanche, le jury peut conclure à la négligence lorsqu'il s'agit de questions relevant du sens commun. Par exemple, s'il existe d'autres méthodes évidentes que toute personne raisonnable emploierait pour éviter un risque, on peut conclure que l'omission de prendre ces mesures constitue de la négligence, même s'il s'agit de l'usage admis parmi les praticiens dans cette spécialité.

C'est ce qui s'est passé dans *Anderson c. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (C.A. Man.), conf. par [1950] 4 D.L.R. 223 (S.C.C.). Dans cette affaire, un médecin a pratiqué une intervention sur la gorge d'un enfant. Durant l'opération, il a utilisé des compresses qui n'étaient pas reliées par un ruban ou des fils de façon à ce qu'aucune ne soit laissée dans la gorge, et aucune infirmière n'était sur place pour compter les compresses utilisées. Or, l'une de celles-ci a été laissée par inadvertance dans la gorge et après l'opération, l'enfant est mort étouffé. Le chirurgien a témoigné qu'il n'avait pas coutume d'utiliser des compresses rattachées les unes aux autres et de se faire aider par une per-

available with strings and nurses could be made available for counting sponges. The Court of Appeal held that the surgeon acted negligently.

The principal reasons, written by McPherson C.J.M., did not specifically deal with the issue with respect to standard practice. However, McPherson C.J.M. did observe that the fact a sponge was left in a potentially dangerous position is one which "the ordinary man is competent to consider in arriving at a decision as to whether or not there was negligence" (p. 74). By failing to take either of the precautions which were readily available, the majority held that the surgeon was negligent.

In separate concurring reasons, Coyne J.A. discussed the issue of customary practice among surgeons. He noted that whether or not it is negligent to omit to use sponges with ties or fail to keep count of the sponges is not a matter requiring expert knowledge. Coyne J.A. observed that general practice is not a complete defence to negligence. I find it useful to quote fairly extensively from his reasons as I believe that they are directly pertinent to the issues in this case. At pages 81-82, he stated:

Dr. Chasney defends on the ground that it has not been his practice, and that it is not the usual practice of operators in the hospital in question and of some operators elsewhere, to take these precautions. But he took a chance in neglecting them. Whether to adopt them or not, he says, is a matter of surgical skill and experience and the general practice of practitioners is conclusive. This, however, was not peculiarly a matter of such skill and experience. His counsel argued that if a general practice of surgeons is followed, negligence cannot be attributed, and that expert evidence is conclusive. But if that were correct the expert witnesses would, in effect, be the jury to try the question of negligence. That question, however, must continue to be one for the petit jury empanelled to try the case, if it is a jury case, and for the Court where it is not. The experts remain witnesses to give their expert opinions in assistance of the jury or the

sonne chargée de les compter. C'était apparemment la pratique courante à l'hôpital en dépit du fait que l'on disposait de compresses reliées par des fils et qu'il était possible de demander à une infirmière de les compter. La Cour d'appel a décidé que le chirurgien avait été négligent.

Dans les motifs principaux qu'il a rédigés, le juge en chef McPherson n'a pas traité expressément de la question de la pratique courante. Toutefois, il a fait observer qu'oublier une compresse dans une région où elle présentait un danger est un fait que [TRADUCTION] «la personne ordinaire est en mesure de prendre en considération pour décider si la conduite était négligente» (p. 74). La majorité a conclu qu'en omettant de prendre l'une ou l'autre des précautions à sa portée, le chirurgien a fait preuve de négligence.

Dans des motifs concordants, le juge Coyne a analysé la question de la pratique habituelle parmi les chirurgiens. Il a fait remarquer qu'il n'était pas nécessaire de posséder des connaissances spécialisées pour décider si l'omission d'employer des compresses reliées pas des fils ou de compter les compresses constituait de la négligence. Le juge Coyne a fait observer qu'une pratique générale n'était pas un moyen de défense permettant d'échapper à toute responsabilité. J'estime utile de citer un assez long extrait de ses motifs, car je pense qu'ils sont directement pertinents au regard de la présente espèce. Il dit, aux pp. 81 et 82:

[TRADUCTION] Le docteur Chasney fait valoir en défense qu'il n'a pas coutume, et que ce n'est pas l'usage dans l'hôpital en question et parmi certains chirurgiens dans d'autres établissements, de prendre de telles précautions. Mais il a couru un risque en ne les prenant pas. À son dire, le besoin de prendre ces précautions est fonction de l'habileté et de l'expérience du chirurgien, et la pratique courante est déterminante. Il ne s'agit cependant pas particulièrement d'une question d'habileté et d'expérience. Son avocat a soutenu qu'aucune négligence ne peut être reprochée à celui qui suit la pratique générale des chirurgiens, et que la preuve d'expert est décisive. Mais s'il en était ainsi, ce seraient les experts cités comme témoins qui rendraient en fait le verdict sur la question de la négligence. Or, cette question doit continuer d'être la fonction des jurés sélectionnés pour entendre l'affaire ou du juge qui pré-

Court to determine whether there was negligence or not. The opinions of the experts are not conclusive. But when an operation itself is a complicated and critical one, and acquaintance with anatomy, physiology or other subjects of expert medical knowledge, skill and experience are essential, jury or Court may not be justified in disregarding such opinions and reaching conclusions based on views contrary to those of the experts. That is not the case here. Effective antecedent precautions were not taken and ordinary experience of jurymen or Court is sufficient to enable them to pass upon the question whether such conduct constituted negligence. In my opinion it is clearly so in this case. [Emphasis added.]

side sans jury. Les experts demeurent des témoins dont l'opinion aide le jury ou le tribunal à décider s'il y a eu négligence. Les opinions des experts ne sont pas déterminantes. Mais quand il s'agit d'une opération compliquée et critique qui exige des compétences, de l'expérience et des connaissances sur l'anatomie, la physiologie ou d'autres objets d'étude de la science médicale, le jury ou le tribunal aurait tort d'écarter ces opinions et de tirer des conclusions fondées sur un point de vue opposé à celui de ces experts. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Des précautions qui auraient été efficaces n'ont pas été prises et les jurés et le juge peuvent s'autoriser de leur propre expérience pour porter un jugement sur la question de savoir si cela constitue de la négligence. À mon avis, c'est clairement le cas en l'espèce. [Je souligne.]

Coyne J.A. then adds the following at pp. 85-86:

Le juge Coyne ajoute ce qui suit, aux pp. 85 et 86:

Whether or not it is negligence to omit to use sponges with ties or to have a count kept is not a matter which requires an expert to decide; it is not special surgical skill that is in question. Such skill is not necessary to answer the question. The point involved is negligence or no negligence. It is not a matter here which requires an expert to decide. General practice of the defendant and some others does not constitute a complete defence. It is some evidence to be taken into consideration on the question of negligence but it is not conclusive on Court or jury. If it were a defence conclusive on jury or Court, a group of operators by adopting some practice could legislate themselves out of liability for negligence to the public by adopting or continuing what was an obviously negligent practice, even though a simple precaution, plainly capable of obviating danger which sometimes might result in death, was well known . . . If a practitioner refuses to take an obvious precaution, he cannot exonerate himself by showing that others also neglect to take it. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire d'être un expert pour décider si l'omission d'utiliser des compresses reliées par des fils ou de compter les compresses constituée de la négligence; aucun savoir-faire propre à un chirurgien n'est en cause. Il n'est point besoin de posséder pareille compétence pour répondre à cette question. Il s'agit de décider s'il y a eu négligence ou non. Ce n'est pas une question qu'il appartient à un expert de trancher. La pratique générale suivie par le défendeur et par d'autres ne les exonère pas de toute responsabilité. C'est un élément de preuve dont il faut tenir compte pour statuer sur la négligence, mais il n'est pas décisif pour le tribunal ou le jury. S'il l'était, un groupe de chirurgiens pourrait, en adoptant une pratique, s'exonérer eux-mêmes de leur responsabilité pour négligence envers le public en adoptant ou en continuant une pratique manifestement négligente, bien qu'une simple précaution, nettement de nature à parer à un danger qui parfois peut entraîner la mort, était bien connue. [. . .] Si un praticien refuse de prendre une précaution évidente, il ne peut pas échapper à la responsabilité en montrant que d'autres négligent aussi de la prendre. [Je souligne.]

As well, Coyne J.A. emphasized that the case involved no difficult or uncertain questions of medical or surgical treatment nor any matters of a scientific or highly technical character. It was simply a matter of whether obvious and simple precautions, easily understood by ordinary individuals, were required to be taken. Coyne J.A. remarked (at pp. 86-87):

De plus, le juge Coyne a souligné que l'affaire ne soulevait aucune difficulté ou question incertaine de traitement médical ou chirurgical ni de question scientifique ou hautement technique. Il s'agissait simplement de décider s'il convenait de prendre des précautions simples et évidentes, à la portée de la personne ordinaire. Il a fait remarquer, aux pp. 86 et 87:

Ordinary common sense dictates that when simple methods to avoid danger have been devised, are known, and are available, non-user, with fatal results, cannot be justified by saying that others also have been following the same old, less-careful practice; and that when such methods are readily comprehensible by the ordinary person, by whom, also, the need to use them or not is easily apprehended, it is quite within the competence of Court or jury, quite as much as of experts to deal with the issues; and that the existence of a practice which neglects them, even if the practice were general, cannot protect the defendant surgeon. [Emphasis added.]

In brief reasons, the Supreme Court of Canada affirmed the reasons of McPherson C.J.M. The Court left open the issue of when it is appropriate for a judge or jury to find a standard medical practice to be unacceptable in terms of taking reasonable care.

I conclude from the foregoing that, as a general rule, where a procedure involves difficult or uncertain questions of medical treatment or complex, scientific or highly technical matters that are beyond the ordinary experience and understanding of a judge or jury, it will not be open to find a standard medical practice negligent. On the other hand, as an exception to the general rule, if a standard practice fails to adopt obvious and reasonable precautions which are readily apparent to the ordinary finder of fact, then it is no excuse for a practitioner to claim that he or she was merely conforming to such a negligent common practice.

The question as to whether the trier of fact can find that a standard practice is itself negligent is a question of law to be determined by the trial judge irrespective of the mode of trial. It is, of course, for the jury to determine on the evidence what the standard practice is. If the evidence is conflicting on this issue, the jury will have to resolve the conflict. If, as in this case, the evidence is virtually conclusive, the trial judge should instruct the jury that failure to accept the evidence may very well result in an unreasonable verdict which will be set aside. Moreover, unless the nature of the issue is of a kind to bring it within the exception to the gen-

[TRADUCTION] Le simple bon sens commande que, lorsque des méthodes simples pour éviter un danger ont été conçues, sont connues et sont accessibles, celui qui ne les emploie pas et provoque ainsi un résultat fatal ne peut pas prétexter que d'autres suivent la même pratique ancienne, moins prudente; que, lorsque ces méthodes sont aisément compréhensibles pour une personne ordinaire, par qui en outre la nécessité de les employer ou non est facilement comprise, il appartient autant au tribunal ou au jury qu'à des experts de trancher les questions; et que l'existence d'une pratique qui les néglige, même si elle est générale, ne peut pas protéger le chirurgien défendeur. [Je souligne.]

Dans ses brefs motifs, la Cour suprême du Canada a confirmé les motifs du juge en chef McPherson. Elle n'a pas statué sur la question de savoir dans quels cas le juge ou le jury pourrait conclure, au regard de la question des précautions raisonnables, qu'une pratique médicale courante est inacceptable.

Je conclus de ce qui précède que, en règle générale, si une pratique médicale comporte des questions difficiles ou incertaines de traitement ou des questions complexes, scientifiques ou hautement techniques qui dépassent l'expérience et la compréhension ordinaires d'un juge ou d'un jury, ceux-ci ne pourront pas conclure qu'une pratique médicale courante constitue de la négligence. En revanche, par exception à la règle générale, si une pratique courante ne s'accompagne pas des précautions évidentes et raisonnables qui sont à la portée d'un juge des faits ordinaire, le praticien qui prétend s'être simplement conformé à cette pratique négligente ne bénéficie d'aucune excuse.

La question de savoir si le juge des faits peut conclure qu'une pratique courante constitue en soi de la négligence est une question de droit qui relève du juge de première instance, peu importe le mode de procès. Il appartient naturellement au jury de décider d'après la preuve en quoi consiste la pratique courante. Si la preuve sur ce point est contradictoire, le jury doit résoudre la difficulté. Si, comme en l'espèce, la preuve est quasiment décisive, le juge doit informer le jury que, s'il n'accepte pas la preuve, le verdict peut très bien être tenu pour déraisonnable et être annulé. En outre, sauf si la question est de nature à être visée par

eral rule, the jury should be instructed that once they have determined on the evidence what the standard is, the only remaining issue is whether the defendant conformed to the standard. On the other hand, if the case is one coming within the exception so that the jury can fix the standard on the basis of common sense and the ordinary understanding of the jury without the assistance of expert testimony, the trial judge must instruct the jury accordingly.

l'exception à la règle générale, il faut informer le jury qu'une fois la nature de la pratique établie selon la preuve, il ne reste qu'à décider si le défendeur s'y est conformé. En revanche, si l'affaire est visée par l'exception, de sorte que le jury peut fixer la norme en se fondant sur le bon sens et sa compréhension ordinaire sans s'aider du témoignage d'experts, le juge doit donner des directives au jury en conséquence.

53 To avoid the problem encountered in this case due to the inscrutability of the jury's response to the question relating to negligence, and as a precaution to test the jury's understanding of the instruction, the question to the jury with respect to negligence should require that the jury specify in what respects the defendant was negligent. In a case in which the general rule applies, the answer will reveal whether the jury has understood and applied the judge's instruction that it must accept the standard practice as the legal standard against which the defendant's conduct must be measured. Additionally, in a case which falls within the exception to the general rule and where the jury can fix the standard irrespective of the expert evidence, the answer to the question will ensure that the standard which the jury has adopted is not unreasonable or unknown in law.

Pour éviter le problème que pose en l'espèce le fait que l'on ne sache pas sur quoi est fondée la réponse du jury à la question relative à la négligence et pour permettre de vérifier si le jury a compris les directives, il faudrait que la question posée au jury relativement à la négligence l'oblige à préciser en quoi le défendeur a été négligent. Dans un cas où la règle générale s'applique, la réponse révélera si le jury a compris et appliqué les directives du juge selon lesquelles il doit accepter que la pratique courante est la norme juridique au regard de laquelle la conduite du défendeur doit être appréciée. De plus, dans un cas visé par l'exception à la règle générale et où le jury peut fixer la norme sans égard à la preuve d'expert, la réponse à la question garantira que la norme adoptée par le jury n'est pas déraisonnable ni inconnue en droit.

54 In this regard, it is noteworthy that the respondent's counsel suggested that the jury be asked to particularize the acts of negligence. This was not done, with the result that the Court of Appeal observed that it is not possible to decide whether the jury did decide the issue of negligence on the ground that the standard practice was itself deficient.

À cet égard, il convient de noter que l'avocat de l'intimé a proposé que le jury soit prié de préciser en quoi consistaient les actes de négligence. Cela n'a pas été fait, de sorte que la Cour d'appel a fait observer qu'il n'était pas possible de décider si le jury avait conclu à la négligence pour le motif que la pratique courante était en soi fautive.

55 A related legal issue arises with respect to the second aspect of this case. If the jury finds that the evidence of standard practice does not establish that there indeed exist a standard practice, can the jury fix the standard without reliance on expert testimony? In my opinion, the answer to this question is the same as the answer previously given. If the alleged act or acts of negligence are such that the jury could reject expert evidence as to standard practice and set the appropriate standard without

Une question de droit connexe se pose relativement au second aspect du présent pourvoi. Si le jury conclut que la preuve relative à la pratique courante n'établit pas l'existence d'une telle pratique, peut-il fixer la norme sans l'aide d'experts? À mon avis, il faut donner à cette question la même réponse qu'à la précédente. Si les actes de négligence allégués sont de telle nature que le jury peut parfaitement rejeter la preuve d'expert concernant la pratique courante et fixer la norme con-

reliance on expert evidence, then it can do precisely that where the expert evidence fails to establish a standard practice. In either case, the basic question is whether the nature of the issue can be decided on the basis of the ordinary knowledge possessed by the jury or, on the contrary, the matter requires expert evidence because it is beyond the ken of the average juror. Finally, although this is not a matter which arises in this case, I do not foreclose the possibility that exceptionally a jury might find negligence in respect of an issue beyond its ordinary understanding based on expert evidence which it accepts which falls short of establishing a standard practice.

(2) Conclusion on Professional Negligence

After correctly charging the jury with respect to the general standard of care relating to physicians, the trial judge commented on the role of evidence of standard practice as follows:

In deciding what risks should have been known to Dr. Korn, evidence of medical experts of custom or general practice is one factor to be considered, but it is not conclusive. It is open to you as triers of fact to find the custom or general practice negligent. [Emphasis added.]

I agree with the following characterization by the Court of Appeal of the issue relating to the standard of care which the jury was called upon to decide in this case (at pp. 72-73):

In this case there were difficult, uncertain, highly technical scientific questions requiring information not ordinarily expected of a practising gynaecologist or obstetrician. No jury is capable of deciding on its own what understanding of recent developments the Defendant should bring to his practice. As already described, both Dr. Stewart and Dr. Mascola partially exonerated the Defendant

Moreover, the evidence established that the state of medical knowledge about AIDS and HIV was highly variable even between highly qualified scientists. There

venable sans recourir aux témoignages d'experts, il peut en faire autant si la preuve d'expert n'établit pas l'existence d'une telle pratique. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit essentiellement de décider si la question admet une solution fondée sur les connaissances ordinaires du jury ou si, au contraire, elle exige le témoignage d'experts parce qu'elle dépasse la compétence du juré moyen. Enfin, bien que la question ne se pose pas en l'espèce, je n'exclus pas la possibilité qu'un jury puisse exceptionnellement, en se fondant sur une preuve d'expert qu'il a acceptée et qui ne permet pas de déterminer quelle est la pratique courante, conclure à la négligence à l'égard d'une question qui dépasse son entendement habituel.

(2) Conclusion sur la négligence professionnelle

Après avoir donné des directives adéquates au jury relativement à la norme générale de prudence applicable aux médecins, le juge de première instance a fait des observations sur le rôle de la preuve de la pratique courante dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Pour décider les risques dont le Dr Korn aurait dû être au courant, le témoignage de médecins concernant l'usage ou la pratique générale est un facteur à prendre en considération, mais il n'est pas décisif. Vous pouvez parfaitement en tant que juges des faits conclure que l'usage ou la pratique générale constitue de la négligence. [Je souligne.]

Je souscris à la qualification qu'a faite la Cour d'appel, aux pp. 72 et 73, de la question de la norme de prudence sur laquelle le jury était appelé à se prononcer en l'espèce:

[TRADUCTION] La présente instance soulève des questions difficiles, incertaines, scientifiques et hautement techniques qui exigent des connaissances que ne possèdent pas d'ordinaire un gynécologue ou un obstétricien. Aucun jury n'est en mesure de décider par lui-même quelles découvertes récentes le défendeur aurait dû être à même d'assimiler dans l'exercice de sa profession. Répétons que le Dr Stewart et le Dr Mascola ont exonéré partiellement le défendeur

De plus, la preuve a montré que l'état de la science médicale en ce qui a trait au sida et au VIH était très variable même parmi les scientifiques hautement quali-

were differences of opinion between public health authorities and practitioners in different medical communities. In our judgment, this was not the kind of case where a judge could properly instruct the jury that it could decide that a practice that conformed to what other practitioners similarly situated were following was negligent. The only proper instruction to be given on at least a part of the case was that the jury should decide whether the Defendant conducted himself as a reasonable physician would in similar circumstances. In our judgment, that required the jury to confine itself to prevailing standards of practice.

58

In light of this characterization, I agree with the conclusion reached by the Court of Appeal that with respect to the first aspect of the case the question of the standard of care was not one which the jury could decide without the aid of expert evidence. The Court of Appeal went on to hold that, since it was impossible to tell from the answer given by the jury whether or not it found that the standard practice followed by the respondent and other AI practitioners in Canada was negligent, a new trial was necessary on this basis alone. In my opinion, however, this is not the reason why a new trial is required in this case. If the claim had been restricted to the first aspect of the case in negligence, a new trial would not have been necessary notwithstanding the misdirection with respect to the standard of care. A new trial would only have been necessary if a finding of negligence, supportable on the evidence, was open to the jury. As I have pointed out above, the Court of Appeal correctly held that a finding of negligence on this branch of the case would not be supportable in that it was not a finding which a jury acting judicially could make. There was no reason to direct a new trial on this aspect of the case and the Court of Appeal, in fact, did not do so. On this aspect the appellant's claim simply fails. The reason that a new trial is necessary is because the jury may have found negligence on the second aspect of the case, namely the failure to adequately screen and follow-up donors.

59

The main contention with respect to this aspect of the claim was that closer questioning and fol-

fiés. Il y avait des divergences de vues entre les services de la santé publique et les praticiens des divers corps médicaux. À notre sens, ce n'est pas le genre d'affaire où le juge peut à bon droit informer le jury qu'il peut décider qu'une pratique qui est conforme à celle que suivent les autres praticiens placés dans les mêmes circonstances constitue de la négligence. La seule directive qui convenait, du moins quant à un aspect de la cause, était que le jury devait décider si le défendeur avait agi comme l'aurait fait un médecin raisonnable dans une situation semblable. À notre avis, le jury devait pour ce faire s'en tenir aux pratiques courantes à l'époque en cause.

Vu cette qualification, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel que, relativement au premier aspect de la présente affaire, il n'appartenait pas au jury de trancher la question de la norme de prudence sans l'aide de témoignages d'experts. La Cour d'appel a ajouté que, puisqu'il était impossible de déduire d'après la réponse que le jury a donnée s'il avait conclu que la pratique courante suivie par l'intimé et d'autres médecins pratiquant l'IA au Canada constituait de la négligence, il était nécessaire de tenir un nouveau procès sur cette seule question. À mon avis, ce n'est cependant pas la raison pour laquelle un nouveau procès s'impose. Si l'action avait été limitée au premier aspect de la prétention de négligence, un nouveau procès n'aurait pas été nécessaire, malgré la directive erronée relative à la norme de prudence. Un nouveau procès n'aurait été nécessaire que s'il avait été loisible au jury de conclure à la négligence, en s'appuyant sur la preuve. Comme je l'ai déjà souligné, la Cour d'appel a décidé avec raison qu'il n'était pas possible, étant donné la preuve, de conclure à la négligence sous cet aspect de la cause car un jury agissant de manière judiciaire ne pouvait pas tirer pareille conclusion. Il n'y avait aucune raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur cet aspect de l'affaire et, en fait, la Cour d'appel ne l'a pas fait. Sur cet aspect, la prétention de l'appelante doit simplement être rejetée. Si un nouveau procès doit être tenu, c'est que le jury a peut-être conclu à la négligence à l'égard du second aspect de la cause, savoir l'omission de bien sélectionner les donneurs et d'en assurer le suivi.

Selon la principale allégation concernant cet aspect de l'action, des questions plus précises ou

low-up interviews with donors might have revealed that the donor who infected the appellant was in a high risk category relating to the transmission of STDs. With respect to the foundation in law of this claim the Court of Appeal stated (at pp. 74-75):

HIV is one of a number of sexually transmitted diseases. It was the duty of the Defendant to take reasonable steps to protect his patients against sexually transmitted diseases. If he failed to do so he would be liable even if the specific disease was one which he did not actually foresee.

As we are not able to know upon what ground the jury's verdict rests, there must be a new trial on the issues raised in the pleadings other than those based upon the Defendant's lack of knowledge of the risk of HIV by AI.

I agree that infection with HIV is within the same class of injury as other STDs and that the respondent could be liable for the damage caused notwithstanding that he did not foresee that a failure to take reasonable steps to protect his patients could result in HIV infection. It would be sufficient to found liability if it is established that the respondent ought to have foreseen the class of injury. See *R. v. Côté*, [1976] 1 S.C.R. 595, at p. 604.

The evidence as to standard practice with respect to this aspect of the claim was sketchy and it would be open to the jury to find that there was at the relevant time no standard practice. On the other hand, the jury could also find that the standard practice was not to screen donors or carry out follow-up interviews beyond what the respondent did. In either case, this is an issue that is quite different from that involved in the first aspect of the case. In my opinion, the jury could determine the appropriate standard without reliance on expert evidence. Accordingly, if they decide that no standard practice existed, they can fix the appropriate standard based on their view as to what a prudent and diligent practitioner ought to have done if he or she foresaw or ought to have foreseen that failure to carry out reasonable measures to screen and follow-up donors could result in infection with an

une entrevue de contrôle auraient peut-être permis de découvrir que le donneur qui a infecté l'appellante appartenait à une catégorie à risque élevé relativement à la transmission des MTS. Quant au fondement juridique de cette prétention, la Cour d'appel a dit, aux pp. 74 et 75:

[TRADUCTION] Le VIH est une maladie transmissible sexuellement parmi plusieurs. Le défendeur avait le devoir de prendre des précautions raisonnables pour protéger ses patientes contre les maladies transmissibles sexuellement. S'il ne l'a pas fait, il a engagé sa responsabilité même s'il n'avait pas prévu cette maladie-là.

Comme nous ne pouvons pas savoir sur quel motif repose le verdict du jury, il faut tenir un nouveau procès sur les questions soulevées dans les plaidoiries, sauf celles fondées sur l'ignorance par le défendeur du risque de communication du VIH par l'IA.

J'admets que l'infection par le VIH entre dans la même catégorie de préjudice que les autres MTS et que l'intimé pourrait être tenu responsable du dommage causé, en dépit du fait qu'il ne prévoyait pas que l'omission de prendre des précautions raisonnables pour protéger ses patientes pouvait entraîner la contamination par le VIH. Pour attribuer une responsabilité à l'intimé, la preuve qu'il aurait dû prévoir la catégorie de préjudice serait suffisante. Voir *R. c. Côté*, [1976] 1 R.C.S. 595, à la p. 604.

La preuve relative à la pratique courante, quant à cet aspect de la cause, était sommaire et le jury pouvait parfaitement conclure qu'il n'y avait pas de pratique courante à l'époque pertinente. En revanche, le jury pouvait aussi conclure que la pratique courante n'était pas de sélectionner les donneurs ou de faire des entrevues de contrôle d'une manière plus complète que l'intimé ne l'a fait. Dans les deux cas, la question est très différente de celle soulevée sous le premier aspect de la cause. À mon avis, le jury pouvait déterminer la norme appropriée sans s'aider des témoignages d'experts. Par conséquent, s'il conclut qu'il n'existait pas de pratique courante, il peut fixer la norme appropriée selon ce qu'il estime qu'un praticien prudent et diligent aurait dû faire s'il avait prévu ou aurait dû prévoir que l'omission de prendre des mesures raisonnables pour sélectionner les donneurs et assurer

STD other than HIV. As well, if the jury finds that the evidence does establish a standard practice, it is entitled to consider whether that practice is itself consistent with the measures which the hypothetical reasonable prudent practitioner would take in the same circumstances.

62

There is one other aspect to the claim in negligence which does not fit neatly into either of the two aspects to which I have had reference. I refer to the allegation that the respondent should have used frozen rather than fresh semen. The Court of Appeal doubted that a jury could find for the appellant on this ground but did not exclude this issue from the matters to be dealt with at the new trial. It appears that this allegation was entirely dependent on the Elisa test being available which did not occur until after January of 1985. I find nothing else in the evidence to support a finding of negligence based on this ground. Accordingly, I would not have included this allegation in the matters to be dealt with at the new trial were it not for the fact that it appears to be included in the order in appeal against which the respondent did not cross-appeal. I would, therefore, simply affirm the order of the Court of Appeal in respect to the negligence claim.

B. *Warranty Issues*

63

As an alternative ground of appeal, the appellant contends that the respondent breached a warranty that the semen provided by the donor would be of merchantable quality and fit for its purpose. In other words, she claims that the respondent warranted that the semen would not be contaminated with any STDs, including HIV, such that it would injure the appellant. Under this theory, even absent any negligence, the respondent would be held strictly liable under contract for failing to provide uncontaminated sperm. The appellant puts forward three bases for the existence of a warranty. First, she claims that there was an express contractual warranty found in the Information Sheet provided to the appellant where the respondent promised that no donor was a homosexual or drug abuser.

leur suivi pouvait entraîner la contamination par une MTS autre que le VIH. En outre, si le jury conclut que la preuve établit l'existence d'une pratique courante, il est en droit de décider si cette pratique est en soi compatible avec les mesures que le praticien raisonnable et prudent prendrait dans les mêmes circonstances.

Il y a un autre angle de l'action en négligence qui ne cadre pas exactement avec l'un ou l'autre des deux aspects dont j'ai parlé. Il s'agit de l'allégation selon laquelle l'intimé aurait dû utiliser du sperme congelé plutôt que du sperme à l'état frais. La Cour d'appel doutait qu'un jury puisse donner gain de cause à l'appelante sur ce point, mais elle n'a pas exclu cette question de celles devant faire l'objet du nouveau procès. Il semble que la valeur de cette allégation dépende totalement de la date à laquelle la technique Elisa est devenue accessible, ce qui ne s'est produit qu'après janvier 1985. Je ne trouve aucun autre élément de preuve qui permette de conclure à la négligence pour ce motif. Par conséquent, je n'aurais pas inclus cette allégation parmi les questions à examiner au nouveau procès n'eût été le fait qu'elle semble avoir été incluse dans l'ordonnance qui a été portée en appel et contre laquelle l'intimé n'a pas formé d'appel incident. Je confirmerais donc simplement l'ordonnance de la Cour d'appel en ce qui concerne l'allégation de négligence.

B. *Les questions relatives à la garantie*

À titre de moyen d'appel subsidiaire, l'appelante soutient que l'intimé a rompu une garantie que le sperme fourni par le donneur serait de qualité marchande et adapté à l'usage auquel il était destiné. Autrement dit, elle prétend que l'intimé a garanti que le sperme ne serait pas contaminé par des MTS, dont le VIH, susceptibles de lui causer un préjudice. Suivant cette thèse, même si l'intimé n'a pas été négligent, il est assujéti à une responsabilité contractuelle stricte pour ne pas avoir fourni du sperme non contaminé. L'appelante fait valoir trois arguments qui démontreraient l'existence d'une garantie. Premièrement, elle prétend que la fiche de renseignements qui lui a été remise renferme une garantie contractuelle expresse par laquelle l'intimé promet qu'aucun donneur n'est homo-

Secondly, the appellant relies on the *Sale of Goods Act*, s. 18, which imposes liability on a seller of a good if the good is not fit for its purpose. This warranty is statutorily implied into contracts of sale. Finally, the appellant argues that there was an implied warranty at common law that the good provided in a contract for goods and services would not be defective. I will deal with each ground in turn.

(1) Express warranty in the Information Sheet

The appellant asserts that, in the Information Sheet provided, the respondent promised that the donor would not be homosexual or a drug abuser and that these statements were made to assure her that the respondent had taken precautions to ensure that the semen would be free from contamination. The appellant claims that the doctor breached this express warranty.

In my view, this ground of appeal must fail. There is no indication that there was any intention on the part of either of the parties that there should be contractual liability in respect of the statement in the Information Sheet. In fact, it appears that the appellant did not have any recollection of receiving any written information from the respondent regarding the AI procedure. It is apparent that the purpose of the Information Sheet was precisely what the name suggests. That is, to provide general information to the patient. There was no intention that the statements contained therein constitute an express warranty that the donor would not be a homosexual.

Moreover, I note that, at trial, the appellant did not rely on the existence of an express warranty in the Information Sheet and the issue was not raised in the trial judge's charge to the jury. Nor did the appellant argue this issue at the Court of Appeal. Therefore, it appears that the appellant is relying on the express warranty in the Information Sheet for the first time in this Court. In any event, as I have stated, I do not believe there is any merit to this argument.

sexuel ou toxicomane. Deuxièmement, l'appelante invoque l'art. 18 de la *Sale of Goods Act*, qui attribue une responsabilité au vendeur d'un objet si cet objet n'est pas adapté à l'usage auquel il est destiné. Cette garantie implicite des contrats de vente découle de la loi. Enfin, l'appelante prétend qu'il existe en common law une garantie implicite que l'objet fourni aux termes d'un contrat mixte de vente et de services sera exempt de défaut. Je vais étudier chaque moyen séparément.

(1) La garantie expresse de la fiche de renseignements

L'appelante affirme que, dans la fiche de renseignements, l'intimé promettait que le donneur ne serait ni homosexuel ni toxicomane, et que cette déclaration a été faite pour l'assurer que l'intimé avait pris des précautions pour veiller à ce que le sperme soit exempt de contamination. L'appelante prétend que le médecin a rompu cette garantie expresse.

À mon avis, ce moyen d'appel doit être rejeté. Rien n'indique que l'une ou l'autre des parties ait voulu que la déclaration contenue dans la fiche de renseignements crée une obligation contractuelle. En fait, l'appelante semble ne pas se souvenir avoir reçu de l'intimé des renseignements écrits touchant l'IA. De toute évidence, l'objet de la fiche de renseignements était précisément ce que son nom semble indiquer. C'est-à-dire fournir à la patiente des renseignements généraux. L'intention n'était aucunement que les déclarations qu'elle contenait constituent une garantie expresse que le donneur ne serait pas homosexuel.

Par surcroît, je note qu'au procès l'appelante n'a pas argué de l'existence d'une garantie expresse dans la fiche de renseignements et que le juge de première instance n'a pas parlé de la question dans son exposé au jury. L'appelante n'a pas non plus soulevé la question devant la Cour d'appel. Par conséquent, il semble que l'appelante invoque pour la première fois devant notre Cour la garantie expresse comprise dans la fiche de renseignements. Quoi qu'il en soit, je le répète, je ne pense pas que cet argument soit bien fondé.

(2) Warranty under the *Sale of Goods Act*(2) La garantie prévue par la *Sale of Goods Act*

67 In order for the *Sale of Goods Act* to apply, a contract must primarily be for the purpose of selling goods. If the sale of a good is merely incidental to what is primarily a contract for services, then the statute will not imply a warranty. As Legg J. observed in *Gee v. White Spot Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 235 (S.C.), in order to come within the *Sale of Goods Act*, a contract need not be one exclusively for the sale of goods. However, the sale of a good must be the primary purpose of the contract. Whether a contract is primarily one for the sale of goods or primarily one for services depends upon the essential character of the agreement. As G. H. L. Fridman wrote at p. 25 of *Sale of Goods in Canada* (2nd ed. 1979):

... if the primary object of the contract is the transference of property in something which was not originally the property of the "buyer", the contract will be one of sale of goods; but if the primary purpose of the parties is the performance of certain work, or the provision of services, incidentally to which property in goods is to pass from one party to the other, the contract will not be one of sale of goods.

68 Thus, the preliminary question that arises is whether the AI procedure performed by the respondent primarily involved a contract for the sale of semen, or was it primarily a contract for medical services. If the procedure is properly characterized as the latter, then the appellant's argument under the *Sale of Goods Act* must fail. As the Court of Appeal did, I intend to address this issue assuming that there was in fact a sale of semen between the appellant and respondent. However, I note that it is not entirely clear that this was the case.

69 At trial, the appellant submitted that the question of whether a contract is characterized as a sale of goods or one primarily for services is a question of fact which should be left to the jury. The trial judge instructed the jury that there was a contract for medical services as well as for goods. The jury was then charged that they must determine, as a question of fact, whether the contract was "primarily formulated to offer a sale of services, or pri-

Pour que la *Sale of Goods Act* s'applique, il faut qu'un contrat porte principalement sur la vente d'objets. Si la vente d'un objet n'est qu'un aspect accessoire de ce qui est avant tout un contrat de services, aucune garantie implicite ne découle de la loi. Comme le fait observer le juge Legg dans *Gee c. White Spot Ltd.* (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 235 (C.S.), il n'est pas nécessaire qu'un contrat porte seulement sur la vente d'objets pour être visé par la *Sale of Goods Act*. Toutefois, la vente d'un objet doit être le but principal du contrat. C'est le caractère essentiel du contrat qui permet de déterminer s'il s'agit principalement d'un contrat de vente ou de services. Comme le dit G. H. L. Fridman dans son ouvrage *Sale of Goods in Canada* (2^e éd. 1979), à la p. 25:

[TRADUCTION] ... si le but principal du contrat est le transfert de la propriété de quelque chose qui n'appartenait pas initialement à l'«acheteur», il s'agit d'un contrat de vente; mais si le but principal des parties est l'exécution d'un certain travail ou la fourniture de services et que, accessoirement, la propriété d'objets doit être transmise d'une partie à l'autre, il ne s'agit pas d'un contrat de vente.

Par conséquent, la question préliminaire qui se pose est de savoir si l'IA pratiquée par l'intimé consistait principalement dans un contrat de vente de sperme ou principalement dans un contrat de services médicaux. Si c'est la seconde qualification qui convient pour cette pratique, l'argument de l'appelante fondé sur la *Sale of Goods Act* doit être rejeté. À l'instar de la Cour d'appel, je vais examiner cette question en supposant qu'il y a effectivement eu vente de sperme entre l'appelante et l'intimé. Toutefois, je note qu'il n'est pas tout à fait certain que ce soit bien le cas.

Au procès, l'appelante a soutenu que la question de savoir s'il s'agit principalement d'un contrat de vente ou d'un contrat de services est une question de fait qui doit relever du jury. Le juge de première instance a informé le jury qu'il s'agissait en même temps d'un contrat de services médicaux et d'un contrat de vente. Il l'a ensuite informé qu'il devait décider, comme question de fait, si les clauses du contrat [TRADUCTION] «se rapportaient principale-

marily formulated to offer the sale of a good or goods". The jury was told that the *Sale of Goods Act* only applied if the contract was primarily for the sale of semen.

At the outset, I find it somewhat problematic that the characterization of the contract was a matter left to the jury to decide. It seems that determining whether a particular statute has application in a given case is a question of law which ought to be resolved by the trial judge. Although not a pure question of law, the characterization of the contract as one primarily for the sale of goods is certainly one of mixed law and fact. Only once it is determined that the *Sale of Goods Act* has any application in the circumstances should the jury be instructed to determine whether the statutory warranty was breached on the facts. In any event, I need not determinatively settle the issue of whether this preliminary matter ought to have been left to the jury, as I am of the view that the jury correctly resolved the issue.

The jury correctly concluded that the contract to perform the AI procedure on the appellant was primarily a contract for medical services and not a sale of semen. To hold otherwise would be to distort the true nature of the whole agreement between the parties. The provision of the semen was obviously an important component to the AI procedure; however the primary reason the appellant went to a gynaecologist was for professional medical services and expertise. As the respondent argues, he provided medical services to the appellant in order to assist her to become pregnant by way of AI. Although donor semen was a necessary component of this process, the contract was not primarily for a sale of semen.

It is not relevant that the actual AI procedure was relatively simple and quick. The appellant still relied on the respondent's expertise in the screening process for donors, the collection of the semen, the insemination procedure itself, and the provision of medical advice and information concerning any risks and the possibility of success of the AI procedure. It cannot be contended that the contract

ment à la vente de services ou principalement à la vente d'un ou de plusieurs objets». Le juge a informé le jury que la *Sale of Goods Act* ne s'appliquait que si le contrat avait pour objet principal la vente de sperme.

D'entrée de jeu, j'estime que le fait d'avoir laissé au jury le soin de déterminer le caractère du contrat pose un problème. Il semble que la question de l'applicabilité d'une loi à un cas donné soit une question de droit qui relève du juge de première instance. Bien que ce ne soit pas une pure question de droit, caractériser le contrat principalement de contrat de vente d'objets est certainement une question mixte de droit et de fait. C'est seulement après qu'il a été décidé si la *Sale of Goods Act* était applicable dans les circonstances qu'il convient d'informer le jury qu'il doit déterminer si la garantie légale a été rompue, au vu des faits. De toute façon, je n'ai pas à résoudre définitivement la question de savoir s'il convenait de laisser au jury le soin de trancher cette question préliminaire, puisque je suis d'avis que le jury a rendu le bon verdict sur ce point.

Le jury a conclu à bon droit que le contrat en vue de pratiquer l'IA sur l'appelante était principalement un contrat de services médicaux et non un contrat de vente de sperme. Conclure le contraire serait dénaturer la convention conclue entre les parties. La fourniture du sperme était de toute évidence un élément important de l'IA; toutefois, si l'appelante a consulté un gynécologue, c'est avant tout pour obtenir des services médicaux d'un spécialiste. Comme le soutient l'intimé, il a fourni des services médicaux à l'appelante afin de l'aider à concevoir au moyen de l'IA. Bien que le sperme soit un élément nécessaire de ce traitement, le contrat ne portait pas principalement sur la vente de sperme.

Il n'est pas pertinent que l'IA soit un procédé assez simple et rapide. L'appelante s'est quand même fiée aux connaissances spécialisées de l'intimé pour la sélection des donneurs, le prélèvement du sperme, le procédé d'insémination lui-même et la fourniture de conseils et de renseignements médicaux concernant les risques et la probabilité de succès de l'IA. On ne saurait prétendre qu'il

70

1995 CanLII 72 (SCC)

71

72

was one primarily for the sale of semen such as to attract the application of the *Sale of Goods Act*.

(3) Warranty implied by the common law

73

The fact that the contract was primarily one for services does not end the possibility that there was an implied warranty that the semen would not be contaminated with HIV. The appellant also bases her claim under the common law by virtue of which a warranty may be implied in a contract for goods and services.

74

In the charge to the jury, the trial judge instructed that under the common law, where a contract is primarily for medical services, the doctor simply warrants to meet the standards of a reasonably competent person practising in the field. The trial judge explained to the jury that the warranty under common law required the jury to determine whether the respondent was negligent in failing to detect or remove the defect from the semen. In other words, the charge to the jury was to the effect that the implied warranty under common law was the same as the test for negligence in these circumstances.

75

In order to determine whether a common law warranty ought to be implied in the circumstances of this case and if so, whether the trial judge erred by equating the content of that warranty to negligence, it is necessary to review the authorities in this area in some detail.

76

In England, strict liability is imposed for implied warranties of fitness for defective products supplied under contracts for work and materials as well as under contracts for sale. The purchaser has a remedy against the business seller, even absent negligence. The seller can always recover, up the chain of production, from the manufacturer.

s'agissait principalement d'un contrat de vente de sperme de nature à rendre la *Sale of Goods Act* applicable.

(3) La garantie implicite en common law

Le fait qu'il s'agissait principalement d'un contrat de services ne clôt pas le débat concernant l'existence de la garantie implicite que le sperme était exempt de contamination par le VIH. L'appelante se fonde aussi sur la common law, qui reconnaît l'existence d'une garantie implicite dans les contrats mixtes de vente et de services.

Dans son exposé au jury, le juge de première instance a dit qu'en common law, lorsqu'un contrat avait pour objet principal des services médicaux, le médecin s'engageait seulement à satisfaire aux normes qui régissent l'activité d'une personne raisonnablement compétente dans sa sphère professionnelle. Il a expliqué qu'en ce qui concerne la garantie reconnue en common law, il incombait au jury de décider si l'intimé avait fait preuve de négligence en omettant de détecter ou de corriger un défaut du sperme. Autrement dit, il l'a informé que la garantie reconnue en common law revenait essentiellement, dans ce contexte, à la norme de négligence.

Pour décider s'il y a lieu d'appliquer la garantie implicite de common law étant donné les circonstances de l'espèce et, dans l'affirmative, si le juge de première instance a commis une erreur en assimilant le contenu de cette garantie à la négligence, il est nécessaire de faire une analyse assez détaillée de la jurisprudence en cette matière.

En Angleterre, la responsabilité stricte est retenue, au titre de la garantie implicite de l'adaptation à un usage particulier, à l'égard de produits défectueux fournis dans l'exécution soit d'un contrat mixte de services et de vente, soit d'un contrat de vente. L'acheteur peut obtenir un dédommagement du commerçant vendeur, même si ce dernier n'a pas été négligent. Le vendeur peut toujours, en remontant la chaîne, demander réparation au fabricant.

A leading English case in this area is *G. H. Myers and Co. v. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46. That case involved the installation of faulty connecting rods in an automobile. One of the rods had a latent defect that the repair dealer could not have detected by reasonable care. Du Parcq J. held that, at common law, the dealer was liable under an implied warranty that in a contract for work done and material supplied, the material would be fit for its purpose. It was held that there should not be any distinction between a contract where goods are supplied only and a contract where goods are supplied in the course of a contract to perform services as this would be an arbitrary distinction. At pages 53-54, du Parcq J. held:

The view to which I have come is that the liability of the person supplying goods in the course of doing work and labour is certainly not less than the liability of the person selling goods . . .

Thus, the court held that an individual who agrees to do work and provide goods has no lesser obligation than an individual who simply contracts to provide the goods. However, it was recognized that not all contracts for goods and services will contain an implied warranty that the materials will not be defective. At page 55, du Parcq J. noted the following:

That depends upon the terms of the contract, and I think that the true view is that a person contracting to do work and supply materials warrants that the materials which he uses will be of good quality and reasonably fit for the purpose for which he is using them, unless the circumstances of the contract are such as to exclude any such warranty. [Emphasis added.]

The foregoing passage contemplates that there may be certain circumstances such that a contract to supply goods and services will not contain an implied warranty that, regardless of any negligence, the goods will not be defective.

The decision in *G. H. Myers* was cited with approval by the House of Lords in *Young & Marten Ltd. v. McManus Childs Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454 (H.L.). That case dealt with contractors who were building a house and subcontracted the roof-

L'arrêt *G. H. Myers and Co. c. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46, constitue une décision de principe en la matière en droit anglais. Cette affaire concernait l'installation de bielles défectueuses dans une automobile. L'une des bielles avait un vice caché que le garagiste n'aurait pu détecter en faisant preuve de prudence raisonnable. Le juge du Parcq a décidé que, en common law, dans le cas d'un contrat mixte de services et de vente, le commerçant était lié par la garantie implicite que l'objet sera adapté à l'usage auquel il est destiné. Il a conclu qu'il ne convenait pas de faire de distinction entre un contrat de vente d'objets seulement et un contrat mixte de vente et de services, car une telle distinction serait arbitraire. Aux pages 53 et 54, le juge du Parcq conclut:

[TRADUCTION] J'en arrive à la conclusion que la responsabilité de la personne qui fournit des objets dans le cadre de son obligation d'effectuer un certain travail n'est certainement pas moins grande que celle de la personne qui vend des objets . . .

La cour a donc décidé qu'une personne qui s'engage à faire un travail et à fournir des objets n'a pas une obligation moindre que celle qui s'engage simplement à fournir des objets. Toutefois, elle a reconnu que ce ne sont pas tous les contrats mixtes de vente et de services qui renferment la garantie implicite que l'objet ne sera pas défectueux. À la page 55, le juge du Parcq fait remarquer:

[TRADUCTION] Cela dépend des conditions du contrat et je pense qu'en réalité, la personne qui s'engage à fournir des services et des objets garantit que les objets qu'il utilise sont de bonne qualité et raisonnablement adaptés à l'usage auquel il les utilise, sauf si les circonstances du contrat sont de nature à exclure une telle garantie. [Je souligne.]

Il ressort du passage qui précède qu'il peut arriver qu'un contrat mixte de vente et de services ne comprenne pas de garantie implicite que, peu importe qu'il y ait eu négligence ou non, les objets seront en bon état.

La décision *G. H. Myers* a été citée et approuvée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Young & Marten Ltd. c. McManus Childs Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454 (H.L.). Cette affaire mettait en cause des entrepreneurs qui construisaient une maison et

ing work. The roofing tiles which were used contained a latent defect which was not apparent upon inspection. As a result, the contractor suffered damages and claimed that there was an implied warranty of quality or fitness. Lord Reid observed that, in such cases where there is no evidence of negligence by the manufacturer, unless the owners of the house could recover from the subcontractor, they would be without a remedy. However, if the subcontractors were held liable, they could generally recover from the manufacturer under the *Sale of Goods* legislation. The court adopted the general rule which was laid down by du Parc J. in *G. H. Myers*. Lord Reid also made the following relevant observation (at p. 468):

It appears to me that less cogent circumstances may be sufficient to exclude an implied warranty of quality where the use of spare parts is only incidental to what is in essence a repairing operation where the customer's main reliance is on the skill of the tradesman, than in a case where the main element is the supply of an article, the installation being merely incidental.

80

In the result, the court affirmed that, in the circumstances of that case, the common law implied a warranty and the subcontractor was liable for the defective tiles. It was not conclusive that there was an element of services along with the supply of goods.

81

The principles espoused in the English case law have also been adopted in Canada. A leading case is *G. Ford Homes Ltd. v. Draft Masonry (York) Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 401 (C.A.). In that case, the plaintiff supplied and installed staircases in two houses being constructed by the defendant. It turned out that the staircases contravened the Ontario *Building Code* and had to be replaced. The issue was whether there was an implied term in the contract that the staircases would conform to the *Building Code*. Cory J.A., as he then was, delivered the decision for the court. At page 403, he remarked:

When may a term be implied in a contract? A court faced with that question must first take cognizance of some important and time-honoured cautions. For exam-

avaient sous-traité la pose de la couverture. Les tuiles utilisées pour la toiture avaient un vice caché qui n'est pas ressorti à l'inspection. De ce fait, l'entrepreneur a subi des dommages et il a prétendu qu'il y avait une garantie implicite de qualité ou d'adaptation à un usage particulier. Lord Reid a fait observer que, dans un tel cas où la négligence du fabricant n'a pas été prouvée, les propriétaires de la maison n'ont aucun recours, sauf s'ils peuvent poursuivre le sous-traitant. Toutefois, si les sous-traitants sont tenus responsables, ils peuvent généralement obtenir un dédommagement du fabricant sous le régime de la loi sur la vente d'objets. La cour a adopté la règle générale énoncée par le juge du Parc dans *G. H. Myers*. Lord Reid fait en outre cette remarque pertinente, à la p. 468:

[TRADUCTION] Il me semble qu'il peut suffire de motifs moins puissants pour exclure la garantie implicite de qualité quand l'utilisation de pièces de rechange n'est qu'accessoire à ce qui est essentiellement un travail de réparation pour lequel le client se fie avant tout à l'habileté de l'artisan, que lorsque l'élément principal est la fourniture d'un article, dont la pose n'est qu'accessoire.

En conséquence, la cour a déclaré que, étant donné les circonstances de l'espèce, la common law reconnaissait une garantie implicite et le sous-traitant était responsable des défauts des tuiles. Le fait que des services ont été fournis en plus des objets n'était pas concluant.

Les principes embrassés par les tribunaux anglais ont aussi été adoptés au Canada. L'arrêt *G. Ford Homes Ltd. c. Draft Masonry (York) Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 401 (C.A.), constitue une décision de principe. Dans cette affaire, la demanderesse a fourni et installé des escaliers dans deux maisons construites par la défenderesse. Or, les escaliers n'étaient pas conformes au *Code du bâtiment* de l'Ontario et ont dû être remplacés. Il s'agissait de décider si le contrat comprenait la condition implicite que les escaliers respecteraient le *Code du bâtiment*. Le juge Cory, maintenant juge de notre Cour, a formulé les motifs de la cour. Il a fait observer, à la p. 403:

[TRADUCTION] Quand une condition est-elle implicite dans un contrat? Le tribunal appelé à trancher cette question doit d'abord s'entourer d'importantes précau-

ple, the courts will be cautious in their approach to implying terms to contracts. Certainly a court will not rewrite a contract for the parties. As well, no term will be implied that is inconsistent with the contract. Implied terms are as a rule based upon the presumed intention of the parties and should be founded upon reason. The circumstances and background of the contract, together with its precise terms, should all be carefully regarded before a term is implied. As a result, it is clear that every case must be determined on its own particular facts. [Emphasis added.]

Cory J.A. reviewed the decisions in *Young & Marten Ltd.* and *G. H. Myers* and noted that the warranties implied at common law apply to contracts for goods and services. Thus, unlike the *Sale of Goods Act*, such warranties are equally applicable to contracts for the provision of work and materials. Secondly, unless the circumstances of the case are sufficient to exclude the warranty, there will be an implied term "that the materials used will be of merchantable quality and that those materials will be reasonably fit for the purposes for which they were intended" (p. 404).

Accordingly, it is apparent that apart from the *Sale of Goods Act*, a court must consider whether a common law warranty of fitness and merchantability should be implied into the contract which includes services as well as the provision of materials. However, such a warranty will not be implied in all circumstances. The court must examine the specific nature of the contract and the relationship between the parties in order to assess whether it was the intention of the parties that such a warranty be implied. As Cory J.A. observed, courts must be very cautious in their approach to implying contractual terms.

It is important to note that a rationale for implying warranties in contracts of goods and services is that a supplier of goods generally has recourse against the manufacturer under the *Sale of Goods Act* as a result of the statutory conditions imposed.

tions consacrées par l'usage. Par exemple, les tribunaux agissent avec circonspection avant de conclure à l'existence d'une condition implicite dans un contrat. Ils ne vont certainement pas récrire les clauses du contrat. En outre, aucune condition ne sera tenue pour implicite si elle est incompatible avec le contrat. Les conditions implicites sont en règle générale fondées sur l'intention présumée des parties et doivent être logiques. Les circonstances et le contexte du contrat, ainsi que le libellé des conditions, doivent être minutieusement pris en considération avant qu'une condition implicite ne soit admise. En conséquence, il est clair que toute décision doit tenir compte des faits particuliers de l'espèce. [Je souligne.]

Le juge Cory a étudié les décisions *Young & Marten Ltd.* et *G. H. Myers* et fait remarquer que les garanties implicites reconnues en common law s'appliquaient aux contrats de vente et de services. Par conséquent, contrairement à la *Sale of Goods Act*, ces garanties sont également applicables aux contrats mixtes de services et de vente. Deuxièmement, sauf si les circonstances de l'espèce sont suffisantes pour exclure la garantie, il y a une condition implicite que [TRADUCTION] «le matériel utilisé sera de qualité marchande et raisonnablement adapté aux usages auxquels il est destiné» (p. 404).

Par conséquent, il semble que le tribunal doive décider si, sans égard à la *Sale of Goods Act*, une garantie d'adaptation à un usage particulier et de qualité marchande, reconnue en common law, doit être tenue pour implicite dans un contrat comportant la prestation de services et la fourniture de matériel. Toutefois, une telle garantie implicite ne sera pas admise dans tous les cas. Le tribunal doit examiner la nature précise du contrat et la relation entre les parties pour déterminer si une telle garantie implicite correspondait à l'intention des parties. Comme l'a fait observer le juge Cory, les tribunaux doivent apporter beaucoup de circonspection dans leur décision concernant l'existence de conditions implicites.

Il importe de noter que l'une des raisons pour lesquelles des garanties implicites seront admises dans le cas de contrats de vente et de services est que le fournisseur des objets peut généralement poursuivre le fabricant sous le régime de la *Sale of*

Thus, one can always proceed up the chain of production and ultimately recover from the one who should bear responsibility for the production of faulty goods. From time to time, the supplier will be unable to recover from the manufacturer, for example, owing to insolvency or limitation periods. However, arguably it is better that the purchaser be compensated and the supplier occasionally bear the cost of defects than leaving the consumer without a remedy. It is important to keep this policy rationale in mind when considering whether such a warranty should be implied in the context of this case, which deals with biological substances.

85

Thus, the question that must be addressed in this appeal is whether, in the circumstances of this case, where there is a contract to conduct a medical procedure involving the use of biological material (semen), it is appropriate to imply a term that the semen was warranted to be without any defects (HIV contamination). Secondly, if it is appropriate to imply a term into the contract for medical services was the trial judge correct in holding that the respondent only warranted to take reasonable care to ensure that semen would not be used if it were contaminated with any STDs. In this regard, one must consider whether the nature of the contract at issue in this appeal is analogous to the commercial contracts which were dealt with in the English and Canadian cases discussed above. It is important to address any policy considerations and the implications of imposing warranties in these circumstances.

86

In answering these difficult questions, it is useful to survey some of the American jurisprudence which has dealt with this issue more frequently, in the context of warranties for the supply of blood. In my view, these cases are directly analogous to the supply of semen in an AI practice.

87

The leading American authority on this issue, which has been followed many times subsequently, is *Perlmutter v. Beth David Hospital*,

Goods Act en invoquant les conditions imposées par cette loi. Par conséquent, le demandeur peut toujours remonter la chaîne et obtenir un dédommagement de celui qui doit être tenu responsable de la production d'un objet défectueux. Parfois, le fournisseur ne pourra pas obtenir de dédommagement du fabricant, par exemple, en raison de son insolvabilité ou de la prescription. Toutefois, on peut soutenir qu'il est préférable que l'acheteur soit indemnisé et que le fournisseur assume la responsabilité des défauts plutôt que de priver le consommateur de réparation. Il importe de ne pas oublier ce raisonnement de principe quand il s'agit de décider s'il convient d'admettre une garantie implicite dans le contexte de la présente espèce, qui porte sur des substances biologiques.

La question qui se pose dans le présent pourvoi est donc de savoir si, étant donné les circonstances, c'est-à-dire l'existence d'un contrat dont l'objet est un acte médical comportant l'utilisation d'une matière biologique (le sperme), il convient d'admettre une condition implicite portant garantie que le sperme est exempt de défaut (contamination par le VIH). Deuxièmement, s'il est opportun de déterminer que le contrat de services médicaux comporte une condition implicite, le juge de première instance a-t-il eu raison de décider que l'intimé ne promettait que de prendre des précautions raisonnables pour veiller à ce que le sperme ne soit pas utilisé s'il était contaminé par des MTS? À cet égard, il faut déterminer si la nature du contrat en cause est analogue à celle des contrats commerciaux sur lesquels portait la jurisprudence anglaise et canadienne précitée. Il importe de peser les considérations d'intérêt public et les conséquences de l'admission de garanties en pareille situation.

Pour répondre à ces questions difficiles, il est utile d'étudier certaines décisions des tribunaux américains qui ont été appelés plus fréquemment à statuer sur ce point dans le contexte des garanties de l'approvisionnement en sang. À mon avis, ces affaires sont directement analogues à la fourniture de sperme dans le cadre de l'IA.

L'arrêt de principe américain sur ce point, qui a été suivi à maintes reprises, est *Perlmutter c. Beth David Hospital*, 123 N.E.2d 792 (N.Y. 1954).

123 N.E.2d 792 (N.Y. 1954). In that case, a patient received a blood transfusion during the course of a medical procedure performed at the hospital. The blood contained jaundice viruses and as a result the plaintiff became infected. There was no question of any negligence on the part of the hospital as there were no means available for detecting the contamination in the blood. The plaintiff sought recovery under the *Sales Act* arguing that there was an implied warranty that the blood would be fit for its purpose and of merchantable quality. The issue turned on whether the transaction constituted a sale under the legislation. It must be observed at this point that the plaintiff did not argue that there was an implied warranty under the common law for material supplied under a contract for service and material. Nonetheless, much of the discussion on the *Sales Act* is relevant to the case at bar.

The majority of the court examined the nature of the contract between the hospital and held (at p. 794):

The essence of the contractual relationship between hospital and patient is readily apparent; the patient bargains for, and the hospital agrees to make available, the human skill and physical materiel of medical science to the end that the patient's health be restored.

Such a contract is clearly one for services, and, just as clearly, it is not divisible. Concepts of purchase and sale cannot separately be attached to the healing materials — such as medicines, drugs or, indeed, blood — supplied by the hospital for a price as part of the medical services it offers. That the property or title to certain items of medical material may be transferred, so to speak, from the hospital to the patient during the course of medical treatment does not serve to make each such transaction a sale. “‘Sale’ and ‘transfer’ are not synonymous”, and not every transfer of personal property constitutes a sale It has long been recognized that, when service predominates, and transfer of personal property is but an incidental feature of the transaction, the transaction is not deemed a sale within the *Sales Act*.

It should be observed that the majority focused on the sharp distinction between a contract of sale and one for services that exists in this context. While this is important for determining whether sale of goods legislation is applicable, it is not as

Dans cette affaire, un patient a reçu une transfusion sanguine au cours d'une intervention pratiquée à l'hôpital. Le sang contenait des virus de la jaunisse et le demandeur a été infecté. Il n'était aucunement question de négligence de la part de l'hôpital car il était impossible à l'époque de détecter la contamination du sang. Le demandeur cherchait à obtenir réparation sous le régime de la *Sales Act*, se fondant sur la garantie implicite que le sang était adapté à l'usage auquel il était destiné et qu'il était de qualité marchande. Il s'agissait de décider si la transaction constituait une vente visée par la loi. Il faut remarquer ici que le demandeur n'a pas invoqué de garantie implicite de common law relativement à l'objet fourni en application d'un contrat mixte de services et de vente. Néanmoins, le débat sur la *Sales Act* est dans une large mesure pertinent par rapport au présent pourvoi.

La cour à la majorité s'est penchée sur la nature du contrat entre l'hôpital et le patient pour conclure, à la p. 794:

[TRADUCTION] L'essence de la relation contractuelle entre l'hôpital et le patient est évidente: le patient demande et l'hôpital offre le savoir-faire et les moyens matériels de la science médicale qui permettront au patient de se rétablir.

De toute évidence, il s'agit clairement d'un contrat de services et, de toute évidence aussi, il n'est pas divisible. Les concepts d'achat et de vente ne peuvent pas être rattachés séparément aux substances — médicaments ou même le sang — employées pour le traitement, que l'hôpital fournit contre paiement dans le cadre des services médicaux qu'il offre. Ce n'est pas parce que la propriété de certains articles médicaux est transférée, pour ainsi dire, de l'hôpital au patient au cours du traitement que cette transaction devient une vente. ««Vente» et «transfert» ne sont pas synonymes», et ce ne sont pas tous les transferts de biens meubles qui sont des ventes. [. . .] Il est reconnu depuis longtemps que, si l'élément services prédomine, et que le transfert de biens meubles n'est qu'un aspect accessoire de la transaction, celle-ci n'est pas réputée être une vente au sens de la *Sales Act*.

Il faut noter que la majorité a mis l'accent sur la distinction nette qui existe dans ce contexte entre un contrat de vente et un contrat de services. Ce facteur est certes important quand il s'agit de décider si la loi sur la vente d'objets est applicable,

crucial in the context of implied warranties under the common law which are also available for contracts of service where a good is furnished. Nonetheless, the remarks in *Perlmutter* are highly relevant since, as was noted by Lord Reid in *Young & Marten Ltd.*, it will be less likely that such a warranty will be implied in a contract which is primarily for services where the transfer of the good is merely incidental.

mais il n'est pas aussi crucial dans le contexte des garanties implicites reconnues en common law, qui peuvent aussi être admises dans le cas de contrats de services comportant la fourniture d'un objet. Néanmoins, les remarques faites dans l'arrêt *Perlmutter* sont très pertinentes, puisque, comme l'a fait remarquer lord Reid dans l'arrêt *Young & Marten Ltd.*, il est moins probable qu'une telle garantie implicite soit admise dans le cas d'un contrat dont l'objet principal est la fourniture de services et dans lequel le transfert de l'objet n'est qu'accessoire.

90

In *Perlmutter*, it was held that the supplying of blood was entirely subordinate to the main purpose of the hospital, which was providing trained professionals and specialized facilities to care for the patient's health. The patient does not bargain for blood. Rather, it is the skill of the medical staff and the facilities which is sought. Fuld J. concluded that supplying the blood was entirely incidental to the services performed. In my view, the same can be said of the semen in the present case, as I discussed earlier in respect of the *Sale of Goods Act*.

Dans l'arrêt *Perlmutter*, la cour a décidé que la fourniture de sang était totalement subordonnée au but principal de l'hôpital qui était de fournir des services de professionnels diplômés et des installations spécialisées conçues pour le traitement du patient. Le but du patient n'est pas d'obtenir du sang. Il veut plutôt avoir recours au savoir-faire du personnel médical et aux installations. Le juge Fuld a conclu que la fourniture du sang était purement accessoire à la prestation des services. À mon avis, il en va de même du sperme dans le présent pourvoi, comme je l'ai expliqué précédemment à propos de la *Sale of Goods Act*.

91

In examining the nature of the contract at issue, Fuld J. noted some of the policy considerations which are relevant in this context. At page 795, the following was observed:

En étudiant la nature du contrat en cause, le juge Fuld a mis en lumière certaines des considérations de principe qui sont pertinentes dans ce contexte. Il souligne, à la p. 795:

If, however, the court were to stamp as a sale the supplying of blood — or the furnishing of other medical aid — it would mean that the hospital, no matter how careful, no matter that the disease-producing potential in the blood could not possibly be discovered, would be held responsible, virtually as an insurer, if anything were to happen to the patient as a result of "bad" blood . . . [Emphasis added].

[TRADUCTION] Si, toutefois, le tribunal devait qualifier de vente la fourniture de sang — ou la fourniture de tout autre produit médical — cela signifierait que l'hôpital, peu importe son degré de prudence, peu importe si la possibilité de contamination par le sang n'aurait jamais pu être découverte, serait tenu responsable, quasiment comme un assureur, si quelque chose arrivait au patient si le sang est «contaminé» . . . [Je souligne.]

92

Although these comments were made in the context of sale of goods legislation, they apply equally to the situation of an implied warranty under common law. In either situation, a medical practitioner would be held strictly liable for the biological products employed in the medical procedures, notwithstanding that it may be impossible for the doctor to detect any risks. This would have

Bien que ces observations aient été faites à propos de la loi relative à la vente d'objets, elles s'appliquent également à une situation où une garantie implicite en common law est reconnue. Dans l'une et l'autre situation, le médecin serait tenu strictement responsable à l'égard des produits biologiques qu'il emploie pour le traitement, bien qu'il puisse lui être impossible de détecter les risques. Il

the effect of making physicians insurers of the biological substances that are used in medical procedures.

While it is true that the primary purpose of the implied warranty is to hold the supplier of goods liable notwithstanding the absence of negligence, different considerations apply in the context of the medical profession than in the ordinary commercial context. As Fuld J. observed (at p. 795):

The art of healing frequently calls for a balancing of risks and dangers to a patient. Consequently, if injury results from the course adopted, where no negligence or fault is present, liability should not be imposed upon the institution or agency actually seeking to save or otherwise assist the patient.

Furthermore, it should be noted that unlike in the ordinary commercial context, the doctor cannot trace the liability back to the initial manufacturer. Biological products are not manufactured goods in the same sense as commercial goods. The underlying rationale for the strict liability imposed under the *Sale of Goods Act* or by virtue of an implied warranty at common law does not apply to goods which are not manufactured in the ordinary sense. Absent negligence on the part of the donor (for example, if he knew he had AIDS), one would hardly expect that the respondent, in the present case, could recover from the donor for the semen contaminated with HIV, either under the *Sale of Goods Act* or under an implied warranty at common law. This is unlike a commercial contract where it would be open to a supplier to sue the manufacturer, even absent negligence on its part.

Moreover, it must be recognized that biological products such as blood and semen, unlike manufactured products, carry certain inherent risks. In some ways, these substances are inherently dangerous, although they are essential to medical procedures. Whether a doctor is trying to save a patient's life via a blood transfusion, or is simply attempting to assist a patient to become pregnant by AI, the physician cannot control the safety of these products beyond exhibiting the reasonable

deviendrait par le fait même l'assureur des substances biologiques utilisées pour les traitements.

Il est certes vrai que la garantie implicite a pour but principal d'attribuer une responsabilité au fournisseur d'objets même s'il n'a pas été négligent, mais ce ne sont pas les mêmes considérations qui s'appliquent dans le contexte des soins médicaux et dans celui du commerce. Comme le remarque le juge Fuld, à la p. 795:

[TRADUCTION] L'art de guérir exige fréquemment la pondération de divers risques et dangers auxquels le patient sera exposé. Par conséquent, si un préjudice résulte du moyen choisi, sans qu'il y ait eu négligence ni faute, il n'y a pas lieu d'imputer une responsabilité à l'établissement ou à l'organisme qui tente en fait de sauver ou d'aider le patient.

De plus, il convient de noter que, contrairement à ce qui se passe dans le monde du commerce, le médecin ne peut pas reporter la responsabilité sur le fabricant. Les produits biologiques ne sont pas des biens fabriqués au même titre que les marchandises. La raison d'être de la responsabilité stricte imposée sous le régime de la *Sale of Goods Act* ou en conformité avec une garantie implicite en common law ne s'applique pas aux objets qui ne sont pas fabriqués au sens propre. Sauf si le donneur a été négligent (par exemple, s'il savait qu'il était sidatique), on ne s'attend guère à ce que l'intimé, en l'espèce, puisse obtenir du donneur un dédommagement pour le sperme contaminé par le VIH, en application soit de la *Sale of Goods Act*, soit d'une garantie implicite en common law. Il en va autrement d'un contrat commercial qui permettrait au fournisseur de poursuivre le fabricant, même s'il n'a pas été négligent.

En outre, il faut reconnaître que les produits biologiques comme le sang et le sperme, contrairement aux produits fabriqués, impliquent certains risques inhérents. À certains égards, ce sont des substances intrinsèquement dangereuses, bien qu'elles soient essentielles au traitement. Qu'il cherche à sauver la vie de son patient par une transfusion sanguine ou qu'il tente simplement d'aider sa patiente à devenir enceinte en pratiquant l'IA, le médecin ne peut rien faire de plus pour

93

1995 CanLII 72 (SCC)

94

95

care expected of a professional to ensure that the biological substance is free from harmful viruses. By contrast, in the commercial world, the manufacturer has control over the goods. If they cannot be manufactured to be safe, then the products ought to be removed from the market. In medicine blood is essential to a variety of procedures in order to save lives. While arguably, AI is not in the same category as other life saving techniques, it is nonetheless a very important medical procedure. As long as the entire procedure does not amount to an unreasonable risk such that it ought not to be offered at all, the patient is entitled to weigh those risks and elect to proceed.

s'assurer que ces produits sont sans danger que de faire preuve de la prudence raisonnable requise du professionnel qui doit veiller à ce que la substance biologique soit exempte de virus. À l'opposé, dans le monde du commerce, c'est le fabricant qui décide de quoi ses produits seront composés. S'il ne peut fabriquer des produits sûrs, il doit les retirer du marché. En médecine, il est souvent essentiel d'utiliser du sang pour sauver des vies. Quoiqu'on puisse soutenir que l'IA n'entre pas dans la même catégorie que d'autres techniques permettant de sauver des vies, il s'agit néanmoins d'un traitement médical très important. Dans la mesure où le procédé dans son ensemble ne présente pas de risques excessifs qui justifient son abandon, la patiente a le droit de peser les risques et de choisir de s'y soumettre.

96

In *Fisher v. Sibley Memorial Hospital*, 403 A.2d 1130 (D.C. 1979), an action was commenced for injury suffered when a patient contracted hepatitis after a blood transfusion supplied by the hospital. It was not possible to detect the virus in the blood. The Court of Appeal held that the theories of implied warranty and merchantability and strict liability in tort had no place in the context of a hospital furnishing blood. At pages 1132-33, Gallagher J. held as follows:

Dans *Fisher c. Sibley Memorial Hospital*, 403 A.2d 1130 (D.C. 1979), une action a été intentée pour le préjudice subi par un patient qui a contracté une hépatite à la suite d'une transfusion effectuée par l'hôpital. Il n'était pas possible de détecter le virus dans le sang. La Cour d'appel a décidé que les théories de la garantie implicite, de la qualité marchande et de la responsabilité stricte en droit de la responsabilité civile délictuelle étaient inapplicables dans le contexte de la fourniture de sang dans un hôpital. Le juge Gallagher a conclu, aux pp. 1132 et 1133:

"The activities involved in the transfusion of whole blood, a component of the living body, from one human being to another may be characterized as *sui generis* in that the sequence of events involve acts common to legal concepts of both a sale and a service. Moreover, it seems to us that under the facts in the case before us it would be unrealistic to hold that there is an implied warranty as to qualities of fitness of human blood on which no medical or scientific information can be acquired and in respect to which plaintiff's physician has the same information, knowledge, and experience as the supplier." (*Balkowitsch v. Minneapolis War Memorial Blood Bank, Inc.*, 270 Minn. 151, 132 N.W.2d 805, 811 (1965).)

[TRADUCTION] «Les activités que comporte la transfusion de sang entier, qui est un constituant de l'organisme vivant, d'une personne à une autre peuvent être qualifiées de *sui generis* en ce sens que, dans leur déroulement, elles comportent des actes communs aux concepts juridiques de vente et de service. Au surplus, il nous semble qu'étant donné les faits de l'espèce, il ne serait pas réaliste de conclure à l'existence d'une garantie implicite quant aux qualités d'adaptation à un usage particulier du sang humain, sur lequel aucune information médicale ou scientifique ne peut être obtenue et à l'égard duquel le médecin du demandeur possède la même information, les mêmes connaissances et la même expérience que le fournisseur.» (*Balkowitsch c. Minneapolis War Memorial Blood Bank, Inc.*, 270 Minn. 151, 132 N.W.2d 805, 811 (1965).)

We agree with those courts which hold that the furnishing of blood is more in the nature of a service than of a sale of goods. Treating blood transfusions as an

Nous souscrivons au point de vue des tribunaux qui ont décidé que la fourniture de sang participe davantage d'un service que de la vente d'objets. Considérer les

incidental service performed by hospitals comports with reality, and with the policies underlying merchantability liability. Although theoretically a seller's inability to discover defects in the goods he sells is not relevant to a warranty cause of action, we cannot ignore the difficulty of detecting hepatitis in blood given the current state of medical knowledge. To characterize as a sale the supplying of blood would mean that the hospital, no matter how careful, would be held responsible, virtually as an insurer, if the patient were harmed as a result of impure blood. After balancing the safety of the individual with the interests of the hospital (in light of the absence of an adequate test to determine the presence of hepatitis in the blood) and the public interest in assuring the ready availability of blood for medical treatments, we are reluctant to extend . . . merchantability liability to a non-sale transaction by analogy or by characterizing the transaction as a sale. [Emphasis added.]

The court was of the view that it was unnatural to force a blood transfusion into the commercial sales mould since the main object of the hospital is health care and treatment. It was also noted that blood products are "unavoidably dangerous" (p. 1134) and the patient relies on the doctor's skill rather than any warranties of fitness.

I also find the case of *St. Luke's Hospital v. Schmalz*, 534 P.2d 781 (Colo. 1975) to be persuasive. That case also involved a blood transfusion resulting in the patient contracting hepatitis. The court followed the reasoning in *Perlmutter* and rejected the imposition of strict liability in tort or on the basis of a warranty due to policy considerations. It was held that a realistic view of the relationship between a hospital and a patient is not that of a commercial transaction where a good is sold for a price. Rather, the patient bargains for the skill and materials of medical science in order to care

transfusions sanguines comme un service accessoire rendu par les hôpitaux s'accorde avec la réalité et avec les principes de la responsabilité à l'égard de la qualité marchande. Bien que, en théorie, l'incapacité du vendeur de découvrir les défauts des objets qu'il vend n'est pas pertinente quand il s'agit d'une action fondée sur la garantie, nous ne devons pas oublier la difficulté de détecter l'hépatite dans le sang, étant donné l'état actuel de la science médicale. Qualifier de vente la fourniture de sang signifierait que l'hôpital, si prudent soit-il, serait tenu responsable, quasiment comme un assureur, si le patient subissait un préjudice à cause d'un sang contaminé. Après avoir pondéré la sécurité de l'individu, d'une part, et les intérêts de l'hôpital (vu l'absence d'une méthode convenable pour déterminer la présence de l'hépatite dans le sang) et l'intérêt public en matière d'accessibilité de la transfusion sanguine comme procédé thérapeutique, d'autre part, nous sommes peu disposés à étendre [. . .] à une transaction qui n'est pas une vente la responsabilité à l'égard de la qualité marchande, soit en l'y appliquant par analogie, soit en qualifiant cette transaction de vente. [Je souligne.]

La cour était d'avis qu'il était anormal d'assimiler la transfusion sanguine à une vente commerciale car le but principal des hôpitaux est de prodiguer des soins et de traiter les malades. Elle a souligné en outre que les produits sanguins sont [TRADUCTION] «inévitavelmente dangereux» (p. 1134) et que le patient se fie à l'habileté du médecin plutôt qu'à toute garantie d'adaptation à un usage particulier.

J'estime également que la décision *St. Luke's Hospital c. Schmalz*, 534 P.2d 781 (Colo. 1975) est convaincante. Cette affaire concernait aussi une transfusion sanguine par suite de laquelle le patient avait contracté une hépatite. La cour a suivi le raisonnement de l'arrêt *Perlmutter* et refusé, pour des considérations d'intérêt public, de conclure à la responsabilité stricte fondée sur le droit de la responsabilité délictuelle ou sur une garantie. Elle a décidé qu'appliquer à la relation entre un hôpital et un patient le concept de transaction commerciale par laquelle un bien est cédé contre un prix ne procédait pas d'une vision réaliste des choses. Le but du patient est en réalité de recourir au savoir-faire et aux moyens matériels de la science médicale pour guérir. Il n'est simplement pas réaliste de

for the patient's health. It is simply not realistic to view the furnishing of blood as a sale of a product.

99

Although the majority of American cases have followed *Perlmutter*, a few have criticized the policy analysis conducted. For example, in *Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital*, 266 N.E.2d 897 (Ill. 1970), the court again considered the situation of a patient who contracted hepatitis through a blood transfusion. The court rejected the idea that an implied warranty did not arise because no "sale" was involved. Notwithstanding that blood is not a manufactured article of commerce, the court considered it a product which is distributed for consumption. The blood was sold in a container and the court felt it was unreasonable not to conclude that there was a sale of goods which was divisible from the contract for services.

100

However, the vast majority of American cases have agreed that the policy considerations dictate that, in the context of the provision of medical services, medical professionals should not be held strictly liable under warranty for goods used in the provision of those services. In my view, the reasoning of the majority in *Perlmutter*, and the line of cases which follow it, is more apt in the Canadian context with respect to implied warranties at common law. Although, the American decisions did not deal with exactly this issue, the remarks made with respect to warranties under sale of goods legislation provide support for the view that it is inappropriate to imply a warranty in these circumstances under the common law.

101

I am, therefore, in agreement with the Court of Appeal's conclusion in the present case that it would be inappropriate to imply a warranty of fitness and merchantability in the circumstances of this case. As Cory J.A. observed in *G. Ford Homes*, courts should be very wary about implying terms of contracts and there may be circumstances which ought to exclude such a warranty. In the present case, the action against the respondent for injury resulting from the AI procedure should be

considérer la fourniture de sang comme la vente d'un produit.

Bien que la jurisprudence américaine soit en majorité conforme à l'arrêt *Perlmutter*, quelques décisions ont critiqué l'analyse des considérations générales sur laquelle elle repose. Par exemple, dans l'affaire *Cunningham c. MacNeal Memorial Hospital*, 266 N.E.2d 897 (Ill. 1970), la cour était une fois de plus saisie du cas d'un patient qui avait contracté une hépatite à la suite d'une transfusion sanguine. Elle a rejeté l'idée qu'il n'y avait pas de garantie implicite parce qu'il ne s'agissait pas d'une «vente». Quoique le sang ne soit pas un article fabriqué, la cour a estimé qu'il était un produit distribué en vue de la consommation. Le sang était vendu dans un contenant et la cour était d'avis qu'il était déraisonnable de ne pas conclure qu'il s'agissait d'une vente d'objets dissociable du contrat de services.

Toutefois, la vaste majorité des tribunaux américains sont d'accord pour dire que des considérations d'intérêt public commandent, dans le contexte de la fourniture de services médicaux, de ne pas retenir la responsabilité stricte des médecins au titre de la garantie des objets utilisés pour fournir ces services. À mon avis, le raisonnement de la majorité dans l'arrêt *Perlmutter*, et la jurisprudence qui l'a suivi, est plus pertinent dans le contexte canadien eu égard aux garanties implicites en common law. Bien que les décisions américaines ne portent pas exactement sur ce point en litige, les remarques faites relativement aux garanties prévues par la loi sur la vente d'objets corroborent le point de vue selon lequel il n'est pas opportun de conclure à une garantie implicite en common law dans de telles circonstances.

Je souscris donc à la conclusion de la Cour d'appel qu'il n'y a pas lieu, étant donné les circonstances de la présente espèce, d'appliquer une garantie implicite de qualité marchande et d'adaptation à un usage particulier. Comme le fait observer le juge Cory dans l'arrêt *G. Ford Homes*, les tribunaux doivent agir avec beaucoup de circonspection avant de conclure à l'existence d'une condition implicite dans un contrat et il peut y avoir des circonstances susceptibles d'exclure la garan-

confined to negligence. I would adopt the following conclusion of the Court of Appeal at p. 85:

In the face of the American experience, we are unable to identify any policy reason why a physician should face stricter liability for "goods" which are furnished to a patient in the course of medical service than he or she would be for any lack of professional care and skill which must be brought to every healing or treating engagement.

I note that even if I am wrong in my conclusion that a warranty should not be implied in the circumstances of this case, I would hold, as the trial judge did, that any warranty would simply be to take reasonable care. In other words, if the parties intended that there be any contractual warranty, the nature of the warranty in this case would simply be to the effect that the respondent exercise diligence and care in performing the AI and selecting the donors. The contract was primarily one for medical services and parties would not have contemplated that the respondent would warrant the success of the procedure nor that the semen would not be contaminated with an STD. As the trial judge stated, the respondent "undertakes to meet the standards of a reasonably competent person practicing in his field". It would be unreasonable to hold the respondent to any higher standard.

In the result, the appellant's argument that there was an implied warranty at common law that the donor's semen would not be infected with HIV must also fail.

C. *The Rough Upper Limit on Non-Pecuniary Damages*

In *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, *supra*, this Court established a rough upper limit for non-pecuniary damages of \$100,000. In *Lindal*, *supra*, it was recognized that it was appropriate to take into account the effect of inflation and thus, the upper limit could vary with changing economic conditions, including the decrease in purchasing power caused by inflation. Thus, at the time of the

tie. En l'espèce, le fondement de la responsabilité de l'intimé à l'égard du préjudice résultant de l'IA doit être limité à la négligence. Je ferais mienne la conclusion qui suit de la Cour d'appel (à la p. 85):

[TRADUCTION] Étant donné l'expérience américaine, nous ne pouvons trouver aucune raison de principe pour laquelle un médecin devrait assumer une responsabilité plus lourde quand il fournit des «objets» à un patient en lui prodiguant des soins que lorsqu'il ne fait pas preuve de la prudence et de l'habileté qui s'imposent chaque fois qu'il accepte de soigner ou de traiter quelqu'un.

Je ferai remarquer que, même si je conclusais à tort qu'il ne convient pas d'admettre une garantie implicite dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis, comme le juge de première instance, que toute garantie ne se résumerait qu'à une garantie de prudence raisonnable. Autrement dit, si l'intention des parties avait été de stipuler une garantie, elle aurait consisté simplement dans la promesse de l'intimé de pratiquer l'IA et de sélectionner les donneurs avec diligence et prudence. Le contrat portait principalement sur des services médicaux et les parties ne se seraient pas attendues à ce que l'intimé garantisse le succès du traitement ou garantisse que le sperme ne serait pas contaminé par une MTS. Comme l'a dit le juge de première instance, l'intimé [TRADUCTION] «s'engage à satisfaire aux normes qui régissent l'activité d'une personne raisonnablement compétente dans sa sphère professionnelle». Il serait déraisonnable d'astreindre l'intimé à une norme plus rigoureuse.

En conséquence, il y a lieu de rejeter aussi l'argument de l'appelante qu'il existe une garantie implicite en common law que le sperme du donneur ne sera pas contaminé par le VIH.

C. *Le plafond approximatif des dommages-intérêts non pécuniaires*

Dans *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité, notre Cour a établi un plafond approximatif de 100 000 \$ au titre des dommages-intérêts non pécuniaires. Dans *Lindal*, précité, il a été reconnu qu'il convenait de tenir compte de l'effet de l'inflation et que, par conséquent, le plafond pouvait être adapté selon les fluctuations des conditions économiques, y compris la diminution du pouvoir

present case, the rough upper limit was approximately \$240,000. However, the jury awarded non-pecuniary damages of \$460,000. The Court of Appeal held that the non-pecuniary damages could not exceed the rough upper limit and a new trial was ordered to assess damages in general. The Court of Appeal did not hold that the trial judge was necessarily in error for failing to charge the jury on the upper limit, in light of the views expressed by counsel. However, if a jury is not given such an instruction, the damages award must be corrected in order to conform with the jurisprudence.

d'achat due à l'inflation. C'est ainsi que le plafond approximatif était, au moment de la présente instance, de 240 000 \$. Toutefois, le jury a accordé une somme de 460 000 \$ au titre des pertes non pécuniaires. La Cour d'appel a décidé que les dommages-intérêts non pécuniaires ne pouvaient pas dépasser le plafond approximatif et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès à l'égard de la question des dommages-intérêts en général. Elle n'a pas conclu que le juge de première instance avait nécessairement commis une erreur en ne donnant pas de directive au jury relativement au plafond, étant donné les observations faites par les avocats. Toutefois, si le jury n'a pas reçu de directive, il y a lieu d'ajuster le montant des dommages-intérêts accordés en tenant compte de la jurisprudence.

105

There are two issues which must be addressed. First, whether this was one of those exceptional cases referred to in *Andrews* such that the rough upper limit ought not to have been applied. Secondly, whether the trial judge ought to have charged the jury to consider the upper limit when assessing non-pecuniary damages. The appellant submits that this case is unique and that the non-pecuniary damages should be permitted to exceed the limit.

Deux questions doivent être étudiées. Premièrement, s'agit-il de l'un de ces cas exceptionnels visés dans l'arrêt *Andrews* où il ne convient pas d'appliquer le plafond approximatif? Deuxièmement, le juge de première instance aurait-il dû donner une directive au jury concernant le plafond applicable aux dommages non pécuniaires? L'appelante soutient qu'il s'agit d'un cas exceptionnel et qu'il serait justifié d'accorder un montant plus élevé.

106

In *Andrews*, this Court set out the rationale for the upper limit placed on the assessment of non-pecuniary damages for pain and suffering. It is simply impossible to put a money value on the non-pecuniary losses which have been suffered by the plaintiff. Therefore, the award of non-pecuniary damages "is a philosophical and policy exercise more than a legal or logical one" (p. 261). This Court has adopted the "functional" approach to assessing such damages. That is, rather than attempting to evaluate the loss of happiness, non-pecuniary damages seek to provide the plaintiff with reasonable solace for the misfortune suffered. Money acts as a substitute for the pleasure and enjoyment which has been lost and endeavours to alleviate, as far as possible, the pain and suffering

Dans *Andrews*, notre Cour a énoncé le principe sur lequel repose le plafond fixé pour l'évaluation du préjudice non pécuniaire au titre de la souffrance physique et morale. Il est simplement impossible d'évaluer en termes pécuniaires les pertes non pécuniaires subies par le demandeur. Par conséquent, la fixation du montant des dommages-intérêts non pécuniaires «est plus un exercice philosophique et social qu'un exercice juridique ou logique» (p. 261). Notre Cour a adopté l'approche «fonctionnelle» pour l'évaluation de ces dommages-intérêts. Au lieu d'évaluer en termes pécuniaires la perte des agréments de la vie, elle fixe les dommages-intérêts qui seront suffisants pour fournir au demandeur une consolation raisonnable pour ses malheurs. L'argent sert à substituer d'autres agréments et plaisirs à ceux qui ont été perdus et il a pour but d'alléger le plus possible

that the plaintiff has endured and will have to endure in the future.

The amount of the award depends on the ability of money to ameliorate the condition of the victim in his or her particular situation. Non-pecuniary damages should only be awarded to the extent that they can serve a useful purpose by providing an alternative source of satisfaction.

However, as Dickson J. observed in *Andrews*, once non-pecuniary damages are viewed from a functional perspective, excessively large amounts should not be awarded once an individual is fully compensated in terms of future care and other pecuniary losses. Awards for non-pecuniary loss are inherently arbitrary or conventional. Therefore, once the future care of the plaintiff is adequately addressed, it is more appropriate to consider policy issues in limiting damage awards. In particular, the social burdens of excessive awards must be considered, as extravagant claims can pose a significant burden on society. In fact, in *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, it was observed that the real social cost of exorbitant damage awards had been particularly evident in the United States with respect to medical malpractice cases. In *Lindal*, this Court reiterated the sentiments expressed in the *Andrews* trilogy, recognizing that the claim for non-pecuniary damages in the case of a severely injured plaintiff can potentially be limitless.

In *Lindal*, the Court refused to exceed the upper limit for non-pecuniary damages even though the injuries were arguably even more severe than those suffered in *Andrews*. Given that the upper limit is merely a rough and somewhat arbitrary cap on non-pecuniary damages, an award exceeding the limit is not justified simply because an injury is

la douleur physique et morale, passée et à venir, du demandeur.

Le montant de l'indemnité dépend de la mesure dans laquelle l'argent peut améliorer la situation de la victime compte tenu de son état. Des dommages-intérêts non pécuniaires ne doivent être accordés que lorsqu'ils peuvent avoir une certaine utilité en donnant au demandeur une autre source de satisfaction.

Toutefois, comme le fait observer le juge Dickson dans l'arrêt *Andrews*, si l'on considère l'indemnisation du préjudice non pécuniaire selon la conception fonctionnelle, on ne peut accorder un montant très élevé à la victime qui a été entièrement indemnisée pour les soins futurs et les autres pertes pécuniaires. Les indemnités pour les pertes non pécuniaires sont fondamentalement des sommes arbitraires ou conventionnelles. Par conséquent, une fois que la cour s'est assurée que le demandeur sera en mesure d'obtenir les soins nécessaires dans l'avenir, il est plus opportun qu'elle prenne en considération les questions d'intérêt public dans l'établissement du plafond de l'indemnité accordée. En particulier, elle doit tenir compte du fardeau social que représentent les indemnités excessives, car les réclamations extravagantes peuvent constituer un fardeau important pour la société. En fait, dans *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, la cour a fait remarquer que la charge sociale réelle des indemnités exorbitantes est particulièrement évidente aux États-Unis dans les affaires de responsabilité médicale. Dans *Lindal*, notre Cour a réitéré l'opinion exprimée dans la trilogie *Andrews*, reconnaissant qu'il n'y a quasiment pas de limite à ce qu'un demandeur gravement blessé peut réclamer en dommages-intérêts pour préjudice non pécuniaire.

Dans *Lindal*, notre Cour a refusé de dépasser le plafond établi pour les dommages-intérêts non pécuniaires, bien que les blessures aient peut-être été plus graves que celles du demandeur dans *Andrews*. Étant donné que le plafond n'est qu'une limite approximative et un peu arbitraire fixée aux dommages-intérêts non pécuniaires, une indemnité dépassant le plafond n'est pas justifiée simplement parce qu'une blessure est plus grave que celles en

107

1995 CanLII 72 (SCC)

108

109

more serious than those in the trilogy of cases. As Dickson J. stated in *Lindal* (at pp. 642-43):

It is true that the Court in *Andrews* spoke of exceeding the limit of \$100,000 in "exceptional circumstances". The variety of possible fact situations is limitless, and it would be unwise to foreclose the possibility of ever exceeding the guideline of \$100,000. But, if the purpose of the guideline is properly understood, it will be seen that the circumstances in which it should be exceeded will be rare indeed. We award non-pecuniary damages because the money can be used to make the victim's life more bearable. The limit of \$100,000 was not selected because the plaintiff could only make use of \$100,000 and no more. Quite the opposite. It was selected because without it, there would be no limit to the various uses to which a plaintiff could put a fund of money. The defendant, and ultimately, society at large, would be in the position of satisfying extravagant claims by severely injured plaintiffs.

cause dans la trilogie. Comme le dit le juge Dickson dans l'arrêt *Lindal*, aux pp. 642 et 643:

Il est vrai que dans l'arrêt *Andrews*, la Cour a parlé de la possibilité de dépasser la limite de \$100,000 dans des «circonstances exceptionnelles». On peut imaginer une variété infinie de situations, et il ne serait pas sage d'écarter à tout jamais la possibilité de dépasser les \$100,000. Mais, à condition de bien en comprendre l'objet, on verra que les circonstances où il y aura lieu de la dépasser seront très rares. On indemnise une victime du préjudice non pécuniaire parce que l'argent peut servir à lui rendre la vie plus supportable. Le plafond de \$100,000 n'a pas été choisi parce que c'est là le maximum dont le demandeur peut se servir. Bien au contraire. On l'a choisi parce que, s'il n'existait pas, il n'y aurait pas de limite aux diverses fins auxquelles un demandeur pourrait faire servir un fonds. Le défendeur et, en dernière analyse, la société en général, se trouveraient dans la situation où ils devraient satisfaire à des réclamations extravagantes de la part de demandeurs gravement blessés.

110 In my view, the above passage adequately addresses the arguments of the appellant in the present case. Essentially, she contends that the evidence demonstrated the uses to which the money could be put. However, this is not a proper rationale supporting an award of non-pecuniary damages in excess of the limit. There is no doubt that the appellant has suffered immensely as a result of this tragedy. It is also apparent that AIDS is a dreadful disease which will eventually take the life of the appellant prematurely. However, with respect to non-pecuniary losses, I do not believe that the present case is any different than other tragedies, such as those which befell the plaintiffs in the *Andrews* trilogy. I agree with the following comments of the Court of Appeal (at p. 87):

À mon avis, le passage précité répond bien aux arguments de l'appelante en l'espèce. Essentiellement, elle prétend que la preuve montre les fins auxquelles l'argent pourrait servir. Toutefois, cela ne justifie pas l'attribution de dommages-intérêts non pécuniaires plus élevés que le plafond. Il n'y a pas de doute que l'appelante a souffert énormément à cause de cette tragédie. Il est évident aussi que le sida est une maladie terrible qui provoquera la mort prématurée de l'appelante. Toutefois, en ce qui concerne les pertes non pécuniaires, je ne pense pas que la tragédie en l'espèce soit différente d'autres comme celles qui ont frappé les demandeurs dans la trilogie *Andrews*. Je souscris aux observations faites par la Cour d'appel, à la p. 87:

While recognizing that the Plaintiff's injuries are markedly different in kind from those under consideration in the trilogy, we cannot conclude that the principle adopted by the Supreme Court of Canada, aimed at controlling the social burden of damage awards, should not be applied in this case. It follows, in our view, that the Plaintiff's non-pecuniary damages cannot exceed the adjusted rough upper limit.

[TRADUCTION] Tout en reconnaissant que le préjudice corporel de la demanderesse est de nature sensiblement différente de celle du préjudice en cause dans la trilogie, nous ne pouvons pas conclure que le principe adopté par la Cour suprême du Canada en vue de limiter le fardeau social que représentent les dommages-intérêts accordés ne doit pas être appliqué en l'espèce. Il s'ensuit, à notre avis, que les dommages-intérêts non pécuniaires de la demanderesse ne peuvent pas dépasser le plafond approximatif ajusté.

The second question which arises with respect to non-pecuniary damages is whether the trial judge ought to have charged the jury on the upper limit. This is a difficult question because, on the one hand, in a case in which a jury would not have awarded damages in the range of the upper limit, the jury will be unduly influenced by an instruction that refers to a higher figure. On the other hand, it seems wrong not to advise the jury in an appropriate case that as a matter of law and policy, there is a limit. The jury may struggle for nought with the assessment only to learn later that their labours were in vain. Moreover, judges are permitted, and indeed required, to give the jury guidance as to the proper conventional figure. In *Crosby v. O'Reilly*, [1975] 2 S.C.R. 381, Laskin C.J., for the Court, stated, at pp. 386-87:

I cannot agree with the Alberta Appellate Division that where a survival action for the benefit of a deceased's estate is tried by judge and jury the jury should be instructed as a matter of law that \$10,000 is the present upper limit of an award. I do not think that damages can be so exactly defined by putting them on the basis of a legal limitation. At the same time, it is only common sense, where an appellate court is to have the final say on what is a proper conventional figure, that the jury be given careful guidance lest the result be, as here, an extravagant figure leading to successive appeals at a risk of costs that will eat up the ultimate award. Rather than fix the direction as one of law governing the upper limit of an award, the trial judge should direct the jury, in the light of the evidence respecting the deceased in all of his or her qualities, mode of life and prospects, in the light of age and physical condition, that a figure beyond a particular sum, which may be less than \$10,000, may be regarded as excessive.

It would be impossible for a trial judge to comply with this instruction with any degree of intellectual honesty and not mention that there is an upper limit. Indeed, the statement by Laskin C.J. clearly implies that if an upper limit had existed, the jury should be told about it.

La seconde question qui se pose à l'égard des dommages-intérêts non pécuniaires est de savoir si le juge de première instance aurait dû donner une directive au jury concernant le plafond. C'est une question difficile car, d'une part, dans une affaire où il n'aurait pas accordé des dommages-intérêts approchant le plafond indiqué, le jury aurait été influencé indûment par une directive mentionnant un montant plus élevé. D'autre part, il semble contre-indiqué de ne pas informer le jury lorsque le cas s'y prête de l'existence d'un plafond établi pour des raisons de droit et d'intérêt public. Le jury peut se donner beaucoup de mal pour arriver à une évaluation pour finalement apprendre que ses efforts ont été inutiles. En outre, les juges ont le pouvoir, sont même tenus, de donner au jury des indications au sujet du montant qu'il conviendrait d'accorder. Dans *Crosby c. O'Reilly*, [1975] 2 R.C.S. 381, le juge en chef Laskin dit, au nom de la Cour, aux pp. 386 et 387:

Je ne peux être d'accord avec la Division d'appel de l'Alberta que lorsqu'une action de survivance en faveur de la succession d'un *de cujus* est instruite devant un juge et un jury il faille dire au jury, comme question de droit, que la somme de \$10,000 représente actuellement la limite maximale de l'indemnité. Je ne pense pas qu'on puisse définir des dommages de manière aussi exacte en leur imposant une limite juridique. Par ailleurs, lorsqu'une cour d'appel doit avoir le dernier mot sur ce qu'est le chiffre approprié qu'il est convenu de fixer, il est tout à fait normal qu'on guide avec soin le jury pour éviter qu'il n'aboutisse, comme ici, à un chiffre extravagant propre à faire l'objet d'appels successifs qui risquent d'avaloir complètement l'indemnité finale. Plutôt que de fixer, comme une question de droit, la limite maximale d'une indemnité, le juge de première instance devrait dire au jury, à la lumière de la preuve concernant le *de cujus*, homme ou femme, dans toutes ses qualités, manière de vivre et perspectives d'avenir, à la lumière de son âge et de son état de santé, qu'un chiffre excédant une certaine somme, pouvant être inférieure à \$10,000, peut être considéré comme excessif.

Il serait impossible à un juge de suivre cette directive avec le minimum d'honnêteté intellectuelle et de ne pas mentionner de plafond. En effet, les propos du juge en chef Laskin laissent clairement entendre que si un plafond avait existé, le jury aurait dû en être informé.

112 Accordingly, in my view, the trial judge should instruct the jury as to an upper limit, if, after considering the submissions of counsel, he or she is of the opinion that the damages by reason of the type of injury sustained might very well be assessed in the range of or exceeding the upper limit. The instructions may include an explanation of the reason for the cap.

113 On the other hand, if the trial judge is of the view that the injuries involved will not likely produce an award approaching the rough upper limit, it is best that the trial judge not charge the jury on the matter. The upper limit, like any other matter of law, need not be placed before the jury where the issue does not reasonably arise on the facts of the case.

114 Whether the jury is or is not advised of the upper limit, if the award exceeds the limit, the trial judge should reduce the award to conform with the "cap" set out in the trilogy and adjusted for inflation. While a trial judge does not sit in appeal of a jury award, the trilogy has imposed as a rule of law a legal limit to non-pecuniary damages in these cases. It would be wrong for the trial judge to enter judgment for an amount that as a matter of law is excessive. While it is true that the matter can be corrected on appeal, an appeal may be unnecessary if the correct amount is fixed at trial.

115 In the present case, counsel for the respondent submitted that this was not a case which would approach the upper limit. However, it was submitted that the jury should be instructed on the limit if the appellant's counsel or the trial judge felt otherwise. Counsel for the appellant did not request that the trial judge charge the jury on the upper limit. In these circumstances, I agree with the Court of Appeal that it was reasonable for the trial judge not to give an instruction on the upper limit. However, since the damages awarded for non-pecuniary losses far exceeded the upper limit, the trial judge

En conséquence, je suis d'avis que le juge de première instance devrait donner une directive au jury relativement à l'existence d'un plafond, si, après avoir étudié les observations des avocats, il estime que les dommages-intérêts, en raison du type de préjudice subi, pourraient très bien être fixés à un montant qui approche le plafond ou le dépasse. Les directives peuvent comporter une explication des considérations qui ont motivé l'établissement d'un plafond.

En revanche, si le juge de première instance est d'avis qu'il y a peu de chances qu'une indemnité approchant le plafond approximatif soit accordée, étant donné la nature du préjudice, il vaut mieux ne pas donner de directive au jury sur ce point. Il n'est pas nécessaire de faire d'exposé au jury sur le plafond établi, comme sur toute autre question de droit, si la question ne se pose pas raisonnablement au vu des faits de l'espèce.

Qu'il informe ou non le jury de l'existence du plafond, le juge doit réduire l'indemnité accordée si elle dépasse le plafond établi dans la trilogie, ajusté en fonction de l'inflation. Bien que le juge de première instance ne joue pas le rôle d'une juridiction d'appel à l'égard du verdict du jury, la trilogie a fixé, en tant que règle de droit, une limite aux dommages-intérêts non pécuniaires qui peuvent être accordés dans ce type d'affaire. Il aurait tort d'inscrire dans le jugement une somme qui, en droit, est excessive. Certes, la question peut être corrigée en appel, mais l'appel peut s'avérer inutile si le montant convenable a été accordé au procès.

En l'espèce, l'avocat de l'intimé a soutenu que l'indemnité n'était pas susceptible d'approcher le plafond. Toutefois, il a affirmé qu'il y avait lieu d'informer le jury de l'existence du plafond, si l'avocat de l'appelante ou le juge de première instance ne partageait pas son avis. L'avocat de l'appelante n'a pas demandé au juge de donner une directive au jury concernant le plafond. Vu les circonstances, je suis d'avis, comme la Cour d'appel, qu'il était raisonnable que le juge ne donne pas de directive relativement au plafond. Toutefois, comme les dommages-intérêts accordés au titre

ought to have reassessed the award in accordance with the *Andrews* trilogy.

In light of the fact that a new trial will be ordered with respect to the issues surrounding liability, I agree that the issue of non-pecuniary damages should also be dealt with by the jury. Given that the jury at the first trial assessed the damages in excess of the limit, it will be appropriate for the trial judge to charge the jury with respect to the upper limit at the new trial.

The Court of Appeal also ordered a new trial on the issue of damages generally. The Court merely stated that it was not satisfied that the damages for the past and future income losses and the future care costs were properly assessed. The Court of Appeal did not explain on what basis it found the assessment to be lacking. However, the appellant did not argue that the Court of Appeal was in error with respect to ordering a new trial on these pecuniary damages. In her factum, however, the appellant does seek an order that the jury's awards for non-pecuniary damages and for past and future wage loss be confirmed.

Given that the appellant has not demonstrated any error with respect to the Court of Appeal's conclusions on damages, I am not inclined to interfere with the Court of Appeal's holding that there should be a new trial on the issue of damages in general.

VI. Disposition

In the result, the appeal is dismissed with costs and the judgment of the Court of Appeal is affirmed. The new trial will be limited to: (1) a determination of the issue of negligence other than the allegation relating to the first aspect of the claim based on the defendant's lack of knowledge of the risk of HIV infection by A1, and (2) an assessment of damages in general in respect of the

des pertes non pécuniaires excédaient de beaucoup le plafond, le juge de première instance aurait dû réévaluer l'indemnité conformément aux principes de la trilogie *Andrews*.

Étant donné que la tenue d'un nouveau procès sera ordonnée relativement aux questions de responsabilité, je suis d'accord pour dire que la question des dommages-intérêts non pécuniaires devrait elle aussi être tranchée par le jury. Vu que le jury au premier procès a fixé les dommages-intérêts à une somme supérieure au plafond, il est opportun que le juge président le nouveau procès donne une directive au jury au sujet de ce plafond.

La Cour d'appel a également ordonné la tenue d'un nouveau procès sur la question des dommages-intérêts en général. Elle a simplement dit qu'elle n'était pas convaincue que les dommages-intérêts pour les pertes de revenus passés et futurs et pour le coût des soins futurs avaient été bien évalués. Elle n'a pas expliqué pour quels motifs elle avait estimé que l'évaluation était erronée. Toutefois, l'appelante n'a pas prétendu que la Cour d'appel avait commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès concernant ces dommages-intérêts pécuniaires. Dans son mémoire, l'appelante sollicite cependant une ordonnance portant confirmation de l'indemnité accordée par le jury pour les dommages-intérêts non pécuniaires et pour les pertes de revenus passés et futurs.

Vu que l'appelante n'a pas démontré que les conclusions de la Cour d'appel sur les dommages-intérêts étaient erronées, je ne suis pas enclin à modifier la conclusion de la Cour d'appel qu'il y a lieu de tenir un nouveau procès sur la question des dommages-intérêts en général.

VI. Dispositif

En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens et le jugement de la Cour d'appel est confirmé. Le nouveau procès sera limité à ce qui suit: (1) la question de la négligence, sauf l'allégation relative au premier aspect de la prétention fondée sur l'ignorance par le défendeur du risque de transmission du VIH par l'IA; (2) l'évaluation des dommages-intérêts en général à l'égard de l'allégation

116

1995 CanLII 72 (SCC)

117

118

119

claim in negligence. With respect to non-pecuniary general damages, the trial judge should instruct the jury on the upper limit in accordance with the principles in the *Andrews* trilogy and *Lindal*.

de négligence. Quant aux dommages-intérêts généraux non pécuniaires, le juge doit donner une directive au jury relativement au plafond en conformité avec les principes énoncés dans la trilogie *Andrews* et dans l'arrêt *Lindal*.

120 It will also not be open to the appellant to raise the issues relating to warranties under the *Sale of Goods Act*, at common law or by virtue of the Information Sheet. These issues have been resolved in this appeal.

L'appelante ne pourra pas non plus soulever les questions concernant les garanties soit visées par la *Sale of Goods Act*, soit reconnues en common law ou découlant de la fiche de renseignements. Ces questions ont été résolues dans le présent pourvoi.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

121 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of my colleague Justice Sopinka and, save for one point, I generally agree with them as well as with his disposition of the appeal. The issue on which I part ways with my colleague concerns the trial judge's instruction to the jury on the upper limit of non-pecuniary damages.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Sopinka et, sauf sur un point, je partage son avis ainsi que sa conclusion quant à l'issue du présent pourvoi. Le point sur lequel nous divergeons d'opinion a trait aux directives du juge au jury au sujet de la limite en matière de dommages-intérêts non pécuniaires.

122 According to my colleague, the trial judge should instruct the jury on such upper limit if he or she believes that the damages "might very well be assessed in the range of or exceeding the upper limit", as opposed to that not being "likely" (paras. 112-113). Two arguments are relied on to support this position: first, the possibility of wasting the jury's time absent such instruction, and second, the impossibility for the trial judge to guide the jury, in light of the evidence, as to a proper conventional figure of damages, without mentioning the upper limit. In my view, these arguments are not persuasive.

Selon mon collègue, le juge de première instance devrait donner une directive au jury relativement à l'existence d'une telle limite s'il estime que les dommages-intérêts «pourraient très bien être fixés à un montant qui approche le plafond ou le dépasse», par opposition à la situation où il serait d'avis qu'il y a «peu de chances» qu'il en soit ainsi (par. 112 et 113). Il invoque deux arguments à l'appui de cette position: en premier lieu, la possibilité qu'en l'absence d'une telle directive le jury perde son temps et, en second lieu, l'impossibilité pour le juge de première instance de guider le jury, à la lumière de la preuve, sur le montant approprié qu'il convient de fixer, sans faire mention de cette limite. Ces arguments sont, à mon avis, peu convaincants.

123 It has always been held improper for the trial judge or counsel to express any views as to the quantum of damages. This is echoed by the well-established principle that the amount of damages is a question of fact for the jury to determine, and not a question of law for the judge: *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 298, s. 6. By holding that the judge should instruct the jury as to the upper limit of non-pecuniary damages, my colleague is indirectly making their assessment a question of law.

On a toujours jugé inapproprié pour le juge de première instance ou les avocats d'exprimer une opinion au sujet du montant des dommages-intérêts. C'est ce qu'exprime le principe bien établi selon lequel le montant des dommages-intérêts est une question de fait qui relève du jury, et non une question de droit du ressort du juge: *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 298, art. 6. En tenant que le juge devrait donner une directive au jury relativement à la limite établie en matière de dom-

In my view, it is impossible to reconcile this approach with the separate functions performed by judge and jury. For instance, as my colleague puts it, "in a case in which a jury would not have awarded damages in the range of the upper limit, the jury will be unduly influenced by an instruction that refers to a higher figure" (para. 111). Moreover, as a result, the benefit of the trial by jury is lost, namely the value of the independent judgment of lay people. In that light, economic considerations, such as the time and the cost involved in the jury's determination of the quantum of damages, are irrelevant. As well, as the Ontario Court of Appeal stated in *Gray v. Alanco Developments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 652, at p. 656:

To permit the trial Judge to express such an opinion would be to sanction the admission of opinion evidence unsupported by qualified evidence but based solely upon the Judge's personal experience derived from the evidence or verdicts in other cases. This would be tantamount to countenancing his usurpation of functions committed exclusively to the jury.

These considerations have not been challenged by the *Andrews* trilogy (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, *Thornton v. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 S.C.R. 267, and *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287). The establishment of an upper limit for non-pecuniary damages only affects the quantum of the awards, not the way in which they are determined. Nowhere was it mentioned that it is incumbent on the trial judge to instruct the jury as to such upper limit. Therefore, the existence of an upper limit as a matter of law remains consistent with not instructing the jury as to such upper limit.

Moreover, in light of my colleague's arguments, I am unable to see why the jury should be charged on the upper limit in this case, but not in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130. In *Hill*, this Court decided that there would

damages-intérêts non pécuniaires, mon collègue transforme indirectement leur évaluation en une question de droit. Il est impossible, selon moi, de concilier cette approche avec le partage des tâches entre juge et jury. Ainsi, comme mon collègue lui-même l'affirme, «dans une affaire où il n'aurait pas accordé des dommages-intérêts approchant le plafond indiqué, le jury aurait été influencé indûment par une directive mentionnant un montant plus élevé» (par. 111). En conséquence et par surcroît, le bénéfice d'un procès par jury sera perdu, soit la valeur du jugement indépendant de simples citoyens. Vues sous cet angle, les considérations économiques, tels le temps et les coûts liés à l'évaluation par le jury du montant des dommages-intérêts, ne sont pas pertinentes. De plus, comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Gray c. Alanco Developments Ltd.* (1967), 61 D.L.R. (2d) 652, à la p. 656:

[TRADUCTION] Permettre au juge de première instance d'exprimer une telle opinion serait sanctionner l'utilisation d'une preuve sous forme d'opinion non appuyée par des témoignages d'experts, mais fondée uniquement sur l'expérience personnelle du juge à partir d'éléments de preuve ou de verdicts tirés d'autres affaires. Cela équivaldrait à sanctionner l'usurpation par ce dernier des fonctions qui appartiennent exclusivement au jury.

Ces considérations n'ont pas été remises en cause par la trilogie *Andrews* (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, *Thornton c. Board of School Trustees of School District No. 57 (Prince George)*, [1978] 2 R.C.S. 267, et *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287). L'établissement d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires ne touche que le montant des dommages-intérêts, et non la façon dont ils sont déterminés. Il n'est nulle part fait mention que le juge de première instance est tenu de donner une directive au jury relativement à l'existence d'une telle limite. Par conséquent, l'existence d'une limite comme question de droit demeure compatible avec le fait que le juge s'abstienne d'en faire mention au jury.

En outre, eu égard aux arguments de mon collègue, je ne puis comprendre pourquoi le jury devrait être avisé de l'existence d'une limite en l'espèce, mais qu'il n'avait pas à l'être dans *Hill c. Église de Scientology de Toronto*, [1995] 2 R.C.S.

not be a cap on damages for defamation. Particular emphasis was placed on the fact that the injury suffered by a plaintiff as a result of libellous statements is markedly different from the kind of injury the Court was concerned with in *Andrews, supra*, namely severe physical injuries resulting from a motor vehicle accident. In my opinion, the same reasoning must prevail in cases involving other types of injuries, including HIV contamination during an artificial insemination procedure, as in this case. By suggesting that the jury be instructed on the upper limit of non-pecuniary damages, my colleague is in fact muzzling the jury, and, in so doing, institutionalizing the status quo in that novel area of the law, independently of evolving economics and other considerations.

1130. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu qu'il n'y aurait pas de limite en matière de dommages-intérêts pour diffamation. On a souligné particulièrement le fait que le préjudice subi par le demandeur par suite de déclarations diffamatoires est très différent du type de préjudice que notre Cour était appelée à évaluer dans l'arrêt *Andrews*, précité, soit des blessures graves subies lors d'un accident d'automobile. À mon avis, le même raisonnement devrait s'appliquer dans les affaires comportant d'autres types de préjudices, y compris la contamination par le VIH au cours d'une insémination artificielle, comme en l'espèce. En suggérant que le jury reçoive des instructions relativement à l'existence d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires, mon collègue bâillonne en fait le jury et, ce faisant, institutionnalise le statu quo dans ce nouveau domaine du droit, indépendamment de l'évolution de facteurs économiques et autres.

126 Indeed, when it comes to damages, no figure will ever be "right": the trial judge is not in a better position than the jury to determine the quantum of damages, nor the range in which they might be assessed. It is not to say that jury awards are entitled to complete deference. If an award is excessive, I share my colleague's opinion that the judge should reduce it to an amount that he or she believes is appropriate on the facts of the case in order to avoid an otherwise unnecessary appeal. The jury's discretion in reaching that award, however, must be left unfettered. In my view, this system deals adequately with the guidelines established by the trilogy.

En fait, en matière de dommages-intérêts, aucun montant ne sera jamais «juste»: le juge de première instance n'est pas en meilleure position que le jury pour déterminer le montant des dommages-intérêts, ni dans quelle marge il devrait se situer. Cela ne veut toutefois pas dire que les indemnités accordées par jury doivent être acceptées inconditionnellement. Si une somme accordée est excessive, je partage l'avis de mon collègue que le juge devrait la réduire à un montant qu'il estime approprié, compte tenu des faits de l'espèce, afin d'éviter un appel par ailleurs inutile. Le pouvoir discrétionnaire du jury de déterminer cette indemnité doit demeurer intact. À mon avis, ce système est adéquat en ce qui concerne les lignes directrices établies par la trilogie.

127 In the present case, there is not an iota of evidence before the trial judge, the Court of Appeal, or this Court as to the inadequacy of this system. Before this Court, only a brief mention was made by the respondent in his factum, as an alternative argument, as to the desirability of adopting the system my colleague Sopinka J. suggests. At the hearing, the issue was not discussed. In his reasons, my colleague does not bring forward any data to demonstrate that there is a crisis in Canada with respect to extravagant jury awards for non-

Dans le présent pourvoi, il n'y a aucun iota de preuve devant le juge de première instance, la Cour d'appel ou notre Cour établissant que ce système est inapproprié. Devant notre Cour, il a uniquement été fait brièvement mention dans le mémoire de l'intimé, à titre de moyen subsidiaire, de l'opportunité d'adopter le système proposé par mon collègue le juge Sopinka. Ce point n'a pas été abordé à l'audience. Dans ses motifs, mon collègue n'apporte aucune donnée susceptible de démontrer l'existence au Canada d'une crise liée

pecuniary damages, which would encourage this Court to modify the law. Nevertheless, on this fragile basis, he advocates a profound change of the law.

It is important to recall the context in which this issue must be resolved. While it is true that the upper limit was designed, in part, to avoid extravagant non-pecuniary awards, this justification is not restricted to jury awards, but also applies to trials before judge alone. Furthermore, the accuracy of this assumption has been challenged in the Law Reform Commission of British Columbia's *Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss* (1984), at p. 13. In addition to statistics indicating that only a small number of cases are still tried by jury today, I find apposite the following passage by W. H. R. Charles, *Charles Handbook on Assessment of Damages in Personal Injury Cases* (2nd ed. 1990), at p. 75:

... in Ontario it is defence counsel who tend to request a jury trial for personal injury cases. Whether this is because the unpredictability of their awards, both as to liability and measure of damages, encourages a settlement or whether experience suggests that jury damage awards are less generous than those given by judges sitting without a jury, is difficult to say. If the unpredictable nature of jury verdicts is a major factor in inducing settlement, it seems an ironic justification for their continued existence. Obviously there are other reasons for retaining the jury in civil cases generally, not the least of which is the fact that the jury reflects public opinion.

Finally, from a pragmatic standpoint, to require the trial judge to charge the jury on the upper limit of non-pecuniary damages may be inviting unmeritorious appeals on that part of the judge's instructions to the jury.

aux sommes extravagantes accordées par des jurys à titre de dommages-intérêts non pécuniaires, laquelle inciterait notre Cour à modifier le droit. Il n'en recommande pas moins, sur cette base fragile, une profonde modification du droit.

Il est important de rappeler le contexte dans lequel cette question doit être résolue. S'il est vrai que la limite a été élaborée en partie pour éviter que des sommes extravagantes soient accordées à titre de dommages-intérêts non pécuniaires, cette justification ne se limite pas aux seuls montants accordés par le jury, mais vaut aussi pour les procès devant un juge seul. De plus, l'exactitude de cette supposition a été remise en question par la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, dans son *Report on Compensation for Non-Pecuniary Loss* (1984), à la p. 13. Outre les statistiques qui montrent qu'un nombre infime d'affaires sont encore entendues devant jury de nos jours, je trouve pertinent le passage suivant de W. H. R. Charles, tiré de *Charles Handbook on Assessment of Damages in Personal Injury Cases* (2^e éd. 1990), à la p. 75:

[TRADUCTION] ... en Ontario, ce sont les avocats de la défense qui ont tendance à demander un procès devant jury dans les affaires de lésions corporelles. Il est difficile de dire si c'est parce que l'imprévisibilité de leurs décisions, tant en matière de responsabilité qu'en matière d'évaluation des dommages-intérêts, encourage la conclusion de règlements ou parce que l'expérience montre que les indemnités accordées par les jurys sont moins généreuses que celles qu'établissent les juges dans des procès sans jury. Si la nature imprévisible des verdicts rendus par des jurys est un facteur incitatif au règlement, ce serait là une justification ironique au maintien des procès devant jury. Il existe manifestement d'autres raisons de conserver les procès devant jury au civil en général, dont, et non la moindre, le fait que le jury reflète l'opinion publique.

Enfin, d'un point de vue pragmatique, obliger le juge de première instance à donner au jury une directive relativement à l'existence d'une limite pour les dommages-intérêts non pécuniaires serait peut-être inviter la formation d'appels non fondés sur cette partie de l'exposé au jury.

130

In conclusion, there is no evidence that the law as it stands is incapable of dealing with the upper limit of non-pecuniary damages, the assessment of which has always been the province of the jury. For the reasons previously set forth, I would leave to the jury the determination of the quantum of damages without instructions as to the upper limit, subject to the judge's power to reduce excessive awards.

131

In the result, I would dispose of this appeal as suggested by my colleague Sopinka J.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McConnan, Bion, O'Connor & Peterson, Victoria.

Solicitors for the respondent: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitor for the interveners HIV-T Group (Blood Transfused) and the Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors: Kenneth Arenson, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Hospital Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Red Cross Society: MacMillan, Rooke & Boeckle, Toronto.

En conclusion, aucune preuve n'établit que l'état actuel du droit ne permet pas de tenir compte de la limite en matière de dommages-intérêts non pécuniaires, dont l'évaluation a toujours relevé du jury. Pour ces motifs, je laisserais au jury la tâche de déterminer le montant des dommages-intérêts sans lui donner de directive relativement à l'existence d'une limite, sujet au pouvoir du juge de réduire les montants excessifs.

En conclusion, je disposerais du présent pourvoi comme le suggère mon collègue le juge Sopinka.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: McConnan, Bion, O'Connor & Peterson, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureur des intervenants HIV-T Group (Blood Transfused) et Canadian Association of Transfused Hepatitis C Survivors: Kenneth Arenson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des hôpitaux du Canada: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne de la Croix-Rouge: MacMillan, Rooke & Boeckle, Toronto.