

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

39-10-CA

DR. P.E. NEIL

DOCTEUR P.E. NEIL

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

PAMELA LODGE

PAMELA LODGE

RESPONDENT

INTIMÉE

Dr. Neil v. Lodge, 2010 NBCA 83

D^r Neil c. Lodge, 2010 NBCA 83

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Robertson

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Robertson

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
February 24, 2010

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 24 février 2010

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2010 NBQB 63

Décision frappée d'appel :
2010 NBBR 63

Preliminary or incidental proceedings:
Court of Queen's Bench:
2009 NBQB 24
2009 NBQB 332

Procédures préliminaires ou accessoires :
Cour du Banc de la Reine :
2009 NBBR 24
2009 NBBR 332

Appeal heard:
October 15, 2010

Appel entendu :
Le 15 octobre 2010

Judgment rendered:
November 25, 2010

Jugement rendu :
Le 25 novembre 2010

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Rodney J. Gillis, Q.C.
and John C. Gillis

Pour l'appelant :
Rodney J. Gillis, c.r.
et John C. Gillis

For the respondent:
Maria Henheffer, Q.C.
and Nadia M. MacPhee

Pour l'intimée :
Maria Henheffer, c.r.
et Nadia M. MacPhee

THE COURT

The appeal is allowed and a new trial is ordered with respect to the action against the appellant, each side to bear its own costs.

LA COUR

Accueille l'appel et ordonne la tenue d'un nouveau procès pour ce qui concerne l'action engagée contre l'appellant. Chaque partie doit supporter ses propres dépens.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] In the underlying action, the respondent, Pamela Lodge, sought damages against her personal physician, two pathologists and a hospital in the Province of Newfoundland and Labrador, alleging malpractice that resulted in the malignant melanoma from which she suffered in the mid-1990s to go untreated until 2001. In particular, Ms. Lodge contended both pathologists were negligent in failing to diagnose her malignant melanoma, and it was her related complaint that these failures occasioned a significant delay in treatment, which, in turn, brought about pain and suffering as well as losses and expenses. The trial judge dismissed the action against Ms. Lodge's personal physician, but allowed it against the two pathologists, Dr. A.M. Rashid and Dr. P.R. Neil. He also found the hospital vicariously liable for their negligence (see *Pamela Lodge v. Dr. Edward Fitzgibbon, Dr. P.R. Neil, Dr. A.M. Rashid, Western Health Care Corporation, doing business under the name and style of Western Memorial Regional Hospital*, 2010 NBQB 63, 356 N.B.R. (2d) 100).

[2] While neither Dr. Rashid nor the hospital contest the judgment rendered against them, Dr. Neil appeals, arguing for reversal, *inter alia*, on the grounds that the quality of the professional services he rendered in 1996 was assessed by reference to a standard of care far more onerous than what he claims was the then commonly accepted practice among pathologists. We have been advised by counsel for Dr. Neil that his concern is shared by other pathologists.

[3] Just as noteworthy, Ms. Lodge takes no position regarding the sustainability of the judgment against Dr. Neil, having secured, in exchange, his abandonment of the ground of appeal that challenged the trial judge's finding on causation. Of course, and equally significantly, Ms. Lodge expects full recovery of her damages, once quantified, from Dr. Rashid and the hospital where he was employed. While both sides agree intervention on appeal is impermissible barring reversible error,

the precedential value of this decision may rightly be viewed as somewhat diminished by the lack of any oral submission in support of the judgment under appeal.

[4] Be that as it may, under the practice invoked as a ground of defence, a pathologist tasked with diagnosing a lesion from the area of a previous excision (Dr. Neil in 1996) would have been justified in confining his or her assessment of the first lesion to the diagnosis of the pathologist who examined it (Dr. Rashid in 1995). After concluding the correct diagnosis of the 1995 lesion was malignant melanoma and the correct diagnosis of the 1996 lesion was recurrent malignant melanoma, the trial judge found the practice mentioned above was negligent. In his view, the appropriate standard of care in 1996 required Dr. Neil to microscopically examine the 1995 lesion and to formulate his own diagnosis of that lesion.

[5] In *ter Neuzen v. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674, [1995] S.C.J. No. 79 (QL), the Court endorsed the proposition that, in medical malpractice cases, an accepted practice “is open to censure by [the trier of fact] (no 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” (para. 40). The trial judge was satisfied the quoted statement allowed him to “censure” the practice invoked by Dr. Neil in answer to Ms. Lodge’s charge of negligence. With respect, we do not share the trial judge’s certitude on point: he may be right, but he could be wrong.

[6] In that regard, we would simply record that it is only in the clearest of cases that judges are at liberty to apply their perception of “common sense” to label negligent a commonly accepted medical practice (see *Comeau v. Saint John Regional Hospital*, 2001 NBCA 113, 244 N.B.R. (2d) 201), and the case at hand may, arguably, lie outside that “exceptional” category (see *Nattress v. Weber*, 2010 ABCA 64, [2010] A.J. No. 424 (QL), leave to appeal denied [2010] S.C.C.A. No. 159). At any rate, and more pertinently for our present purposes, judicial intrusion into the process of revision and modification of professional medical standards should be undertaken only where it is absolutely necessary to resolve the dispute submitted for adjudication. That is particularly

so in a case, such as the present one, where the pathologist invoking what he claims was the generally accepted practice at the time of his involvement actually went well beyond its minimal requirements.

[7] As we understand the record, Dr. Neil did not limit himself to Dr. Rashid's diagnosis of the 1995 lesion. He actually acquainted himself with Dr. Rashid's full report, which can be read, at least by a pathologist, as indicating that serious consideration was given to the hypothesis of malignant melanoma before the judgment call was made against that conclusion as the primary diagnosis (in the context of a differential diagnosis). In addition, Dr. Neil microscopically examined the slide of the 1995 lesion, albeit perhaps with a limited purpose in mind, and he did not discern what at least one expert testified at trial were features pointing to malignant melanoma.

[8] Having resolved the issue of Dr. Neil's liability on the basis of his failure to make his own diagnosis of the 1995 lesion, the trial judge did not determine whether he had been negligent, as alleged in the Statement of Claim, in carrying out the steps he actually took in reaching his diagnosis in 1996. In our respectful judgment, the trial judge should have made that determination before considering "censure".

[9] We reverse on that basis, and order a new trial on the issue of Dr. Neil's liability. In the circumstances, the parties will bear their own costs.

LA COUR

[1] Dans l'action sous-jacente, l'intimée, Pamela Lodge, a sollicité des dommages-intérêts de son médecin de famille, de deux pathologistes ainsi que d'un hôpital de la province de Terre-Neuve-et-Labrador au titre de la faute professionnelle qu'ils auraient commise et par suite de laquelle le mélanome malin dont elle était atteinte au milieu des années 1990 n'a pas été traité avant l'année 2001. M^{me} Lodge a notamment prétendu que les deux pathologistes ont été négligents en ne diagnostiquant pas son mélanome malin et elle s'est également plainte de ce que ces omissions ont été la cause d'un retard considérable à traiter son affection, retard qui a entraîné des souffrances et des douleurs ainsi que des pertes et frais. Le juge du procès a rejeté l'action en ce qui concernait le médecin de famille de M^{me} Lodge, mais l'a accueillie en ce qui concernait les deux pathologistes, le docteur A.M. Rashid et le docteur P.R. Neil. Il a également conclu que la responsabilité du fait d'autrui de l'hôpital était engagée en raison de leur négligence (voir la décision *Pamela Lodge c. Dr. Edward Fitzgibbon, Dr. P.R. Neil, Dr. A.M. Rashid, Western Health Care Corporation, doing business under the name and style of Western Memorial Regional Hospital*, 2010 NBBR 63, 356 R.N.-B. (2^e) 100).

[2] Bien que ni le D^f Rashid ni l'hôpital ne contestent le jugement rendu contre eux, le D^f Neil interjette appel et prétend qu'il y a lieu d'infirmer la décision pour le motif, entre autres, que la qualité des services professionnels qu'il a rendus en 1996 a été évaluée au regard d'une norme de diligence qui est beaucoup plus stricte que ce qui, prétend-il, était la pratique communément admise à l'époque parmi les pathologistes. L'avocat du D^f Neil nous a informés que d'autres pathologistes partagent cette préoccupation.

[3] Il est digne de mention, aussi, que M^{me} Lodge ne prend pas position sur la question de savoir si le jugement rendu contre le D^f Neil est soutenable puisqu'elle a obtenu, en échange, qu'il abandonne le moyen d'appel qui contestait la conclusion du

juge du procès sur la question de la causalité. Certes, et chose tout aussi importante, M^{me} Lodge s'attend à recouvrer la totalité de ses dommages-intérêts, lorsqu'ils seront calculés, auprès du D^r Rashid et de l'hôpital qui l'employait. Bien que les deux parties reconnaissent que l'intervention d'une cour d'appel n'est pas permise sauf erreur justifiant l'infirmité de la décision, la valeur de précédent de la présente décision pourrait à juste titre être considérée comme quelque peu réduite par l'absence d'observations orales à l'appui du jugement qui fait l'objet de l'appel. Quoiqu'il en soit, suivant la pratique invoquée comme moyen de défense, le pathologiste chargé de diagnostiquer une lésion dans la région d'une excision antérieure (savoir le D^r Neil en 1996) aurait été fondé à limiter son évaluation de la première lésion au diagnostic du pathologiste qui l'avait examinée (savoir le D^r Rashid en 1995). Après avoir conclu que le bon diagnostic en ce qui concernait la lésion de 1995 était un diagnostic de mélanome malin et que le bon diagnostic en ce qui concernait la lésion de 1996 était un diagnostic de mélanome malin récurrent, le juge du procès a conclu que la pratique susmentionnée était négligente. Il a estimé que suivant la norme de diligence applicable en 1996, le D^r Neil devait procéder à un examen microscopique de la lésion de 1995 et établir son propre diagnostic relativement à cette lésion.

[4] Dans l'arrêt *ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674, [1995] A.C.S. n° 79 (QL), la Cour a souscrit à la proposition voulant que dans les affaires de faute médicale, une pratique admise « peut être blâmée par [le juge des faits sans que soit requise la preuve d'expert, à tout le moins] 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 » (par. 40). Le juge du procès était convaincu que l'énoncé entre guillemets l'autorisait à « blâmer » la pratique invoquée par le D^r Neil en réponse à l'accusation de négligence formulée par M^{me} Lodge. En toute déférence, nous ne partageons pas la certitude du juge du procès à cet égard : il se peut qu'il ait raison, mais il se peut qu'il ait tort.

[5] À ce propos, nous désirons simplement souligner que ce n'est que dans les cas les plus clairs que les juges peuvent recourir à leur perception du « simple bon sens »

pour qualifier de négligente une pratique médicale généralement admise (voir l'arrêt *Comeau c. Hôpital régional de Saint-Jean*, 2001 NBCA 113, [2001] A.N.-B. n° 450, 244 R.N.-B. (2^e) 201), et il est permis de penser que la présente instance échappe à cette catégorie des cas « exceptionnels » (voir l'arrêt *Nattress c. Weber*, 2010 ABCA 64, [2010] A.J. No. 424 (QL), autorisation de pourvoi refusée [2010] C.S.C.R. n° 159). Quoiqu'il en soit, et ce qui est davantage pertinent pour les fins qui nous occupent, une intrusion judiciaire dans le processus de révision et de modification des normes médicales professionnelles ne devrait avoir lieu que lorsqu'elle est absolument nécessaire pour trancher le litige dont la cour est saisie. Cela est particulièrement vrai dans une instance où, comme c'est le cas en l'espèce, le pathologiste qui invoque ce qu'il prétend avoir été la pratique généralement admise à l'époque pertinente est en réalité allé bien au-delà des exigences minimales qu'elle suppose.

[6] Si nous avons bien compris le dossier, le D^r Neil ne s'est pas limité au diagnostic que le D^r Rashid avait posé relativement à la lésion de 1995. Il a en fait pris connaissance du rapport intégral du D^r Rashid, dans lequel on peut lire, du moins si on est pathologiste, que l'hypothèse voulant qu'il pût s'agir d'un mélanome malin a sérieusement été envisagée avant que la décision soit prise de ne pas retenir cette conclusion comme diagnostic primaire (dans le contexte d'un diagnostic différentiel). De plus le D^r Neil a effectué un examen microscopique de la lame porte-objet qui avait été faite de la lésion de 1995, quoique peut-être dans un but limité, et il n'a pas distingué ce qui, selon le témoignage rendu par au moins un expert au procès, constituait des particularités qui annonçaient la présence d'un mélanome malin.

[7] Puisqu'il a tranché la question de la responsabilité du D^r Neil en s'appuyant sur le fait qu'il n'avait pas porté son propre diagnostic en ce qui concernait la lésion de 1995, le juge du procès n'a pas déterminé si celui-ci avait été négligent, comme on le prétendait dans l'exposé de la demande, dans l'exécution des mesures qu'il avait effectivement prises pour établir son diagnostic en 1996. Nous sommes respectueusement d'avis que le juge du procès aurait dû se prononcer sur cette question avant de songer à exprimer un « blâme ».

[8] Nous infirmons sa décision pour ce motif et ordonnons la tenue d'un nouveau procès sur la question de la responsabilité du D^r Neil. Dans les circonstances, les parties supporteront leurs propres dépens.