

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

34-12-CA

LISE NATHALIE LEMAY

APPELLANT

- and -

DR. THOMAS H. PETERS

RESPONDENT

Lemay v. Peters, 2014 NBCA 59

CORAM:

The Honourable Justice Robertson  
The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
February 29, 2012

History of case:

Decision under appeal:  
2012 NBQB 68

Preliminary or incidental proceedings:  
N.A.

Appeal heard:  
September 12 and November 28, 2013

Judgment rendered:  
September 11, 2014

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Richard

Concurred in by:  
The Honourable Justice Robertson  
The Honourable Justice Green

LISE NATHALIE LEMAY

APPELANTE

- et -

LE DOCTEUR THOMAS H. PETERS

INTIMÉ

Lemay c. Peters, 2014 NBCA 59

CORAM :

l'honorable juge Robertson  
l'honorable juge Richard  
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 29 février 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2012 NBBR 68

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appel entendu :  
les 12 septembre et 28 novembre 2013

Jugement rendu :  
le 11 septembre 2014

Motifs de jugement :  
l'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge Robertson  
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:

Eugene J. Mockler, Q.C., and Kevin C. Toner

For the respondent:

Robert M. Dysart

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :

Eugene J. Mockler, c. r., et Kevin C. Toner

Pour l'intimé :

Robert M. Dysart

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens.

The following is the judgment delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] “While lady justice may be blind, she ought not to be without compassion” exclaimed counsel for Lise Nathalie Lemay, beginning his oral submission on the first day of the hearing of Ms. Lemay’s appeal from the dismissal of her medical malpractice claim against Dr. Thomas H. Peters. Indeed, if compassion were the basis upon which this appeal was to be decided, victory for Ms. Lemay would surely follow, for even the coldest of all hearts could not remain unmoved by the tragedy of this case.

[2] As a 37-year-old single mother of a boy with Asperger’s syndrome, Ms. Lemay worked as a hairstylist from her own home. She led an active and healthy life. Having previously lost a sister to cancer, Ms. Lemay urged her family physician to refer her to a specialist to address her concerns over a lump in her breast and swollen nodes in her neck. In the spring of 2005, she was referred to Dr. Peters, a thoracic and general surgeon, who decided to biopsy the breast and a lymph node on the neck. The diagnostic procedure initially appeared to have gone well. It achieved its objective of diagnosing the underlying problem, namely Hodgkin’s disease. However, in the aftermath of the surgery, Ms. Lemay noticed that mobility in her left arm was very limited and that pain was not subsiding. A call to Dr. Peters’ office resulted in the receptionist conveying Dr. Peters’ view that Ms. Lemay’s shoulder issues were likely due to inflammation pressing on nerves and that they would eventually resolve.

[3] Ms. Lemay’s condition did not settle. In fact, it worsened to the point she is now left with the virtual loss of her left arm and shoulder for most of her daily tasks, and with ongoing pain. But for a few hours a week, she has not been able to return to her pre-injury career and, as a result, lost her home and her hair salon to foreclosure.

[4] Yes, if compassion were the basis upon which this appeal was to be determined, Ms. Lemay would indubitably emerge victorious. However, while judges are certainly not – nor should they be – immune from compassion in their daily work, the judicial oath of office is “do right to all manner of people according to law”: *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 3(1) (emphasis added). And while the law itself is not devoid of compassion where necessary and appropriate, compassion is not a feature of the principles that govern a medical malpractice claim.

[5] There is no question that there are further aspects of this case that add to one’s sense of compassion for Ms. Lemay. Dr. Peters’ record keeping was far from being a model of precision. Undoubtedly, erroneous anatomical references in his documents and his less than ideal post-surgery follow-up did nothing to enhance the quality of his care in Ms. Lemay’s estimation. Yet, as critical as one might be of these failures, this appeal is really about whether, in his assessment of the matter, the trial judge applied the correct legal principles, or committed any palpable and overriding error, in concluding Dr. Peters was not legally liable for the tragic result of the biopsy he performed on Ms. Lemay. If the judge applied the correct principles, then his decision is owed deference and may only be overturned on appeal if palpable and overriding error is found either in his findings of fact, or in his application of the law to those findings in reaching the ultimate decision on liability. These are the principles that govern this appeal, and, in the end, though herculean in task for this particular judge, compassion must yield way to the cold hard analysis of the law and the appeal must be dismissed.

## II. Factual background

[6] In setting out the factual background of this case, I paraphrase liberally from the trial judge’s decision reported at 2012 NBQB 68, 384 N.B.R. (2d) 69.

[7] In approximately March 2004, Ms. Lemay, then 36, noticed a lump in her neck. Over the course of the next several months, she sought referrals to three separate

specialists who assured her there was no cause for concern. In early 2005, however, Ms. Lemay discovered a lump in her breast and was referred to Dr. Peters.

[8] Dr. Peters saw Ms. Lemay in his office on June 1, 2005. Although the primary purpose of her visit was the lump in her breast, Ms. Lemay also informed him of the lumps in her neck and told him she was experiencing night sweats. Dr. Peters suspected lymphoma and suggested a nodal biopsy for diagnostic purposes. He told her the procedure would leave her with scars. He explained it would be necessary to perform the biopsy under general anesthetic, with all the associated risks of general anesthesia. Ms. Lemay says Dr. Peters did not explain those risks, but she was already aware of them. She inquired about the possibility of fine needle aspiration (or needle biopsy), but Dr. Peters informed her that such a procedure would not provide enough tissue for diagnostic purposes.

[9] On June 24, 2005, Dr. Peters performed a biopsy of a node located in the left rear area of Ms. Lemay's neck, known as the left posterior triangle. He dissected directly over the node. In that area of the body runs the spinal accessory nerve, a cranial nerve that supplies two muscles in the neck/upper back: the sternocleidomastoid and trapezius. No complications were noted during the surgery and there was, at the time, no indication any damage might have been done to any nerve. Dr. Peters also biopsied the node in Ms. Lemay's breast. The resulting pathologies revealed the breast lump was benign but the cervical node evidenced Hodgkin's disease. This led to several months of treatment for Ms. Lemay, including chemotherapy.

[10] While convalescing at home in the aftermath of the surgery, Ms. Lemay experienced pain in her left arm and shoulder. She called Dr. Peters' office and spoke to his receptionist, telling her there was a little infection on the breast and that she was having an issue with her arm. According to Ms. Lemay, this information was passed along to Dr. Peters, and the receptionist then relayed his consequent message that the pain was likely due to inflammation and should resolve in a few days.

[11] Ms. Lemay had no further contact with Dr. Peters or his office. She complained to her family physician of muscle wasting and pain in the area of her trapezius muscle, affecting her shoulder function. Ms. Lemay was referred to other specialists for further investigation, leading to an eventual diagnosis of spinal accessory nerve palsy that would require surgical repair. A further referral was made, this time to a plastic surgeon, but Ms. Lemay declined further surgery.

[12] Ms. Lemay's injury to the spinal accessory nerve, which resulted in paralysis of the trapezius muscle, led to muscle wasting and winging of the scapula, as well as considerable loss of function in the left shoulder and arm. She is left with a permanent partial disability, one that has a significant impact on her enjoyment of life. Her ability to participate in certain activities is severely restricted. Ms. Lemay's diligent efforts to accommodate the injury have enabled her to somewhat cope with constant pain, but she is nevertheless left with limited ability to work as a hairstylist and requires assistance for certain household chores.

[13] Ms. Lemay brought an action against Dr. Peters claiming damages for the injury she suffered during the biopsy. She alleged Dr. Peters: (1) was negligent in the performance of the biopsy and thereby caused damage to a nerve or nerves in the left lateral accessory nerve area; (2) did not provide adequate post-operative care; and (3) did not explain to her the risks of the biopsy of the node in question and the consequences of those risks, or inform her of alternatives to the procedure he was proposing. Dr. Peters denied the allegations.

[14] The action proceeded to trial in the Court of Queen's Bench in 2011. On February 29, 2012, the trial judge issued a decision dismissing Ms. Lemay's claim.

[15] With respect to the first allegation, the trial judge explained: "all of the medical evidence presented in this case confirms that injury to the spinal accessory nerve is a recognized risk of a biopsy procedure in the posterior triangle of the neck" that "can

occur even when the surgeon's technique was entirely appropriate" (para. 17). In other words, when such an injury occurs after a biopsy procedure, "it is not evidence of negligence".

[16] The trial judge did not agree with Dr. Peters' contention that Ms. Lemay had not proven causation because she had not undergone exploratory surgery to detect if the spinal accessory nerve had in fact been injured. To the contrary, the judge concluded: "the evidence establishes on a balance of probabilities that Ms. Lemay's injuries arise from surgical or iatrogenic injury to the spinal accessory nerve" (para. 23). Iatrogenic was defined at trial as meaning "caused by a procedure done by trauma", including trauma in the course of surgery.

[17] Yet, the trial judge did not find liability. Noting the absence of expert testimony "to suggest that Dr. Peters did not meet the standard of care in either the selection of the node or the actual performance of the biopsy" (para. 54), the judge concluded Ms. Lemay had "failed to establish on a balance of probabilities that Dr. Peters acted negligently in connection with the performance of the biopsy" (para. 56). Moreover, the judge accepted the testimony of a defence medical expert who opined that "the description of the surgery provided by Dr. Peters fell within the standard of care" (para. 56).

[18] As for the allegation Dr. Peters had not provided adequate post-operative care, the judge dismissed Ms. Lemay's claim on two bases. First, the judge accepted the evidence of a defence expert over one called by Ms. Lemay and concluded that Dr. Peters' follow-up care had met the standard of care expected of him. Second, the judge found that the failure to arrange for follow-up had neither caused nor contributed to Ms. Lemay's condition.

[19] The first basis for dismissing the allegations of inadequate post-operative care pitted differing expert opinions. Ms. Lemay had called a medical expert who offered the opinion that Dr. Peters' failure to follow up had not met the standard of care expected

of a surgeon in the circumstances. The judge pointed out that this expert's opinion was based on his understanding that Dr. Peters had failed to arrange a visit after being advised Ms. Lemay could not move her arm. Yet, the testimony at trial had not established that fact. Ms. Lemay testified she had reported to Dr. Peters' receptionist she was having "issues with" her arm. The judge rather accepted the opinion of an expert witness to the effect that the failure to arrange for a post-operative visit, even after Ms. Lemay had reported "an issue" with her arm, "fell within the standard of care" (para. 64).

[20] In addition, the judge found that a reasonable person in Ms. Lemay's position would have communicated further with the surgeon's office if the problem she was experiencing with her arm had not resolved with time. Yet, Ms. Lemay did not communicate further with Dr. Peters' office after having reported "issues with" her arm. The judge concluded: "Dr. Peters cannot be faulted for failing to react to a problem of which he was not properly apprised" (para. 67).

[21] On the question of causation for failure to follow up, the trial judge found that "[the] lack of follow-up did not cause any injury to Ms. Lemay" (para. 68). The evidence established that all Dr. Peters could have done had there been a follow-up was refer Ms. Lemay to a nerve surgeon or a plastic surgeon. Within two weeks following the biopsy, Ms. Lemay was back in the care of her family physician who, when she became aware of Ms. Lemay's pain and mobility problems, referred her "to the appropriate specialists for further investigation" (para. 69). Since surgical repair of the spinal accessory had a good chance of success if undergone within the first 12-20 months, any delay caused by Dr. Peters' lack of follow-up was "of no consequence" because "[t]he injury was discovered well within the window of potential successful surgical repair" (para. 70). Thus, the judge concluded the failure to follow up "in no way caused or contributed to the injury from which Ms. Lemay now suffers" (para. 70).

[22] The third basis upon which Ms. Lemay sought to establish her claim related to what is commonly known as "informed consent". Ms. Lemay alleged Dr. Peters failed in his duty to fully disclose to her the risks of the surgery and other options that



might have been open to her. This, she maintains, led her to consent to the procedure without being fully informed.

[23] With respect to this allegation, the trial judge first addressed Ms. Lemay's allegation she was not advised of alternative treatment, and in particular fine needle aspiration. The judge accepted Dr. Peters' testimony, supported by a medical expert, that fine needle aspiration was not a viable diagnostic option. Ms. Lemay had herself questioned Dr. Peters about this method and he had explained it was not a recommended option. In the circumstances, the judge concluded, Dr. Peters met his duty of disclosure.

[24] On the question of the risks of injury to the spinal accessory nerve, the trial judge found Ms. Lemay was never informed of these. Dr. Peters had testified it was not his practice at that time to disclose and explain risks he considered "rare", such as the risk of injury to the spinal accessory nerve. The judge rejected this approach. He accepted the opinion of Dr. John Guy, a medical expert Ms. Lemay called to testify, that such a risk should be disclosed. In addition, the judge noted that, while the defence medical expert, Dr. Paul Dubois, had not provided an opinion exactly on point, he had nevertheless testified "it was his usual practice to disclose the risk of spinal accessory nerve injury prior to performing a biopsy in the posterior triangle of the neck" (para. 34). The judge observed that while "the risk of injury to the spinal accessory nerve in a posterior triangle biopsy is in the range of three to eight percent [...] [t]he consequences of the injury are significant in that damage to the spinal accessory nerve results in partial paralysis resulting in atrophy of the trapezius muscle" (para. 38). On the strength of the evidence, the trial judge concluded: "in this case, the risk of injury to the spinal accessory nerve was a material risk that ought to have been disclosed to Ms. Lemay prior to performance of the biopsy procedure" (para. 38).

[25] Notwithstanding this conclusion, the judge did not find liability. The law with respect to informed consent requires proof not only of the nondisclosure of a material risk but also of a causal link between the nondisclosure and the resulting injury. The causal link would be established if Ms. Lemay were able to satisfy the Court that a

reasonable person in her position would not have consented to the treatment if she had been made aware of the particular risk.

[26] On the question of the causal link, the trial judge found none had been established. The judge observed that Ms. Lemay had been quite concerned about the lumps in her neck and had sought referrals to three separate specialists. Her concern was exacerbated when she found the lump in her breast. Ms. Lemay was willing to undergo the biopsy knowing it would result in scarring and that it would be done under general anesthetic, the risks of which she knew could result in serious consequences. The trial judge therefore concluded that a reasonable person in Ms. Lemay's position "would have undergone the biopsy even if she had been informed of the risk of injury to the spinal accessory nerve" (para. 43). He reasoned as follows:

There were no other alternative treatment options available for diagnosing the lymphoma suspected by Dr. Peters. Ms. Lemay was very concerned and anxious about the possibility of cancer and this was perhaps more concerning to Ms. Lemay given that her sister had died from cancer at an early age. Ms. Lemay was aware of the serious risks of general anesthetic, including death, and was prepared to accept these risks. In her words, 'Whether I had surgery or not I could die either from cancer or from general anesthetic'. Ms. Lemay decided to proceed with the surgery despite the risks because she felt she had no other choice. [para. 43]

[27] The judge therefore concluded that the causal link had not been established, stating he had "no hesitation in concluding that Ms. Lemay would have proceeded with the biopsy even if she had been informed of the three to eight percent risk of injury to the spinal accessory nerve and the consequences flowing therefrom" (para. 44).

[28] Although dismissing Ms. Lemay's action, the judge provisionally assessed her damages at \$701,538.66, which he broke down as follows:

(a) General damages	\$55,000.00
(b) Past loss of income	70,000.00
(c) Future loss of income	460,730.00
(d) Cost of future care	58,835.00
(e) Future loss of domestic services	53,349.00
(f) Medicare subrogation	2,406.00
(g) Special damages	1,218.66

III. Issues on appeal

[29] Ms. Lemay appeals the dismissal of her action and the provisional assessment of damages. Her notice of appeal lists eight grounds. However, in her written and oral submissions, many of the grounds were combined in such a manner that the following questions were those on which the appeal was argued:

- 1) Did the trial judge err in his application of the standard of care with respect to informed consent?
- 2) Did the trial judge err in allocating the burden of proof and in determining causation with respect to the performance of the biopsy?
- 3) Did the trial judge err in his determination of the standard of proof and causation with respect to the post-operative care?
- 4) Did the trial judge err in his assessment of damages?

[30] I will, in corresponding order, address the issues raised on appeal under headings reflecting each of these questions.

IV. Analysis

[31] As with every case on appeal, the trial decision must be assessed through the lens of the standard of review that governs each question raised. It has been stated time and again that the role of the appellate court is not to retry the case or to substitute its own findings for those of the trial judge. These days, an overabundance of authority stands for the following propositions, which have now become trite law: (1) findings of law are to be assessed on a standard of correctness; (2) a finding of fact is entitled to deference and will only be reversed if the result of a palpable and overriding error; and, (3) findings of mixed fact and law, that is the application of a legal standard to a set of facts in order to arrive at an ultimate conclusion, are also entitled to deference and are reviewable on the same standard as findings of fact unless a legal error can be extricated.

A. *Informed consent*

[32] No one takes issue with the legal principles that govern a medical malpractice claim founded on the absence of informed consent. The trial judge applied the law as reformulated in *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192 and *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, and which this Court has periodically had occasion to apply: *Mason v. Forgie* (1986), 73 N.B.R. (2d) 193, [1986] N.B.J. No. 104 (C.A.) (QL), leave to appeal dismissed [1987] S.C.C.A. No. 11; *Kueper v. McMullin* (1986), 73 N.B.R. (2d) 288, [1986] N.B.J. No. 89 (C.A.) (QL); *Kitchen v. McMullen* (1989), 100 N.B.R. (2d) 91, [1989] N.B.J. No. 815 (C.A.) (QL); *Beshara v. Dysart* (1998), 207 N.B.R. (2d) 14, [1998] N.B.J. No. 480 (C.A.) (QL); and *Doiron v. Haché*, 2005 NBCA 75, 290 N.B.R. (2d) 79. In essence, to be successful, Ms. Lemay had to prove on a balance of probabilities that: (1) an injury to the spinal accessory nerve was a material, unusual or special risk of a biopsy in the posterior triangle of the neck, in the sense that a reasonable person in her position would have wanted to know the risk; (2) Dr. Peters did not inform her of the risk; and, (3) a reasonable person in her position would not have consented to the biopsy of that node had there been full disclosure of the risks. The answers to the first two questions are evidently findings of fact. As for the third, the test has been called a

modified objective test of causation – that is a “blend of objectivity and subjectivity” – and, it too raises a question of fact: *Beshara*, at para. 16, and *Doiron*, at para. 94.

[33] While *Hopp* and *Reibl* and most cases that have followed speak of the duty to inform of material risks, Ms. Lemay submits the duty also extends to reasonable alternatives. She points to Ellen I. Picard & Gerald B. Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 4th ed. (Toronto: Thomson Carswell, 2007) where it is stated:

The language in both *Reibl v. Hughes* and *Hopp v. Lepp* is couched in terms of disclosure of risks. The doctor must inform the patient of those risks which a reasonable person in the patient’s position would want to know. However, it is now well established that the duty of disclosure is not confined to risks, but extends to other material information which a reasonable patient would want to have. In particular, the patient must be informed of any available alternatives to the treatment being proposed, as well as the material risks associated with those alternatives, if this is something which a reasonable person in the patient’s circumstances would want to know. The duty to disclose available alternatives is especially important where these are more conservative, and involve fewer risks, than the treatment which is being proposed. It is incumbent on the physician to disclose sufficient information to enable the patient to place the treatment options in a proper perspective and to assess their comparative risks and benefits. [pp. 150-152]

[34] Support for those statements can be found in *Zimmer v. Ringrose*, [1981] A.J. No. 596 (C.A.) (QL), *Van Dyke v. Grey Bruce Regional Health Centre*, [2005] O.J. No. 2219 (C.A.) (QL), *Haughian v. Paine*, [1987] S.J. No. 240 (C.A.) (QL), *Seney v. Crooks*, 1998 ABCA 316, [1998] A.J. No. 1060 (QL) and *Cory v. Bass*, 2011 ABQB 360, [2011] A.J. No. 681 (QL). Dr. Peters did not take issue with the extension of the duty from explaining the material risks to also disclosing available options. This is understandable. The logic of requiring a physician to disclose not only material risks but also available alternatives is unassailable. A patient cannot truly give informed consent if not aware that less risky procedures might yield the same or a better result.

[35] These are the principles the judge applied and no one alleges he made an error in law. What Ms. Lemay alleges is that the judge erred in his application of these principles. Properly articulated, the ground of appeal should have alleged a palpable and overriding error in the judge's conclusion, so as to reflect the standard of review to which we must subject the issue.

[36] In his decision, the trial judge concluded that, even though the risk of injury to the spinal accessory nerve in a posterior triangle biopsy is small (in the range of three to eight percent), the risk was nonetheless a material one because the consequences of any injury could be significant. The judge also concluded that Dr. Peters had not informed Ms. Lemay of the risk of such injury. Thus, the validity of Ms. Lemay's claim fell to be determined on the application of the modified objective test of causation: by answering the question whether a reasonable person in her position would have consented to the biopsy if the disclosure of information had been adequate. If so, as the judge found, the claim would have to be dismissed.

[37] To make this determination, a trial judge has to consider "a wide range of the personal circumstances of the plaintiff, and at the same time [...] recognize that physicians should not be held responsible when the idiosyncratic beliefs of their patients might have prompted unpredictable and unreasonable treatment decisions": *Arndt v. Smith*, [1997] 2 S.C.R. 539, [1997] S.C.J. No. 65 (QL), at para. 15.

[38] In his written submission, Dr. Peters notes that the trial judge considered the following factors in finding that causation was not proven:

- a) The Appellant was aware that there were no other alternative treatment options available for diagnosing the lymphoma suspected by Dr. Peters;
- b) The Appellant was very concerned and anxious about the possibility of cancer and this was perhaps more concerning to the Appellant given that her sister had died from cancer at an early age;

- c) The Appellant was aware of other serious risks of the biopsy, including death, and was prepared to accept such risks;
- d) The Appellant stated that she had no choice but to accept the risks associated with the biopsy.

[39] This summary is almost accurate. However, the trial judge did not find that Ms. Lemay “was aware that there were no alternative treatment options available for diagnosing the lymphoma suspected by Dr. Peters” but rather held “[t]here were no other alternative treatment options available for diagnosing the lymphoma suspected by Dr. Peters” (para. 43).

[40] As I understand Ms. Lemay’s argument on this aspect of her appeal, as viewed through the applicable analytical lens, she alleges the judge committed a palpable and overriding error in determining there were no alternative options available for diagnosing the lymphoma. She claims there were, and that these did not entail a risk of serious injury. Thus, she maintains that, if the alternatives had been disclosed to her, together with the risk of injury to the spinal accessory nerve that was possible with the contemplated biopsy, she would have had a choice and would not have agreed to the proposed biopsy. It would follow that, on application of the modified objective test, a reasonable person in her position would not have consented to the biopsy in the posterior triangle of her neck, that is, in the high-risk area, if given a choice. Instead, that reasonable person would have opted for an alternative with a lower risk of serious injury.

[41] It seems to me obvious that if there were viable diagnostic options that would have reduced or eliminated a risk of serious injury, such option should have been disclosed to Ms. Lemay. The judge found there were none. The question is, therefore, whether this finding is the result of a palpable and overriding error. It will be such an error if it is a plain and obvious error, such as one made in the complete absence of evidence, or made in conflict with accepted evidence, or made on a misapprehension of evidence, and if the error is sufficiently significant to vitiate the finding of fact.

[42] The testimony at trial raises three alternatives to a biopsy of the node in the posterior triangle: (1) fine needle aspiration; (2) choosing a different lymph node; and (3) subjecting the patient to a course of antibiotics.

[43] Fine needle aspiration is the only “alternative option” to which the trial judge referred under the heading of his analysis on the question of informed consent. Ms. Lemay testified she had raised this option with Dr. Peters. Ms. Lemay said Dr. Peters had informed her this option would not provide enough tissue for diagnostic purposes. On this point, the trial judge noted that Dr. Peters testified that the only way to confirm his tentative diagnosis of lymphoma was to perform a biopsy. In his view, fine needle aspiration would not have been effective. One of the medical experts who testified supported this view. The expert explained that fine needle aspiration might provide diagnostic information for carcinoma, which is when cancer has metastasized to lymph nodes, but it is not a diagnostic procedure for lymphoma, which is when cancer develops in the lymph node itself. Dr. Dubois explained: “Hodgkin’s disease is difficult to diagnose with scatology, which is cells only, which is what you get with a needle biopsy”. Thus, there was evidentiary support for the trial judge’s finding of fact that fine needle aspiration was not a reasonable alternative in the circumstances. It, therefore, cannot be said the judge’s conclusion on point was the result of a palpable and overriding error. Since fine needle aspiration was not a reasonable option, it follows Dr. Peters had no obligation to raise it as a viable alternative. When Ms. Lemay raised the question, Dr. Peters properly explained why it was not a viable option.

[44] The question of choosing a different node was considered in the part of the trial decision that deals with the allegation of negligence in the performance of the biopsy.

[45] On the basis of a consultation report Dr. Peters prepared after his initial examination of Ms. Lemay, the trial judge did not accept there were enlarged nodes outside the posterior triangle. He made this conclusion despite an obvious error in the report where Dr. Peters refers to the region of the node as the “posterior axillary chain”,



which is the armpit region. The judge's factual finding also seems to have been anchored in an MRI conducted on November 9, 2005, which identified small scattered lymph nodes within the posterior triangle, but did not note any in the anterior area of the neck. Ms. Lemay argues that therein lies a palpable and overriding error because "the MRI was limited to the cervical spine and brachial plexus" and "[i]ts mandate did not include the anterior area of the neck".

[46] Dr. Peters testified he chose the node in question because it was the biggest and easiest node. While Ms. Lemay suggested this painted a picture of a surgeon who was unconcerned about the increased risk of operating in the posterior triangle, the trial judge disagreed. Based on the expert testimony, the judge concluded that the surgeon was in the best position to decide which node would provide enough tissue to enable a successful pathological analysis. There was ample evidentiary support for that conclusion. Both medical experts who testified said as much. Dr. Guy stated that "[t]he choosing of the node is a judgment call made by the surgeon, depending on what node is there". Dr. Dubois was not as direct, but he categorically stated that, in choosing one lymph node over another, a surgeon looks for "the one that's most easily accessible and - and that is - is enlarged". Considering the risk of injury to the spinal accessory nerve, if all nodes were equally enlarged, Dr. Dubois would not pick one in the posterior triangle area, "but, if that was the only significantly enlarged lymph node[,] that would most likely be the one [he] would pick". He stated the standard would be to take the node that is the most abnormal and balance that with its location.

[47] Describing the surgical procedure, Dr. Peters testified he would have chosen what he believed to be "the most representative node", that is, the largest one because it will give the pathologist more information with which to make an accurate diagnosis. In cross-examination, he stated that one of the considerations in the choice of the lymph node is the location of the spinal accessory nerve. He maintained that in the case of Ms. Lemay, "[t]here were no other nodes that [he] felt would give [him] the diagnosis that the pathologist needed".

[48] Evidently, the question of whether there were enlarged nodes in the anterior area of Ms. Lemay's neck that would have constituted an alternative to the surgical invasion of the posterior triangle is a question of fact. The evidence was contradictory. Dr. Peters' consultation report dated June 1, 2005, does not indicate the presence of nodes in the anterior part of the neck, but a report by Dr. Pathrose dated December 1, 2004, reports three enlarged nodes: one in the posterior triangle and two in the area of the sternocleidomastoid, a muscle in the superficial layers of the anterior portion of the neck. Dr. Paul Dubois testified it is likely that these nodes were enlarged at the time of the biopsy in June 2005, as they would not get smaller and go away. However, that testimony has to be read in context. Dr. Dubois also stated that considering the location of those nodes "they would all equally – equally have a possibility of injury" because the spinal accessory nerve "traverses the upper part of the anterior triangle and goes through on a surface of the sternomastoid".

[49] In sum, there was an evidentiary basis for the judge's conclusion that choosing another node was not a reasonable alternative in the circumstances. While there are many reasons to stay away from a surgical invasion of the cervical posterior triangle, the surgeon must balance that with his or her judgment that not doing so will prevent him or her from gathering enough tissue to enable a proper pathological analysis and eventual diagnosis. As there was an evidentiary basis for the trial judge's conclusion, deference is owed.

[50] Since the trial judge accepted that Dr. Peters believed "[t]here were no other nodes that [he] felt would give [him] the diagnosis that the pathologist needed", it is inconceivable that the surgeon would have been expected to discuss with Ms. Lemay choosing a less risky node as an available alternative. Certainly neither of the medical experts who testified suggested this should have been done.

[51] In sum, on the question of choosing another node, there was evidentiary support for the judge's conclusion that "[t]here were no other alternative treatment options available for diagnosing the lymphoma suspected by Dr. Peters" (para. 43).

[52] The matter of subjecting Ms. Lemay to a course of antibiotics is an option that appears to have arisen only in the cross-examination of the medical expert Dr. Peters called to testify. It was not raised with either Dr. Peters nor with the medical expert retained by Ms. Lemay. Referring to an unidentified document, counsel for Ms. Lemay put a number of statements to Dr. Dubois and asked him whether or not he agreed with them. Among these was whether the expert agreed with the proposition that “observation or fine needle aspiration biopsy for lymphadenopathy [e.g., abnormal lymph nodes] is reasonable”. He did. He also agreed that “[o]bservation or fine needle aspiration; however, knowing that persistent lymphadenopathy may represent relative pathology such as lymphoma is important”, but there was no exploration as to the meaning or significance of that statement. Ms. Lemay’s counsel suggested to Dr. Dubois: “In the author’s experience indications for cervical lymph node biopsy include persistent lymphadenopathy after a trial of antibiotics”. However, he did not ask whether this practice was common in 2005, whether it was then a known reasonable alternative to an open biopsy when lymphoma is suspected, nor did he ask how this featured in the standard of care expected of a surgeon in 2005. He simply went on to ask if Dr. Dubois knew whether or not Ms. Lemay had been given a course of antibiotics. Dr. Dubois did not.

[53] Ms. Lemay’s counsel continued: “So the author here is suggesting that you do a trial of antibiotics, and then you – if you get an [inconclusive], fine needle aspirant, then perhaps you could do an open biopsy”. Dr. Dubois agreed but added that in this case Ms. Lemay would have had an open biopsy, explaining that she had seen other physicians who had dismissed the lymphadenopathy. Later in cross-examination, Dr. Dubois explained that a course of antibiotics, coupled with fine needle aspiration that could have been done when the antibiotics were started, would have resulted in a delay of only “a couple of weeks”, would not have caused any damage to Ms. Lemay’s condition and would have “confirmed that there was lymphoma”. However, he insisted throughout that a biopsy would have nevertheless been necessary, presumably then to enable an accurate diagnosis. Later still, he agreed that while “giving a round of antibiotics or [...] doing

fine needle aspiration” may not succeed, one “could try that first”. He conceded that this point is made in the literature because of the danger of performing a biopsy in the posterior triangle of the neck. He did agree that by taking this route, one would be “exercising the care that’s necessary”. Later still, Dr. Dubois agreed that surgery in the posterior triangle of the neck should not be done unless “absolutely essential” and that “whatever alternatives there are should be taken first”.

[54] Always in cross-examination, Dr. Dubois testified that although he explains to his patients the risk of a biopsy in the posterior triangle of the neck, once he has determined the surgery is necessary he does not discuss with them the alternative of a course of antibiotics and observation, coupled with fine needle aspiration. He adds that he might explain to a patient why fine needle aspiration is inappropriate in the circumstances. He agrees, however, that a course of antibiotics “can be done” and conceded that a patient, aware of the risks of injury to the spinal accessory nerve and its consequences, would likely opt for the course of antibiotics first before agreeing to a biopsy in the posterior triangle of the neck.

[55] In re-direct examination, Dr. Dubois explained that antibiotics would not treat lymphoma. He would have recommended neither a course of antibiotics nor fine needle aspiration for Ms. Lemay. He would have recommended a biopsy.

[56] It is important to note that trying a course of antibiotics, coupled with fine needle aspiration, as an alternative to an open biopsy, was not explored with Dr. Peters when he testified. There was simply no mention of it. Similarly, the issue was not broached with Dr. Guy, the medical expert whom Ms. Lemay called to testify as part of her case.

[57] The failure to address the matter with Dr. Peters is somewhat critical. Dr. Peters was not asked whether he was aware that to subject a patient to a course of antibiotics and perform a fine needle biopsy was considered, by some, as a reasonable alternative to an open biopsy where the node to be excised is in the posterior triangle of

the neck. If he was not aware of this as an alternative, he cannot be faulted for not leaving this as an option for Ms. Lemay, unless it were shown that he should have been aware of it. In other words, the question is whether a reasonable surgeon in his position would have been aware of this as an available option for the diagnosis of lymphoma in 2005. On this point, the evidence is severely deficient. There is simply no evidence that in 2005 the surgical community considered this to be a reasonable option.

[58] Dr. Dubois was of the opinion that, in a case where lymphoma was suspected, there were no other options but to perform a biopsy. For his part, Dr. Guy was not critical of Dr. Peters' decision to undertake a biopsy. His opinion related to the informed consent issue and the post-operative care of the patient. In his report, he states that, in his opinion, the "dismissal of the possibility of fine needle aspiration of the lymph nodes in the neck was appropriate, in that, where there is a suspicion of lymphoma, adequate tissue material is necessary for appropriate diagnosis and staging".

[59] The only evidence regarding a course of antibiotics, coupled with fine needle aspiration, is Dr. Dubois' agreement that this is referred to in the literature as a diagnostic measure in some instances. However, Dr. Dubois does not say whether this was a reasonable alternative that should have been put to a patient in 2005. In fact, as stated above, he was of the view that, in the circumstances, there were no other options but to perform a biopsy. This seems logical, when one considers that other surgeons had already adopted a wait and see approach when consulted regarding the enlarged nodes. Evidently, none of them suspected lymphoma.

[60] In short, there is very little information on the topic of a course of antibiotics, coupled with fine needle aspiration, other than the few questions posed to Dr. Dubois mostly as statements made by an unknown author of an unknown publication on some unknown date.

[61] In one of the defence exhibits, D-8, a 2002 article titled "Management of Iatrogenic Injury to the Spinal Accessory Nerve", it is stated that "observation or in some

cases a needle biopsy is all that is required”, but that is in instances where there is “[a]n isolated posterior triangle lymph node in a young healthy patient” because that is “usually the sequelae of a self-limited subclinical infection”. That was not the situation with Ms. Lemay, who did not have an isolated node, had previously consulted physicians for lymphadenopathy, and whom Dr. Peters suspected might have lymphoma.

[62] In the circumstances, although the trial judge does not address a course of antibiotics as an alternative treatment that should have been explored with Ms. Lemay, there is no evidentiary support for the proposition that this was a reasonable alternative in the circumstances of this case. There is no evidence that it was a medical standard at the time, there is no evidence Dr. Peters knew of the suggested approach and there is no evidence he should have been aware of it. From the medical expert evidence adduced at trial, there were, at the time, no other alternatives but the biopsy to confirm the lymphoma Dr. Peters suspected.

[63] Considering the above, I conclude the trial judge did not err in finding no fault in Dr. Peters’ omission to explore with Ms. Lemay alternatives to the lymph node biopsy.

[64] The trial judge correctly concluded “the risk of injury to the spinal accessory nerve was a material risk that ought to have been disclosed to Ms. Lemay prior to the performance of the biopsy procedure” (para. 38). Upon finding that Dr. Peters failed to disclose this risk in obtaining Ms. Lemay’s consent to the surgery, the real issue on the question of informed consent became that of causation.

[65] Here again, no one argues the judge erred in law in setting out the causation test on the issue of informed consent. The test is whether a reasonable person in Ms. Lemay’s position would not have consented to the treatment if the risk of there being a 3-8% chance of injury to the spinal accessory nerve and its consequences had been disclosed to her. Ms. Lemay’s ground of appeal does not focus on the result the judge reached based on the facts as he set them out. In other words, Ms. Lemay does not argue

the judge erred in finding that a person in her position, if there had been no alternatives, would have consented to the biopsy even if fully informed of the 3-8% risk of injury. Rather, her grounds of appeal challenge the judge's conclusion of fact on the issues addressed above. Since I have found the trial judge did not commit any palpable and overriding error in concluding that there were no other reasonable alternatives to the biopsy of the node in question, his conclusion on the causation question is not really an issue in this appeal. Had it been, I would be forced to admit I am of the view that the judge's conclusion in this respect was correct.

[66] As the judge explained, Ms. Lemay was quite concerned and had a lot of anxiety about the lumps in her neck. She had sought referrals to three separate specialists who had not diagnosed any problem. Later, she developed a lump in her breast, "which, combined with the previous lumps in her neck and down her collarbone area, caused her great concern" (para. 40) and prompted her to return to her family doctor to discuss these concerns. Ms. Lemay's concerns may have been exacerbated by the fact she had a sister who had died from cancer at an early age. Moreover, Ms. Lemay had other symptoms, such as night sweats. She was aware she would be left with scars from the biopsy and that the procedure would be done under general anesthetic, with the consequent associated risks. In these circumstances, I can find no fault with the conclusion that "a reasonable person in the particular circumstances of Ms. Lemay would have undergone the biopsy even if she had been informed of the risk of injury to the spinal accessory nerve" (para. 43).

B. *Performance of the biopsy*

[67] The grounds of appeal to be considered under this heading were addressed in Ms. Lemay's written submission as raising the question of "causation and burden of proof as it related to a well known iatrogenic injury in the performance of biopsy in the posterior triangle". In essence, Ms. Lemay argues "the Court erred in failing to consider an inference of negligence in the circumstances". In support of her argument on this aspect of her appeal, Ms. Lemay refers to *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, [1990]

S.C.J. No. 73 (QL). That was a case dealing with the issue of causation. The Supreme Court concluded that while the burden of proving a causal link between a plaintiff's injuries and a defendant's negligence rests with the plaintiff, "[i]t is not therefore essential that the medical experts provide a firm opinion supporting the plaintiff's theory of causation" (para. 34) and that, "in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant, an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced" (para. 33).

[68] Ms. Lemay points to what she claims are a number of failures on Dr. Peters' part, which she maintains constitute "affirmative evidence" that justified "the drawing of an inference of causation". She lists these as follows:

- (i) Failure to document properly – both the consult and the operative report;
- (ii) No referral for lymph node from Dr. MacDougall;
- (iii) Failure to explore the various nodes;
- (iv) Failure to map the SAN [spinal accessory nerve];
- (v) Failure to look for and identify structures during the pre-op and surgery;
- (vi) Failure to disclose the danger inherent in operating in the posterior triangle;
- (vii) Failure to seek out nodes in the anterior cervical area;
- (viii) Failure to follow up when his receptionist informed him of Lise Lemay's call;
- (ix) Failure to discuss alternative treatments;
- (x) Failure to correct errors in the medical reports;
- (xi) Failure to communicate the information in the pathology report to either Lise Lemay or Dr. MacDougall;



- (xii) Always excising the biggest and easiest [node] without regard to structures in the neck;
- (xiii) The only explanations anywhere from Dr. Peters has been a variation of “I wasn’t as careful as I might have been”;
- (xiv) Failure during the operation to look for and identify structures – no record of having done so was made by Dr. Peters and Dr. Guy says this is the most likely cause of the injury.

[69] Ms. Lemay concludes her written argument on this part of her appeal by referring to Sopinka J.’s statement in *Snell* that “very little affirmative evidence on the part of the plaintiff will justify the drawing of an inference of causation in the absence of evidence to the contrary” (para. 30), and says that she has produced “a great deal of affirmative evidence, but the Court has refused to draw any inference, despite a complete absence of evidence to the contrary”.

[70] With respect, this argument mixes apples with oranges. As observed above, *Snell* was a causation case. This case was not, except as it related to the question of informed consent. The trial judge had no difficulty in concluding that “the evidence establishes on a balance of probabilities that Ms. Lemay’s injuries arise from surgical or iatrogenic injury to the spinal accessory nerve” (para. 23). In other words, the biopsy caused the injury. In light of that finding, and as no one suggested Dr. Peters did not have a duty of care, this case was one that fell to be determined not on the question of causation, but on the question of whether Dr. Peters’ performance of the biopsy fell below the appropriate standard of care.

[71] On the question of standard of care, the trial judge considered many of the alleged failings to which Ms. Lemay points in the list set out above as well as her argument that these “paint a picture of a surgeon who was either unaware of or unconcerned about the increased risk of operating in the posterior triangle” (para. 46). The judge, however, disagreed with such a conclusion and refused to draw the inferences Ms. Lemay invited him to draw. For example, he did not agree that the failure to disclose

the risk to Ms. Lemay prior to the biopsy supported an inference that Dr. Peters was not aware of the risk of injury to the spinal accessory nerve, concluding instead that it “portrays a surgeon who is aware of the risk but did not consider it significant enough to warrant disclosure” (para. 47).

[72] Like findings of fact, inferences of fact are also reviewable on the palpable and overriding standard. Ms. Lemay has not identified any such error. Her point on appeal is that the judge should have drawn inferences where he refused to do so. With respect, this is not a valid approach to appellate review. The judge made determinations of fact that are supported by the evidence. It is incumbent on an appellant who wishes to challenge these facts to point to a readily identifiable error and satisfy the Court of Appeal that such an error had an overriding consequence on the result.

[73] In the present case, none of the medical experts who testified stated that “Dr. Peters failed to meet the standard of care in either the selection of the node or in the performance of the biopsy” (para. 56). One, Dr. Dubois, opined that the description of the surgery provided by Dr. Peters fell “within the standard of care” (para. 56). Dr. Dubois had agreed that “injury to the nerve can occur even if the technique was completely appropriate”. In light of this, the judge was quite justified in determining that a breach of the standard of care had not been shown, and this is so despite the charting errors and other failings Ms. Lemay had been able to demonstrate. In the absence of a palpable and overriding error, which has not been shown, the judge’s conclusion in this regard is not within reach of appellate intervention.

C. *Post-operative care*

[74] Under the heading of this ground of appeal, Ms. Lemay argues that Dr. Peters’ overall conduct “showed a general carelessness and lack of sensitivity”. In support of this statement, Ms. Lemay points again to some of the alleged failings listed above. In oral arguments on appeal, Ms. Lemay’s counsel pointed to these and in particular the fact that Dr. Peters had not arranged any post-surgical follow-up. Even

after Ms. Lemay had called Dr. Peters' office to report problems with her arm, no follow-up was arranged. In addition, there had been testimony from Ms. Lemay's family physician to the effect she had had a chance encounter with Dr. Peters in October 2005, and had informed him Ms. Lemay was having problems with her arm after the biopsy. Still Dr. Peters did not arrange for any follow-up. Even when he received a copy of a report from a specialist advising that Ms. Lemay was waiting to undergo an MRI to determine the cause of her left shoulder and trapezius muscle weakness, and opining her condition was likely related to her surgery, Dr. Peters still did not arrange any follow-up.

[75] It is not difficult to dispose of this ground of appeal. The trial judge found that Dr. Peters' conduct, even after being advised Ms. Lemay had an issue with her arm, fell within the standard of care. He reached this conclusion based on Dr. Dubois' testimony and rejected Dr. Guy's opinion on point. This is a finding for which appellate intervention could only be justified on the palpable and overriding standard. On that point, Ms. Lemay points to an admission on cross-examination where Dr. Dubois stated that if Dr. Peters "was advised that the patient was – had a complaint [of distress, arm bad, pain, shoulders] it's a breach of the standard of care if there's not some type of follow-up arranged". She says this is incompatible with the judge's conclusion that Dr. Dubois' expert opinion was that "Dr. Peters' post-operative care, in particular the handling of Ms. Lemay's telephone complaint, fell within the standard of care" (para. 64).

[76] Admittedly, Dr. Dubois appears to have contradicted himself if one looks at his answer in cross-examination as set out above. In his direct examination, he had testified that it was not necessary for Dr. Peters to have arranged some kind of follow-up provided the patient had been told to call back if the issue did not resolve within a few days.

[77] Much of the confusion might be attributed to the discrepancy in Ms. Lemay's testimony at the examination for discovery and that at trial. At trial, she testified she told Dr. Peters' receptionist she had "issues with" her arm, whereas the question that

led him to provide an answer that appears to contradict his direct examination was more detailed than someone reporting “issues” with her arm. It asked whether “there was every reason for Dr. Peters’ receptionist to advise him that this lady was in some distress, arm bad, pain, shoulders” and whether the failure to follow up would have resulted in a failure to meet the appropriate standard of care.

[78] Frankly, there was evidence from Dr. Dubois supporting the judge’s factual finding that Dr. Peters had met the appropriate standard of care and there was testimony from him, in cross-examination, that would have supported a finding Dr. Peters had not. The judge evidently chose to accept the testimony from the direct examination. In my view, a judge who makes a finding of fact anchored on direct examination he accepts, choosing to disregard an apparent conflict with testimony on cross-examination for the principled reason that the factual basis upon which the question was asked was not borne out by the evidentiary record, does not commit any palpable error.

[79] In any event, even if Ms. Lemay had been able to demonstrate a palpable and overriding error on the question of the standard of care relating to a lack of proper follow-up, the analysis does not stop there. She also had to show that the failure to follow up caused her damages. The trial judge addressed that point. Stating that in the event he was found to have been wrong on the question of the standard of care relating to the absence of any follow-up, he stated he was satisfied any breach of the standard of care did not cause or contribute to any damages. The judge accepted that “as a thoracic surgeon, if [Dr. Peters] was faced with a nerve injury there [were] no surgical options he could offer” (para. 68). This conclusion is supported not only by the testimony of Dr. Peters the judge accepted, but also by the opinions of Dr. Dubois and Dr. Guy. Moreover, as the judge points out, “two weeks following the biopsy, Ms. Lemay had gone to see her family physician” and her “care was no longer in the hands of Dr. Peters” (para. 69). When Ms. Lemay’s family physician became aware of the pain and mobility problems with her patient’s arm, “she referred Ms. Lemay to the appropriate specialists for further investigation” and “[b]y December 2005 Ms. Lemay’s nerve injury was fully understood by her treating physicians” (para. 69).

[80] The judge noted that expert testimony established that “surgical repair of the spinal accessory nerve has a good chance of success if undergone within the first year” to 20 months post-injury (para.70). The judge concluded that “[t]he injury was discovered well within the window of potential successful surgical repair” and that, therefore, the failure of Dr. Peters to see Ms. Lemay after either the phone call, his conversation with Ms. Lemay’s family physician or his receipt of the specialist’s letter, “in no way caused or contributed to the injury from which Ms. Lemay now suffers” (para. 70). As noted above, there was ample evidence supporting this view. As a result, it cannot be said that this finding is the result of a palpable and overriding error, which is the standard that would have to be met before there could be appellate intervention.

D. *Damages*

[81] Where I reach the conclusion that the dismissal of Ms. Lemay’s action is not the result of any error that would justify appellate intervention, there is no need for me to address the ground of appeal relating to the provisional assessment of damages.

V. Disposition

[82] For these reasons, with compassion yielding to the application of the governing legal principles, I would dismiss Ms. Lemay’s appeal and award costs as determined by application of note (1) under Tariff “A” of Rule 59.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] [TRADUCTION] « Dame justice peut certes être aveugle, mais elle doit demeurer accessible à la compassion » s'est exclamé l'avocat de Lise Nathalie Lemay, au début de la présentation de ses observations orales le premier jour de l'audition de l'appel qu'interjette M<sup>me</sup> Lemay du rejet de la demande pour faute médicale qu'elle a engagée contre le docteur Thomas H. Peters. En effet, si la compassion était le fondement sur lequel le présent appel devait être tranché, M<sup>me</sup> Lemay remporterait sûrement la victoire, car même le cœur le plus froid ne pourrait rester insensible à la tragédie qui s'est jouée en l'espèce.

[2] Âgée de trente-sept ans et parent unique d'un garçon atteint du syndrome d'Asperger, M<sup>me</sup> Lemay travaillait comme coiffeuse styliste à son domicile. Elle menait une vie active et saine. Puisqu'une de ses sœurs était décédée du cancer, M<sup>me</sup> Lemay a pressé sa médecin de famille de l'adresser à un spécialiste afin qu'il réponde aux préoccupations qu'elle entretenait relativement à la présence d'une grosseur à un sein et de ganglions tuméfiés au cou. Au printemps 2005, on l'a adressée au D<sup>r</sup> Peters, chirurgien thoracique et généraliste, qui a décidé de pratiquer une biopsie du sein et d'un ganglion lymphatique du cou. Au début, la procédure de diagnostic avait semblé s'être bien déroulée. Elle avait atteint son objectif qui consistait à diagnostiquer l'affection sous-jacente, savoir la maladie de Hodgkin. Suite à l'intervention chirurgicale, toutefois, M<sup>me</sup> Lemay a remarqué que la mobilité de son bras gauche était fort limitée et que la douleur ne s'apaisait pas. Par suite d'un appel au bureau du D<sup>r</sup> Peters, la réceptionniste a communiqué à M<sup>me</sup> Lemay l'opinion du D<sup>r</sup> Peters selon laquelle les problèmes que M<sup>me</sup> Lemay avait à l'épaule étaient sans doute imputables à une inflammation qui exerçait une pression sur les nerfs et ceux-ci finiraient par disparaître.

[3] L'état de M<sup>me</sup> Lemay ne s'est pas amélioré. En fait, il a empiré au point où elle a maintenant pratiquement perdu l'usage de son bras et de son épaule gauches pour ce qui concerne la plupart de ses tâches quotidiennes et qu'elle éprouve des douleurs incessantes. À part quelques heures par semaine, elle n'a pas pu reprendre le métier qu'elle exerçait avant le préjudice subi pendant la biopsie et il s'en est suivi qu'elle a perdu sa maison et son salon de coiffure parce qu'il y a eu forclusion.

[4] Oui, si la compassion était le fondement à la lumière duquel le présent appel devait être tranché, il est indubitable que M<sup>me</sup> Lemay en sortirait victorieuse. Toutefois, bien que les juges ne soient certainement pas – et ne sauraient non plus être – à l'abri de toute compassion dans leur travail quotidien, le serment d'office qu'ils prêtent les oblige à « rendr[e] justice à tous selon le droit » : *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, par. 3(1) (c'est moi qui souligne). De plus, bien que le droit lui-même ne soit pas dénué de compassion lorsque cela est nécessaire et indiqué, la compassion n'est pas un élément constitutif des principes qui régissent les demandes pour faute médicale.

[5] Il ne fait aucun doute qu'il y a d'autres aspects de la présente instance qui viennent accroître la compassion que l'on éprouve envers M<sup>me</sup> Lemay. Ainsi, la façon dont le D<sup>r</sup> Peters tenait ses dossiers était loin d'être un modèle de précision. Il ne fait aucun doute que des mentions anatomiques erronées dans ses documents et son suivi postopératoire moins qu'idéal n'ont rien fait pour rehausser la qualité de ses soins aux yeux de M<sup>me</sup> Lemay. Pourtant, bien que l'on puisse fortement trouver à redire à ces déficiences, le présent appel concerne en réalité la question de savoir si, lorsqu'il a apprécié l'affaire, le juge du procès a appliqué les bons principes juridiques, ou a commis une erreur manifeste et dominante, en concluant que le D<sup>r</sup> Peters n'était pas, en droit, responsable du résultat tragique de la biopsie qu'il a pratiquée sur la personne de M<sup>me</sup> Lemay. Si le juge a appliqué les bons principes juridiques, nous sommes tenus à la déférence envers sa décision et celle-ci ne peut être infirmée en appel que si l'on constate la présence d'une erreur manifeste et dominante soit dans ses conclusions de fait, soit dans la façon dont il a appliqué le droit à ces conclusions pour en arriver à sa décision

finale sur la responsabilité. Ce sont là les principes qui régissent le présent appel et, au bout du compte, bien que cela soit immensément difficile pour le juge soussigné, la compassion doit céder devant la froide et dure analyse des règles de droit et l'appel doit être rejeté.

## II. Contexte factuel

[6] Afin d'exposer le contexte factuel de la présente affaire, je puise libéralement dans la décision du juge du procès qui est publiée sous la référence 2012 NBBR 68, 384 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 69.

[7] Aux environs de mars 2004, M<sup>me</sup> Lemay, alors âgée de trente-six ans, a remarqué qu'elle avait une grosseur au cou. Pendant les quelques mois qui ont suivi, elle a été orientée, à sa demande, vers trois spécialistes différents qui lui ont assuré qu'il n'y avait pas lieu de s'inquiéter. Au début de 2005, toutefois, M<sup>me</sup> Lemay a découvert qu'elle avait une grosseur à un sein et elle a été adressée au D<sup>r</sup> Peters.

[8] Le D<sup>r</sup> Peters a vu M<sup>me</sup> Lemay à son bureau le 1<sup>er</sup> juin 2005. Bien que l'objet principal de sa visite fût la grosseur au sein, M<sup>me</sup> Lemay a aussi informé le médecin de la présence de grosseurs à son cou et lui a dit qu'elle avait des sueurs nocturnes. Le D<sup>r</sup> Peters soupçonnait un lymphome et lui a proposé une biopsie ganglionnaire à des fins de diagnostic. Il lui a dit que l'intervention laisserait des cicatrices. Il lui a expliqué que la biopsie devait être pratiquée sous anesthésie générale, avec tous les risques que comporte une anesthésie générale. M<sup>me</sup> Lemay dit que le D<sup>r</sup> Peters ne lui a pas expliqué ces risques, mais elle les connaissait déjà. Elle a demandé s'il était possible de pratiquer une aspiration à l'aiguille (ou biopsie à l'aiguille), mais le D<sup>r</sup> Peters l'a informée que ce procédé ne permettrait pas d'obtenir suffisamment de tissus pour poser un diagnostic.

[9] Le 24 juin 2005, le D<sup>r</sup> Peters a pratiqué une biopsie d'un ganglion situé dans la partie arrière gauche du cou de M<sup>me</sup> Lemay, connue sous le nom de triangle



postérieur gauche. Il a disséqué directement au-dessus du ganglion. C'est dans cette région du corps que passe le nerf spinal, lequel est un nerf crânien qui alimente deux muscles de la région du cou et du haut du dos : le muscle sterno-cléido-mastoïdien et le trapèze. Aucune complication n'a été observée pendant l'intervention chirurgicale et il n'y avait rien, à ce moment-là, qui donnait à penser que des dommages avaient pu être causés à un nerf quelconque. Le D<sup>r</sup> Peters a aussi pratiqué une biopsie de la nodosité présente dans le sein de M<sup>me</sup> Lemay. L'analyse pathologique a révélé que la grosseur au sein était bénigne mais a établi la présence de la maladie de Hodgkin dans le ganglion du cou. Il s'en est suivi que M<sup>me</sup> Lemay a dû suivre des traitements pendant plusieurs mois, y compris la chimiothérapie.

[10] Pendant qu'elle était en convalescence chez elle à la suite de l'intervention chirurgicale, M<sup>me</sup> Lemay a éprouvé des douleurs au bras et à l'épaule gauches. Elle a communiqué avec le bureau du D<sup>r</sup> Peters et a parlé à sa réceptionniste; elle lui a dit qu'il y avait une légère infection au sein et que son bras lui causait des problèmes. Selon M<sup>me</sup> Lemay, ces renseignements ont été transmis au D<sup>r</sup> Peters et la réceptionniste lui a ensuite transmis le message du médecin, savoir que la douleur était sans doute imputable à de l'inflammation et qu'elle devrait disparaître quelques jours plus tard.

[11] M<sup>me</sup> Lemay n'a pas eu d'autres contacts avec le D<sup>r</sup> Peters ou avec son bureau. Elle s'est plainte à sa médecin de famille d'atrophie musculaire et de douleurs dans la région du muscle trapèze, lesquelles nuisaient à la fonction de l'épaule. M<sup>me</sup> Lemay a été adressée à d'autres spécialistes pour des examens complémentaires, ce qui a finalement donné lieu à un diagnostic de paralysie du nerf spinal nécessitant une réparation chirurgicale. Elle a de nouveau été orientée vers un spécialiste, cette fois-ci un plasticien, mais M<sup>me</sup> Lemay a refusé de subir une autre intervention chirurgicale.

[12] La lésion du nerf spinal de M<sup>me</sup> Lemay, dont a résulté la paralysie du muscle trapèze, a entraîné une atrophie musculaire et un décollement « en aile d'ange » de l'omoplate, ou omoplate ailée, ainsi qu'une perte considérable de fonction de l'épaule et du bras gauches. Elle a une incapacité partielle permanente, laquelle a une incidence

importante sur sa capacité de jouir de la vie. Sa capacité de participer à certaines activités est fortement limitée. L'application avec laquelle M<sup>me</sup> Lemay a tenté de s'adapter à sa blessure lui a permis de vivre, en quelque sorte, avec une douleur constante, mais il n'en demeure pas moins que sa capacité d'exercer le métier de coiffeuse se trouve limitée et qu'elle a besoin d'aide pour effectuer certains travaux ménagers.

[13] M<sup>me</sup> Lemay a engagé contre le D<sup>r</sup> Peters une action en dommages-intérêts pour le préjudice qu'elle a subi pendant la biopsie. Elle a prétendu que le D<sup>r</sup> Peters : (1) a été négligent dans l'exécution de la biopsie et a ainsi causé des dommages à un nerf ou à des nerfs dans la région du nerf spinal latéral gauche; (2) n'a pas prodigué des soins postopératoires convenables; et (3) ne lui a pas expliqué les risques de la biopsie du ganglion en question et les conséquences de ces risques, ou ne l'a pas informée des solutions autres que le mode opératoire qu'il proposait. Le D<sup>r</sup> Peters a nié ces allégations.

[14] L'action a été instruite devant la Cour du Banc de la Reine en 2011. Le 29 février 2012, le juge du procès a rendu une décision dans laquelle il rejetait la demande de M<sup>me</sup> Lemay.

[15] En ce qui concerne la première allégation, le juge du procès a expliqué que [TRADUCTION] « l'ensemble de la preuve médicale produite en l'espèce confirme qu'une lésion du nerf spinal est un risque reconnu de la biopsie dans le triangle postérieur du cou » qui [TRADUCTION] « peut survenir même lorsque la technique du chirurgien était tout à fait appropriée » (par. 17). Autrement dit, lorsqu'une lésion de cette nature apparaît après une biopsie, [TRADUCTION] « ce n'est pas une preuve qu'il y a eu négligence ».

[16] Le juge du procès n'a pas souscrit à la prétention du D<sup>r</sup> Peters selon laquelle M<sup>me</sup> Lemay n'avait pas prouvé la causalité parce qu'elle n'avait pas subi d'intervention exploratrice afin de déterminer si le nerf spinal avait effectivement été atteint. Au contraire, le juge a conclu que [TRADUCTION] « la preuve établit, suivant la prépondérance des probabilités, que les blessures que M<sup>me</sup> Lemay a subies découlent

d'une lésion chirurgicale ou iatrogène du nerf spinal » (par. 23). Au procès, on a donné la définition suivante du mot iatrogène : [TRADUCTION] « [I]nduit par un traitement qui provoque un traumatisme » y compris un traumatisme causé pendant une intervention chirurgicale.

[17] Pourtant, le juge du procès n'a pas conclu à la responsabilité. Après avoir souligné l'absence de témoignages d'experts [TRADUCTION] « donnant à penser que le D<sup>r</sup> Peters n'a pas satisfait à la norme de diligence soit dans le choix du ganglion, soit dans l'exécution même de la biopsie » (par. 54), le juge a conclu que M<sup>me</sup> Lemay n'avait [TRADUCTION] « pas établi par prépondérance de la preuve que le D<sup>r</sup> Peters a agi d'une manière négligente pour ce qui concerne l'exécution de la biopsie » (par. 56). De plus, le juge a accepté le témoignage d'un expert en médecine cité par la défense qui était d'avis que [TRADUCTION] « la description de l'intervention chirurgicale fournie par le D<sup>r</sup> Peters satisfaisait à la norme de diligence applicable » (par. 56).

[18] En ce qui concerne l'allégation selon laquelle le D<sup>r</sup> Peters n'avait pas prodigué des soins postopératoires convenables, le juge du procès a rejeté la prétention de M<sup>me</sup> Lemay pour deux raisons. En premier lieu, le juge a souscrit au témoignage d'un expert cité par la défense de préférence à celui d'un expert cité par M<sup>me</sup> Lemay et a conclu que le suivi qu'avait effectué le D<sup>r</sup> Peters correspondait au niveau de diligence auquel il était tenu. En deuxième lieu, le juge a conclu que l'omission de prendre des dispositions en vue d'un suivi n'avait ni causé l'affection de M<sup>me</sup> Lemay ni contribué à cette affection.

[19] La première raison qui a justifié le rejet des allégations de soins postopératoires insuffisants était issue d'opinions d'experts divergentes. M<sup>me</sup> Lemay avait appelé un expert en médecine qui avait fait remarquer que le défaut du D<sup>r</sup> Peters d'assurer le suivi ne satisfaisait pas à la norme de diligence à laquelle un chirurgien était tenu dans les circonstances. Le juge a souligné que l'opinion de cet expert était fondée sur le fait qu'il avait cru comprendre que le D<sup>r</sup> Peters n'avait pas pris de disposition en vue d'une visite après avoir été informé que M<sup>me</sup> Lemay ne pouvait pas bouger son bras.

Pourtant, les témoignages rendus au procès n'avaient pas établi ce fait. M<sup>me</sup> Lemay avait témoigné avoir dit à la réceptionniste du D<sup>r</sup> Peters que son bras [TRADUCTION] « lui causait des problèmes ». Le juge a plutôt accepté l'opinion d'un témoin expert selon laquelle le défaut de prendre des dispositions en vue d'une visite postopératoire, même après que M<sup>me</sup> Lemay eut signalé que son bras lui causait [TRADUCTION] « un problème », [TRADUCTION] « satisfaisait à la norme de diligence applicable » (par. 64).

[20] De plus, le juge a conclu qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que M<sup>me</sup> Lemay aurait de nouveau communiqué avec le bureau du chirurgien si le problème que lui causait son bras n'avait pas disparu avec le temps. Pourtant, M<sup>me</sup> Lemay n'a plus communiqué avec le bureau du D<sup>r</sup> Peters après avoir signalé que son bras lui [TRADUCTION] « causait des problèmes ». Le juge a tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « On ne saurait reprocher au D<sup>r</sup> Peters de ne pas avoir réagi à un problème dont l'existence n'a pas été convenablement portée à sa connaissance » (par. 67).

[21] Sur la question de la causalité par omission d'assurer un suivi, le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « [l']absence de suivi n'a causé aucun préjudice à M<sup>me</sup> Lemay » (par. 68). La preuve a établi que tout ce que le D<sup>r</sup> Peters aurait pu faire s'il y avait eu un suivi aurait consisté à adresser M<sup>me</sup> Lemay à un neurochirurgien ou à un plasticien. Moins de deux semaines après la biopsie, M<sup>me</sup> Lemay a été reprise en charge par sa médecin de famille qui, lorsqu'elle s'est rendu compte des douleurs et des problèmes de mobilité qu'éprouvait M<sup>me</sup> Lemay, l'a orientée [TRADUCTION] « vers les spécialistes compétents pour des examens complémentaires » (par. 69). Puisqu'il y avait de bonnes chances pour que la réparation chirurgicale du nerf spinal réussisse si elle était pratiquée au cours des douze à vingt premiers mois après le préjudice subi, les retards qu'a pu causer l'absence de suivi de la part du D<sup>r</sup> Peters n'ont eu [TRADUCTION] « aucune conséquence » puisque [TRADUCTION] « [l]a lésion a été découverte bien en deçà du délai dans lequel une réparation chirurgicale aurait des chances de réussir » (par. 70). Par conséquent, le juge a conclu que le défaut d'assurer le suivi

[TRADUCTION] « n'a en aucune façon causé l'affection dont M<sup>me</sup> Lemay est maintenant atteinte ou contribué à cette affection » (par. 70).

[22] Le troisième moyen sur lequel M<sup>me</sup> Lemay s'est appuyée pour établir ses prétentions se rapportait à ce qui est communément appelé le « consentement éclairé ». M<sup>me</sup> Lemay a prétendu que le D<sup>r</sup> Peters avait manqué à son obligation de l'informer pleinement des risques que comportait l'intervention chirurgicale et de lui exposer les autres possibilités qui auraient pu s'offrir à elle. Cela, fait-elle valoir, l'a amenée à consentir à l'intervention choisie sans être pleinement informée.

[23] En ce qui concerne cette prétention, le juge du procès a tout d'abord examiné l'allégation de M<sup>me</sup> Lemay selon laquelle elle n'avait pas été informée des autres traitements possibles et en particulier de l'aspiration à l'aiguille. Le juge a souscrit au témoignage du D<sup>r</sup> Peters, qu'appuyait un expert en médecine, selon lequel l'aspiration à l'aiguille n'était pas une solution valable à des fins de diagnostic. M<sup>me</sup> Lemay avait elle-même interrogé le D<sup>r</sup> Peters à propos de cette méthode et il lui avait expliqué que ce n'était pas là une solution recommandée. Dans les circonstances, a conclu le juge, le D<sup>r</sup> Peters s'était acquitté de son obligation d'information.

[24] Sur la question des risques de lésion du nerf spinal, le juge du procès a conclu que M<sup>me</sup> Lemay n'en avait jamais été informée. Le D<sup>r</sup> Peters avait témoigné qu'il n'avait pas pour habitude, à l'époque, de faire connaître et d'expliquer des risques qu'il estimait [TRADUCTION] « rares », comme le risque de lésion du nerf spinal. Le juge a rejeté cette façon de faire. Il a accepté l'opinion du docteur John Guy, expert en médecine que M<sup>me</sup> Lemay avait appelé à témoigner, selon laquelle un risque de cette nature devait être communiqué. De plus, le juge a souligné que bien que l'expert en médecine cité par la défense, le docteur Paul Dubois, n'eût pas exprimé d'opinion sur ce point précis, il avait dit, dans le cadre de son témoignage, [TRADUCTION] « [qu']il avait pour habitude de faire connaître le risque de lésion du nerf spinal avant de pratiquer une biopsie dans le triangle postérieur du cou » (par. 34). Le juge a fait observer que bien que [TRADUCTION] « le risque de lésion du nerf spinal lors d'une biopsie dans le triangle

postérieur soit de l'ordre de trois à huit pour cent [...] [l]es conséquences d'une lésion de cette nature sont importantes en ce sens qu'une lésion du nerf spinal entraîne une paralysie partielle qui donne lieu à une atrophie du muscle trapèze » (par. 38). Compte tenu de la preuve produite, le juge du procès en est arrivé à la conclusion suivante : [TRADUCTION] « [E]n l'espèce, le risque de lésion du nerf spinal était un risque important dont M<sup>me</sup> Lemay aurait dû être informée avant que la biopsie soit pratiquée » (par. 38).

[25] Malgré cette conclusion, le juge n'a pas conclu à la responsabilité. Les règles de droit relatives au consentement éclairé exigent que l'on fasse la preuve non seulement du défaut d'information, ou de la non-communication d'un risque important, mais aussi d'un lien de causalité entre le défaut d'information et le préjudice subséquent. Le lien de causalité serait établi si M<sup>me</sup> Lemay pouvait convaincre la Cour qu'une personne raisonnable se trouvant dans sa situation n'aurait pas consenti au traitement si elle avait été mise au courant de l'existence de ce risque précis.

[26] Sur la question du lien de causalité, le juge du procès a conclu qu'aucun lien n'avait été établi. Il a fait observer que M<sup>me</sup> Lemay avait été fortement préoccupée par les grosseurs qu'elle avait au cou et avait demandé à être orientée vers trois spécialistes différents. Son inquiétude s'était exacerbée lorsqu'elle avait découvert la présence d'une grosseur au sein. M<sup>me</sup> Lemay était disposée à subir la biopsie en sachant qu'il en résulterait des cicatrices et qu'elle serait pratiquée sous anesthésie générale, les risques de cette anesthésie, elle le savait, pouvant entraîner de graves conséquences. Le juge du procès a donc conclu qu'une personne raisonnable se trouvant dans la situation de M<sup>me</sup> Lemay [TRADUCTION] « aurait subi la biopsie même si elle avait été informée du risque de lésion du nerf spinal » (par. 43). Il a adopté le raisonnement suivant :

[TRADUCTION]

Il n'était pas possible de recourir à un autre traitement pour diagnostiquer le lymphome dont le D<sup>r</sup> Peters soupçonnait l'existence. M<sup>me</sup> Lemay était très inquiète et anxieuse face à la possibilité d'un cancer et cela était sans doute d'autant plus un motif de préoccupation pour M<sup>me</sup> Lemay étant

donné que sa sœur était décédée des suites d'un cancer à un âge précoce. M<sup>me</sup> Lemay était consciente des risques importants que comportait l'anesthésie générale, notamment le décès, et elle était disposée à accepter ces risques. Pour reprendre ses propos, « Que je subisse l'intervention chirurgicale ou non, je pouvais décéder soit des suites du cancer, soit des suites de l'anesthésie générale ». M<sup>me</sup> Lemay a décidé de subir l'intervention chirurgicale malgré les risques parce qu'elle estimait qu'elle n'avait pas le choix. [Par. 43]

[27] Le juge a donc conclu que l'existence du lien de causalité n'avait pas été établie et a dit qu'il [TRADUCTION] « n'hésit[ait] nullement à conclure que M<sup>me</sup> Lemay aurait accepté de subir la biopsie même si elle avait été informée du risque, de l'ordre de trois à huit pour cent, de lésion du nerf spinal et des conséquences en découlant » (par. 44).

[28] Bien qu'il ait rejeté l'action de M<sup>me</sup> Lemay, le juge a provisoirement évalué ses dommages-intérêts à 701 538,66 \$ et il les a ainsi ventilés :

(a) Dommages-intérêts généraux	55 000,00 \$
(b) Perte actuelle de revenus	70 000,00
(c) Perte future de revenus	460 730,00
(d) Coût des soins futurs	58 835,00
(e) Perte future de services domestiques	53 349,00
(f) Subrogation de l'assurance-maladie	2 406,00
(g) Dommages-intérêts particuliers	1 218,66

### III. Questions en litige en appel

[29] M<sup>me</sup> Lemay interjette appel du rejet de son action ainsi que de l'évaluation provisoire des dommages-intérêts. Son avis d'appel énonce huit moyens. Dans ses observations écrites et orales, toutefois, plusieurs de ces moyens ont été regroupés de

telle sorte que les questions suivantes sont celles sur la base desquelles l'appel a été instruit :

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans l'application de la norme de diligence pour ce qui concerne le consentement éclairé?
2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en répartissant la charge de la preuve et dans la façon dont il a tranché la question de la causalité pour ce qui concerne l'exécution de la biopsie?
3. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans la façon dont il a déterminé la norme de preuve et tranché la question de la causalité en ce qui concerne les soins postopératoires?
4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son évaluation des dommages-intérêts?

[30] J'examinerai, dans l'ordre correspondant, les questions soulevées en appel sous des intitulés reprenant chacune de ces questions.

#### IV. Analyse

[31] Comme dans toute affaire portée en appel, la décision rendue en première instance doit être évaluée à la lumière de la norme de contrôle qui régit chaque question soulevée. Il a été dit maintes et maintes fois que la cour d'appel n'a pas pour rôle de juger l'affaire à nouveau ou de substituer ses propres conclusions à celles du juge du procès. De nos jours, il existe une surabondance de précédents qui appuient les propositions suivantes, lesquelles sont maintenant bien établies en droit : (1) les conclusions de droit doivent être évaluées suivant la norme de la décision correcte; (2) une conclusion de fait a droit à la déférence et ne sera infirmée que si elle est le résultat d'une erreur manifeste et dominante; et (3) les conclusions mixtes de fait et de droit, c'est-à-dire l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits pour en arriver à une conclusion finale, ont également droit à la déférence et sont susceptibles de



révision suivant la même norme que les conclusions de fait, à moins qu'une erreur de droit ne s'en dégage.

A. *Le consentement éclairé*

[32] Personne ne conteste les principes juridiques qui régissent une demande pour faute médicale fondée sur l'absence de consentement éclairé. Le juge du procès a appliqué les règles de droit qui ont été reformulées dans les arrêts *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192, et *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, et que notre Cour a périodiquement eu l'occasion d'appliquer : *Mason c. Forgie*, (1986), 73 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 193, [1986] A.N.-B. n<sup>o</sup> 104 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi refusée [1987] C.S.C.R. n<sup>o</sup> 11; *Kueper c. McMullin* (1986), 73 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 288, [1986] A.N.-B. n<sup>o</sup> 89 (C.A.) (QL); *Kitchen c. McMullen* (1989), 100 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 91, [1989] A.N.-B. n<sup>o</sup> 815 (C.A.) (QL); *Beshara c. Dysart* (1998), 207 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14, [1998] A.N.-B. n<sup>o</sup> 480 (C.A.) (QL); et *Doiron c. Haché*, 2005 NBCA 75, 290 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 79. Pour avoir gain de cause, M<sup>me</sup> Lemay devait essentiellement établir par prépondérance de la preuve que : (1) une lésion du nerf spinal était un risque important, inhabituel ou particulier d'une biopsie pratiquée dans le triangle postérieur du cou, en ce sens qu'une personne raisonnable se trouvant dans sa situation aurait voulu être au courant de ce risque; (2) le D<sup>r</sup> Peters ne l'a pas informée du risque en question; et, (3) une personne raisonnable se trouvant dans sa situation n'aurait pas consenti à la biopsie de ce ganglion s'il y avait eu divulgation complète des risques. Les réponses aux deux premières questions sont, à l'évidence, des questions de fait. En ce qui concerne la troisième question, le critère applicable a été appelé le critère objectif modifié en matière de causalité – c'est-à-dire un « mélange d'objectivité et de subjectivité » – et elle soulève elle aussi une question de fait : voir l'arrêt *Beshara*, au par. 16, et l'arrêt *Doiron*, au par. 94.

[33] Bien que les arrêts *Hopp* et *Reibl* et la plupart des décisions qui ont suivi parlent de l'obligation d'informer des risques importants, M<sup>me</sup> Lemay prétend que cette obligation s'applique aussi aux solutions de rechange raisonnables. Elle invoque l'ouvrage de Ellen I. Picard et Gerald B. Robertson, intitulé *Legal Liability of Doctors*

*and Hospitals in Canada*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto : Thomson Carswell, 2007), où on peut lire ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le libellé des arrêts *Reibl c. Hughes* et *Hopp c. Lepp* concerne essentiellement l'information sur les risques. Le médecin doit informer le patient des risques qu'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du patient voudrait connaître. Toutefois, il est maintenant bien établi que l'obligation d'information ne se limite pas aux risques, mais s'applique aussi aux autres renseignements importants qu'un patient raisonnable voudrait posséder. Plus précisément, le patient doit être informé de toute solution de rechange possible au traitement qui est proposé, ainsi que des risques importants dont ces autres solutions s'accompagnent, si ce sont là des choses qu'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du patient voudrait savoir. L'obligation d'informer le patient des autres traitements possibles revêt une importance particulière lorsque ces traitements sont plus conservateurs, et comportent moins de risques, que le traitement qui est proposé. Il incombe au médecin de communiquer suffisamment de renseignements pour permettre au patient de voir les différents traitements dans leur contexte exact et d'évaluer et de comparer leurs risques et avantages respectifs. [P. 150 à 152]

[34] Cet énoncé trouve appui dans les arrêts *Zimmer c. Ringrose*, [1981] A.J. No. 596 (C.A.) (QL), *Van Dyke c. Grey Bruce Regional Health Centre*, [2005] O.J. No. 2219 (C.A.) (QL), *Haughian c. Paine*, [1987] S.J. No. 240 (C.A.) (QL), *Seney c. Crooks*, 1998 ABCA 316, [1998] A.J. No. 1060 (QL), et *Cory c. Bass*, 2011 ABQB 360, [2011] A.J. No. 681 (QL). Le D<sup>r</sup> Peters n'a pas contesté le fait que l'obligation d'information ne consistait pas seulement à expliquer les risques importants mais aussi à mentionner les autres solutions de rechange disponibles. Cela se comprend. La logique qui veut que le médecin soit tenu d'informer le patient non seulement des risques importants mais aussi des solutions de rechange disponibles est inattaquable. Le patient ne peut pas vraiment donner un consentement éclairé s'il ne sait pas que des méthodes ou interventions moins risquées pourraient donner le même résultat ou un meilleur résultat.

[35] Ce sont là les principes que le juge a appliqués et personne ne prétend qu'il a commis une erreur de droit. Ce que M<sup>me</sup> Lemay prétend c'est que le juge a commis une erreur dans la façon dont il a appliqué ces principes. Convenablement formulé, ce moyen d'appel aurait dû invoquer la présence d'une erreur manifeste et dominante dans la conclusion du juge du procès, afin de refléter la norme de contrôle à laquelle nous devons assujettir l'examen de cette question.

[36] Dans sa décision, le juge du procès a conclu que bien que le risque de lésion du nerf spinal lors d'une biopsie dans le triangle postérieur soit faible (de l'ordre de trois à huit pour cent), il s'agissait néanmoins d'un risque important parce que les conséquences d'une lésion pouvaient être considérables. Le juge a également conclu que le D<sup>r</sup> Peters n'avait pas informé M<sup>me</sup> Lemay du risque d'une lésion de cette nature. Par conséquent, pour déterminer la validité de la demande de M<sup>me</sup> Lemay, il fallait appliquer le critère objectif modifié en matière de causalité - en répondant à la question de savoir si une personne raisonnable se trouvant dans sa situation aurait consenti à la biopsie si l'information avait été adéquate. Dans l'affirmative, comme l'a conclu le juge, la demande devait être rejetée.

[37] Pour trancher cette question, le juge du procès doit prendre en compte « un large éventail des particularités du demandeur, tout en reconnaissant que les médecins ne doivent pas être tenus responsables lorsque les croyances particulières de leurs patients ont pu les amener à prendre, relativement au traitement, des décisions imprévisibles et déraisonnables » : *Arndt c. Smith*, [1997] 2 R.C.S. 539, [1997] A.C.S. n° 65 (QL), au par. 15.

[38] Dans son mémoire, le D<sup>r</sup> Peters souligne que le juge du procès a pris en compte les facteurs suivants lorsqu'il a conclu que la causalité n'avait pas été établie :

[TRADUCTION]

- a) L'appelante savait qu'il n'était pas possible de recourir à un autre traitement pour diagnostiquer le lymphome dont le D<sup>r</sup> Peters soupçonnait l'existence;

- b) L'appelante était très inquiète et anxieuse face à la possibilité d'un cancer et cela était sans doute d'autant plus un motif de préoccupation pour elle étant donné que sa sœur était décédée des suites d'un cancer à un âge précoce;
- c) L'appelante était consciente des autres risques importants que comportait la biopsie, notamment le décès, et elle était disposée à accepter ces risques;
- d) L'appelante a dit qu'elle n'avait pas d'autre choix que d'accepter les risques associés à la biopsie.

[39] Ce résumé est presque exact. Toutefois, le juge du procès n'a pas conclu que M<sup>me</sup> Lemay [TRADUCTION] « savait qu'il n'était pas possible de recourir à un autre traitement pour diagnostiquer le lymphome dont le D<sup>r</sup> Peters soupçonnait l'existence » mais a plutôt conclu [TRADUCTION] « [qu']il n'était pas possible de recourir à un autre traitement pour diagnostiquer le lymphome dont le D<sup>r</sup> Peters soupçonnait l'existence » (par. 43).

[40] Si j'ai bien compris l'argument de M<sup>me</sup> Lemay en ce qui concerne cet aspect de son appel, et si je l'examine à la lumière du cadre analytique applicable, elle prétend que le juge a commis une erreur manifeste et dominante en concluant qu'il n'existait pas d'autres solutions qui auraient permis de diagnostiquer le lymphome. Elle prétend qu'il existait des solutions de rechange et que celles-ci ne comportaient pas un risque de lésion grave. Par conséquent, elle maintient que si l'existence de ces solutions de rechange avait été portée à sa connaissance, ainsi que le risque de lésion du nerf spinal dont s'accompagnait la biopsie envisagée, elle aurait eu le choix et n'aurait pas consenti à la biopsie proposée. Il s'ensuivrait, suivant le critère objectif modifié, qu'une personne raisonnable se trouvant dans sa situation n'aurait pas consenti à la biopsie dans le triangle postérieur du cou, c'est-à-dire dans la zone à risque élevé, si on lui en avait donné le choix. Cette personne raisonnable aurait plutôt choisi une autre solution présentant un risque plus faible de lésion grave.

[41] Il me semble évident que s'il existait d'autres solutions qui auraient permis de poser un diagnostic tout en réduisant ou en éliminant le risque de lésion grave, ces autres solutions auraient dû être portées à la connaissance de M<sup>me</sup> Lemay. Le juge a conclu qu'il n'en existait aucune. La question qui se pose consiste donc à savoir si cette conclusion est le résultat d'une erreur manifeste et dominante. Ce sera une erreur manifeste et dominante s'il s'agit d'une erreur tout à fait évidente, notamment d'une erreur commise en l'absence totale de preuves, d'une erreur consistant en une conclusion incompatible avec la preuve établie ou d'une erreur découlant d'une interprétation erronée de la preuve, et si l'erreur est suffisamment importante pour vicier la conclusion de fait contestée.

[42] Les témoignages rendus au procès font état de trois solutions de rechange à la biopsie du ganglion dans le triangle postérieur : (1) l'aspiration à l'aiguille; (2) le choix d'un ganglion lymphatique différent; et (3) l'administration d'un traitement par les antibiotiques à la patiente.

[43] L'aspiration à l'aiguille est la seule [TRADUCTION] « autre solution » que le juge du procès a mentionnée dans le cadre de son analyse de la question du consentement éclairé. M<sup>me</sup> Lemay a témoigné qu'elle avait évoqué cette possibilité avec le D<sup>r</sup> Peters. Elle a dit que le D<sup>r</sup> Peters l'avait informée que cette solution ne permettrait pas d'obtenir suffisamment de tissus pour poser un diagnostic. Sur ce point, le juge du procès a souligné que le D<sup>r</sup> Peters avait témoigné que la seule façon de confirmer son diagnostic provisoire d'un lymphome consistait à pratiquer une biopsie. À son avis, l'aspiration à l'aiguille n'aurait pas été efficace. Un des experts en médecine qui ont témoigné a souscrit à cette opinion. L'expert a expliqué que l'aspiration à l'aiguille pourrait fournir des renseignements permettant de diagnostiquer un carcinome, à savoir un cancer qui a métastasé aux ganglions lymphatiques, mais qu'elle ne constitue pas un procédé permettant de diagnostiquer un lymphome, à savoir un cancer qui prend naissance dans le ganglion lymphatique lui-même. Le D<sup>r</sup> Dubois a donné l'explication suivante : « La maladie de Hodgkin est difficile à diagnostiquer au moyen d'une cytologie, c'est-à-dire à l'aide de cellules seules, qui sont ce que l'on obtient avec une

biopsie à l'aiguille ». Il y avait donc des éléments de preuve à l'appui de la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle l'aspiration à l'aiguille n'était pas une solution de rechange raisonnable dans les circonstances. On ne saurait donc dire que la conclusion du juge à cet égard était le résultat d'une erreur manifeste et dominante. Puisque l'aspiration à l'aiguille n'était pas une possibilité raisonnable, il s'ensuit que le D<sup>f</sup> Peters n'avait pas l'obligation d'en faire mention comme solution de rechange valable. Lorsque M<sup>me</sup> Lemay a soulevé la question, le D<sup>f</sup> Peters lui a bien expliqué pourquoi cette solution n'était pas envisageable.

[44] La question du choix d'un ganglion différent a été examinée dans la partie du jugement rendu en première instance qui traite de l'allégation de négligence dans l'exécution de la biopsie.

[45] S'appuyant sur un rapport de consultation que le D<sup>f</sup> Peters avait préparé après avoir examiné M<sup>me</sup> Lemay pour la première fois, le juge du procès a refusé d'accepter qu'il y eût une tuméfaction ganglionnaire à l'extérieur du triangle postérieur. Il a tiré cette conclusion malgré une erreur évidente dans le rapport, savoir que le D<sup>f</sup> Peters y désigne la région dans laquelle se trouve le ganglion sous le nom [TRADUCTION] « chaîne axillaire postérieure », ce qui est la région de l'aisselle. La conclusion factuelle du juge semble aussi avoir été fondée sur une IRM effectuée le 9 novembre 2005 qui a montré la présence de petits ganglions lymphatiques dispersés dans le triangle postérieur, mais n'en a montré aucun dans la région antérieure du cou. M<sup>me</sup> Lemay prétend qu'il s'agit là d'une erreur manifeste et dominante parce que [TRADUCTION] « l'IRM s'est limitée à la colonne cervicale et au plexus brachial » et [TRADUCTION] « [e]lle n'a pas englobé la région antérieure du cou ».

[46] Le D<sup>f</sup> Peters a témoigné avoir choisi le ganglion en question parce que c'était le ganglion le plus gros et le plus facile à atteindre. Bien que M<sup>me</sup> Lemay ait laissé entendre que cela montrait qu'il s'agissait d'un chirurgien peu préoccupé par le risque accru que présentait une intervention dans le triangle postérieur, le juge du procès n'a pas souscrit à sa prétention. Se fondant sur les témoignages d'experts, le juge du procès a

conclu que c'était le chirurgien qui était le mieux placé pour décider quel ganglion fournirait suffisamment de tissus pour permettre une analyse pathologique concluante. Il y avait suffisamment de preuves à l'appui de cette conclusion. Cela correspondait à ce qu'avaient dit les deux experts en médecine qui ont témoigné. Le D<sup>r</sup> Guy a dit que [TRADUCTION] « [l]e choix du ganglion est une décision que prend le chirurgien, en fonction des ganglions présents ». Le D<sup>r</sup> Dubois n'a pas été aussi direct, mais il a catégoriquement dit que lorsqu'il choisit un ganglion lymphatique plutôt qu'un autre, le chirurgien recherche [TRADUCTION] « celui qui est le plus facilement accessible et – et qui est – qui est tuméfié ». Compte tenu du risque de lésion du nerf spinal, si tous les ganglions étaient également tuméfiés, le D<sup>r</sup> Dubois ne choisirait pas un ganglion situé dans la région du triangle postérieur, [TRADUCTION] « mais si c'était le seul ganglion lymphatique présentant une tuméfaction importante[,] ce serait probablement celui-là qu'[il] choisirai[t] ». Il a dit que la pratique courante consisterait à prendre le ganglion qui est le plus anormal et à évaluer cela à la lumière de son emplacement.

[47] Pour décrire l'intervention chirurgicale, le D<sup>r</sup> Peters a témoigné qu'il aurait choisi ce qu'il croyait être [TRADUCTION] « le ganglion le plus représentatif », c'est-à-dire le plus gros, parce qu'il donnera au pathologiste davantage de renseignements lui permettant de poser un diagnostic exact. En contre-interrogatoire, il a dit qu'un des éléments à prendre en compte dans le choix du ganglion lymphatique est l'emplacement du nerf spinal. Il a maintenu que dans le cas de M<sup>me</sup> Lemay, [TRADUCTION] « [i]l n'y avait pas d'autres ganglions qui, selon [lui], [lui] donneraient le diagnostic dont le pathologiste avait besoin ».

[48] À l'évidence, la question de savoir s'il y avait, dans la région antérieure du cou de M<sup>me</sup> Lemay, des ganglions tuméfiés qui auraient constitué une solution de rechange à l'intervention chirurgicale effractive dans le triangle postérieur est une question de fait. Les témoignages étaient contradictoires. Le rapport de consultation du D<sup>r</sup> Peters daté du 1<sup>er</sup> juin 2005 ne fait pas état de la présence de nodosités dans la partie antérieure du cou, mais un rapport du D<sup>r</sup> Pathrose daté du 1<sup>er</sup> décembre 2004 fait état de trois ganglions tuméfiés : un dans le triangle postérieur et deux dans la région du muscle

sterno-cléido-mastoïdien, muscle situé dans les couches superficielles de la partie antérieure du cou. Le docteur Paul Dubois a témoigné qu'il est probable que ces ganglions étaient tuméfiés au moment de la biopsie en juin 2005, puisqu'ils ne seraient pas devenus plus petits et n'auraient pas disparu. Toutefois, il faut interpréter ce témoignage dans son contexte. Le D<sup>r</sup> Dubois a aussi dit qu'étant donné l'emplacement de ces ganglions, [TRADUCTION] « ils étaient tous également – ils présentaient tous une égale possibilité de lésion » parce que le nerf spinal [TRADUCTION] « traverse la partie supérieure du triangle antérieur et passe ensuite sur une des faces du muscle sterno-cléido-mastoïdien ».

[49] En somme, il existait des éléments de preuve à l'appui de la conclusion du juge selon laquelle le choix d'un autre ganglion n'était pas une possibilité raisonnable dans les circonstances. Bien qu'il existe de nombreuses raisons de s'abstenir de pratiquer une intervention chirurgicale effractive dans le triangle postérieur du cou, le chirurgien doit mettre en balance ces raisons et le fait qu'il estime que s'il ne la pratique pas, il ne pourra pas prélever suffisamment de tissus pour permettre une analyse pathologique convenable et un éventuel diagnostic. Puisqu'il existe des preuves qui fondent la conclusion du juge du procès, nous sommes tenus à la déférence.

[50] Étant donné que le juge du procès a accepté le fait que le D<sup>r</sup> Peters croyait [TRADUCTION] qu'« [i]l n'y avait pas d'autres ganglions qui, selon [lui], [lui] donneraient le diagnostic dont le pathologiste avait besoin », il est inconcevable que l'on ait pu s'attendre à ce que le chirurgien discute avec M<sup>me</sup> Lemay de la possibilité de choisir un ganglion présentant moins de risques et la présente comme une solution de rechange valable. Aucun des deux experts en médecine qui ont témoigné n'a certainement laissé entendre que cela aurait dû être fait.

[51] En somme, en ce qui concerne la question du choix d'un autre ganglion, il existait des éléments de preuve à l'appui de la conclusion du juge selon laquelle [TRADUCTION] « [i]l n'était pas possible de recourir à un autre traitement pour diagnostiquer le lymphome dont le D<sup>r</sup> Peters soupçonnait l'existence » (par. 43).



[52] La possibilité d'administrer un traitement par les antibiotiques à M<sup>me</sup> Lemay est une solution qui semble n'avoir été évoquée que pendant le contre-interrogatoire de l'expert en médecine que le D<sup>r</sup> Peters a appelé à témoigner. Elle n'a pas été évoquée devant le D<sup>r</sup> Peters ni devant l'expert en médecine dont M<sup>me</sup> Lemay avait retenu les services. Se reportant à un document non identifié, l'avocat de M<sup>me</sup> Lemay a lu certains énoncés au D<sup>r</sup> Dubois et lui a demandé s'il souscrivait ou non à ces énoncés. Il a notamment demandé à l'expert s'il souscrivait à la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « l'observation ou la biopsie à l'aiguille, en cas de lymphadénopathie [c'est-à-dire de ganglions lymphatiques anormaux], sont raisonnables ». Il y souscrivait. Il a également souscrit à l'énoncé suivant : [TRADUCTION] « [L']observation ou l'aspiration à l'aiguille, sachant, toutefois, qu'une lymphadénopathie persistante peut être représentative d'une pathologie relative, comme un lymphome, est importante », mais le sens ou l'importance de cet énoncé n'a pas été approfondi. L'avocat de M<sup>me</sup> Lemay a dit ceci au D<sup>r</sup> Dubois : [TRADUCTION] « Selon l'expérience de l'auteur, il y a notamment lieu de pratiquer une biopsie du ganglion lymphatique en cas de lymphadénopathie persistante après avoir essayé les antibiotiques ». Toutefois, il ne lui a pas demandé si cette pratique était courante en 2005 ni s'il s'agissait alors d'une solution de rechange raisonnable à une biopsie ouverte lorsqu'on soupçonne un lymphome et il ne lui a pas non plus demandé comment cela s'inscrivait dans la norme de diligence à laquelle un chirurgien était tenu en 2005. Il a simplement poursuivi en demandant au D<sup>r</sup> Dubois s'il savait ou non si on avait administré à M<sup>me</sup> Lemay un traitement par les antibiotiques. Le D<sup>r</sup> Dubois ne le savait pas.

[53] L'avocat de M<sup>me</sup> Lemay a ensuite dit ceci : [TRADUCTION] « Donc, l'auteur laisse entendre qu'il faut faire un essai d'antibiotiques et ensuite vous – si l'aspiration à l'aiguille est [inconcluante], peut-être qu'ensuite vous pourriez pratiquer une biopsie ouverte ». Le D<sup>r</sup> Dubois a exprimé son accord mais a ajouté qu'en l'espèce, M<sup>me</sup> Lemay aurait subi une biopsie ouverte, expliquant qu'elle avait vu d'autres médecins qui avaient exclu la lymphadénopathie. Plus tard pendant le contre-interrogatoire, le D<sup>r</sup> Dubois a expliqué qu'un traitement par les antibiotiques, conjointement avec une

aspiration à l'aiguille qui aurait pu être pratiquée au moment où on aurait commencé à administrer les antibiotiques, n'aurait entraîné qu'un retard de [TRADUCTION] « deux semaines environ », n'aurait pas compromis l'état de santé de M<sup>me</sup> Lemay et aurait [TRADUCTION] « confirmé qu'il y avait un lymphome ». Toutefois, il a insisté, pendant toute la durée de son contre-interrogatoire, sur le fait qu'une biopsie aurait néanmoins été nécessaire, vraisemblablement pour permettre de poser ensuite un diagnostic exact. Plus tard encore, il a reconnu que bien [TRADUCTION] « [qu']il soit possible que l'administration d'un traitement par les antibiotiques ou [...] une aspiration à l'aiguille » ne soient pas concluantes, il [TRADUCTION] « est permis d'essayer cela en premier ». Il a reconnu que cette possibilité est exposée dans la littérature en raison du danger qu'il y a à pratiquer une biopsie dans le triangle postérieur du cou. Il a reconnu qu'en empruntant cette voie, on se trouve à [TRADUCTION] « exercer la diligence nécessaire ». Plus tard encore, le D<sup>f</sup> Dubois a reconnu qu'on ne devrait pas pratiquer une intervention chirurgicale dans le triangle postérieur du cou à moins que cela ne soit [TRADUCTION] « absolument essentiel » et [TRADUCTION] qu'il « faut d'abord recourir aux autres solutions qui peuvent exister ».

[54] En contre-interrogatoire toujours, le D<sup>f</sup> Dubois a témoigné que bien qu'il explique à ses patients le risque que comporte une biopsie dans le triangle postérieur du cou, dès lors qu'il juge que cette intervention est nécessaire, il ne discute pas avec eux de l'autre possibilité consistant en un traitement par les antibiotiques et une période d'observation, conjointement avec une aspiration à l'aiguille. Il ajoute qu'il pourrait lui arriver d'expliquer à un patient pourquoi l'aspiration à l'aiguille n'est pas indiquée dans les circonstances. Il convient, toutefois, qu'un traitement par les antibiotiques [TRADUCTION] « peut être administré » et a reconnu qu'un patient, conscient du risque de lésion du nerf spinal et de ses conséquences, choisirait sans doute d'abord le traitement par les antibiotiques avant de consentir à une biopsie dans le triangle postérieur du cou.

[55] Pendant le réinterrogatoire, le D<sup>f</sup> Dubois a expliqué que les antibiotiques ne sauraient traiter un lymphome. Il n'aurait recommandé ni un traitement par les

antibiotiques ni une aspiration à l'aiguille dans le cas de M<sup>me</sup> Lemay. Il aurait recommandé une biopsie.

[56] Il importe de souligner que la possibilité d'essayer un traitement par les antibiotiques, conjointement avec une aspiration à l'aiguille fine, comme solution de rechange à une biopsie ouverte, n'a pas été explorée avec le D<sup>r</sup> Peters lorsqu'il a témoigné. Elle n'a tout simplement pas été mentionnée. De même, la question n'a pas été évoquée avec le D<sup>r</sup> Guy, l'expert en médecine que M<sup>me</sup> Lemay avait appelé à témoigner dans le cadre de la présentation de sa preuve.

[57] L'omission de soulever la question auprès du D<sup>r</sup> Peters est à certains égards cruciale. On n'a pas demandé au D<sup>r</sup> Peters s'il savait que certaines personnes considéraient que l'administration d'un traitement par les antibiotiques à un patient, accompagnée d'une biopsie à l'aiguille, constituait une solution de rechange raisonnable à une biopsie ouverte lorsque le ganglion devant faire l'objet de l'excision est situé dans le triangle postérieur du cou. S'il n'était pas au courant de cette autre solution, on ne saurait lui reprocher de ne pas l'avoir proposée à M<sup>me</sup> Lemay et de ne pas lui avoir laissé le choix, à moins que l'on n'établisse qu'il aurait dû être au courant de cette autre solution. Autrement dit, la question est de savoir si un chirurgien raisonnable se trouvant dans sa situation aurait su qu'il était possible de recourir à ce procédé pour diagnostiquer un lymphome en 2005. Sur ce point, la preuve est gravement déficiente. Il n'y a tout simplement aucun élément de preuve établissant qu'en 2005, la collectivité chirurgicale estimait qu'il s'agissait là d'une possibilité raisonnable.

[58] Le D<sup>r</sup> Dubois était d'avis que dans une situation où l'on soupçonne la présence d'un lymphome, il n'y avait pas d'autre solution que de pratiquer une biopsie. Le D<sup>r</sup> Guy, quant à lui, n'a pas critiqué la décision du D<sup>r</sup> Peters de pratiquer une biopsie. Son opinion concernait la question du consentement éclairé et les soins postopératoires prodigués à la patiente. Dans son rapport, il dit que, à son avis, le [TRADUCTION] «rejet de la possibilité d'effectuer une aspiration à l'aiguille dans les ganglions lymphatiques du cou était judicieux en ce sens que lorsqu'on soupçonne la présence d'un

lymphome, il faut suffisamment de tissus pour permettre le diagnostic et la stadification voulus ».

[59] La seule preuve concernant un traitement par les antibiotiques, accompagné d'une aspiration à l'aiguille, consiste dans le fait que le D<sup>f</sup> Dubois a reconnu qu'on en parle dans la littérature comme d'une mesure permettant de poser un diagnostic dans certains cas. Toutefois, le D<sup>f</sup> Dubois ne dit pas s'il s'agissait d'une solution de rechange raisonnable qui aurait dû être exposée à un patient en 2005. En fait, comme nous l'avons vu ci-dessus, il était d'avis que, dans les circonstances, il n'y avait pas d'autres solutions que de pratiquer une biopsie. Cela semble logique si l'on songe que d'autres chirurgiens avaient déjà adopté une démarche attentiste après avoir été consultés à propos des ganglions tuméfiés. À l'évidence, aucun d'eux ne soupçonnait un lymphome.

[60] En résumé, nous ne disposons que de fort peu de renseignements sur la question du traitement par les antibiotiques accompagné d'une aspiration à l'aiguille, si ce ne sont les quelques questions posées au D<sup>f</sup> Dubois, principalement sous la forme d'énoncés faits par l'auteur inconnu d'une publication inconnue à une date inconnue.

[61] Dans une des pièces déposées par la défense, la pièce D-8, un article publié en 2002 intitulé « Management of Iatrogenic Injury to the Spinal Accessory Nerve » [Conduite à tenir en présence d'une lésion iatrogène du nerf spinal], on dit que [TRADUCTION] « l'observation ou dans certains cas une biopsie à l'aiguille est tout ce qui est nécessaire » mais ce, dans des situations où il y a [TRADUCTION] « [u]n ganglion lymphatique isolé dans le triangle postérieur chez un patient jeune et en bonne santé », parce qu'il s'agit [TRADUCTION] « habituellement des séquelles d'une infection subclinique résolutive ». Ce n'était pas le cas de M<sup>me</sup> Lemay, qui n'avait pas de ganglion isolé, qui avait précédemment consulté des médecins pour une lymphadénopathie et chez qui le D<sup>f</sup> Peters soupçonnait un lymphome.

[62] Dans les circonstances, bien que le juge du procès ne mentionne pas le traitement par les antibiotiques comme autre traitement dont il aurait fallu discuter avec M<sup>me</sup> Lemay, il n'existe aucune preuve à l'appui de la proposition selon laquelle il s'agissait là d'une solution de rechange raisonnable dans les circonstances qui nous occupent. Il n'existe aucune preuve établissant que c'était là une norme médicale à l'époque, il n'existe aucune preuve établissant que le D<sup>r</sup> Peters connaissait l'existence de la démarche proposée et il n'existe aucune preuve établissant qu'il aurait dû la connaître. D'après la preuve médicale produite au procès, il n'y avait, à l'époque, pas d'autres choix que la biopsie pour confirmer le lymphome dont le D<sup>r</sup> Peters soupçonnait la présence.

[63] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que l'omission du D<sup>r</sup> Peters d'examiner avec M<sup>me</sup> Lemay la possibilité de recourir à d'autres solutions que la biopsie du ganglion lymphatique ne constituait pas une faute de sa part.

[64] C'est à bon droit que le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « le risque de lésion du nerf spinal était un risque important qui aurait dû être porté à la connaissance de M<sup>me</sup> Lemay avant que la biopsie soit pratiquée » (par. 38). Dès lors qu'il a conclu que le D<sup>r</sup> Peters avait omis de faire connaître ce risque au moment d'obtenir le consentement de M<sup>me</sup> Lemay à l'intervention chirurgicale, la véritable question à trancher, pour ce qui concernait le consentement éclairé, est devenue celle de la causalité.

[65] Là encore, personne ne prétend que le juge a commis une erreur de droit en énonçant le critère régissant la causalité en matière de consentement éclairé. Le critère applicable veut qu'une personne raisonnable se trouvant dans la situation de M<sup>me</sup> Lemay n'eût pas consenti au traitement si elle avait été informée du risque, de l'ordre de trois à huit pour cent, d'une lésion du nerf spinal ainsi que de ses conséquences. Le moyen d'appel de M<sup>me</sup> Lemay ne s'intéresse pas au résultat auquel le juge en est arrivé en s'appuyant sur les faits tels qu'il les a exposés. Autrement dit, M<sup>me</sup> Lemay ne prétend pas que le juge a commis une erreur en concluant qu'une personne se trouvant dans sa situation aurait, s'il n'y avait pas eu d'autres solutions, consenti à la biopsie même en

étant pleinement informée du risque de lésion de l'ordre de trois à huit pour cent. Ses moyens d'appel contestent plutôt la conclusion de fait du juge sur les questions examinées ci-dessus. Puisque j'ai conclu que le juge du procès n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant qu'il n'existait pas de solution de rechange raisonnable à la biopsie du ganglion en question, sa conclusion sur la question de la causalité n'est pas vraiment une question à trancher dans le cadre du présent appel. Si elle l'avait été, je serais forcé d'admettre qu'à mon avis, la conclusion du juge à cet égard était juste.

[66] Comme l'a expliqué le juge, la présence des grosseurs dans son cou était pour M<sup>me</sup> Lemay une source de profonde inquiétude et de grande anxiété. Elle avait demandé à être orientée vers trois spécialistes différents qui n'avaient diagnostiqué aucune affection. Plus tard, elle avait eu une grosseur au sein, [TRADUCTION] « laquelle, combinée avec les grosseurs déjà présentes dans son cou et dans la région de la clavicule, était pour elle une source de vive inquiétude » (par. 40) et l'avait amenée à retourner voir son médecin de famille afin de discuter de ces préoccupations. L'inquiétude de M<sup>me</sup> Lemay a pu être exacerbée par le fait qu'elle avait une sœur qui était décédée des suites du cancer à un âge précoce. De plus, M<sup>me</sup> Lemay présentait d'autres symptômes, notamment des sueurs nocturnes. Elle savait que la biopsie lui laisserait des cicatrices et que l'intervention serait pratiquée sous anesthésie générale, avec les risques que cela suppose. Dans ces circonstances, je ne vois rien à reprocher à la conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « une personne raisonnable se trouvant dans la situation de M<sup>me</sup> Lemay aurait subi la biopsie même si elle avait été informée du risque de lésion du nerf spinal » (par. 43).

#### B. *L'exécution de la biopsie*

[67] On lit dans le mémoire de M<sup>me</sup> Lemay que les moyens d'appel qu'il faut examiner sous cette rubrique soulèvent la question de la [TRADUCTION] « causalité et de la charge de la preuve en ce qui concerne une lésion iatrogène bien connue dans l'exécution d'une biopsie dans le triangle postérieur ». Essentiellement, M<sup>me</sup> Lemay

prétend que [TRADUCTION] « la Cour a commis une erreur en n'envisageant pas de tirer une inférence de négligence dans les circonstances ». À l'appui de son argumentation concernant cet aspect de son appel, M<sup>me</sup> Lemay invoque l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, [1990] A.C.S. n° 73 (QL). Il s'agissait d'une instance se rapportant à la question de la causalité. La Cour suprême a conclu que bien que ce soit au demandeur qu'incombe la charge d'établir l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice subi par la demandeur et la négligence du défendeur, « il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à l'appui de la théorie de la causalité du demandeur » (par. 34) et qu'« en l'absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite » (par. 33).

[68] M<sup>me</sup> Lemay souligne ce qu'elle prétend être un certain nombre de défauts ou de manquements de la part du D<sup>r</sup> Peters, lesquels, affirme-t-elle, constituent des « éléments de preuve affirmative » qui justifiaient une « déduction de causalité ». Elle énumère les défauts ou manquements suivants :

[TRADUCTION]

- (i) Défaut d'établir convenablement les documents prescrits – savoir tant le rapport de consultation que le rapport postopératoire;
- (ii) Absence du renvoi pour ganglion lymphatique de la part de la D<sup>re</sup> MacDougall;
- (iii) Défaut d'explorer les différents ganglions;
- (iv) Défaut de cartographier le nerf spinal;
- (v) Défaut de rechercher et d'identifier les structures avant l'intervention et pendant l'intervention chirurgicale;
- (vi) Défaut d'informer du danger inhérent à une intervention dans le triangle postérieur;
- (vii) Défaut de rechercher des ganglions dans la région antérieure du cou;

- (viii) Défaut d'assurer un suivi lorsque sa réceptionniste l'a informé de l'appel de Lise Lemay;
- (ix) Défaut de discuter des autres traitements possibles;
- (x) Défaut de corriger des erreurs dans les rapports médicaux;
- (xi) Défaut de communiquer les renseignements contenus dans le rapport de pathologie à Lise Lemay ou à la D<sup>re</sup> MacDougall;
- (xii) Le fait de toujours exciser le [ganglion] le plus gros et le plus facilement accessible sans tenir compte des structures présentes dans le cou;
- (xiii) La seule explication reçue du D<sup>r</sup> Peters a été une variante de la phrase « je n'ai pas été aussi prudent que j'aurais pu l'être »;
- (xiv) Défaut, pendant l'intervention, de rechercher et de recenser les structures – le D<sup>r</sup> Peters n'a nulle part consigné qu'il l'aurait fait et le D<sup>r</sup> Guy dit que c'est fort probablement là la cause de la lésion.

[69] M<sup>me</sup> Lemay clôt son argumentation écrite sur cette partie de son appel en se reportant à l'énoncé du juge Sopinka, dans l'arrêt *Snell*, selon lequel « il suffit de très peu d'éléments de preuve affirmative de la part du demandeur pour justifier une déduction de causalité en l'absence de preuve contraire » (par. 30), et dit qu'elle a produit [TRADUCTION ] « de très nombreux éléments de preuve affirmative, mais la Cour a refusé de tirer une inférence quelconque, malgré l'absence complète de preuve contraire ».

[70] En toute déférence, cet argument confond les pommes et les oranges. Comme nous l'avons fait observer ci-dessus, l'affaire *Snell* était une affaire ressortissant à la causalité. La présente instance ne ressortissait pas à la causalité, sauf en ce qui concernait la question du consentement éclairé. Le juge du procès n'a eu aucune difficulté à conclure que [TRADUCTION] « la preuve établit, suivant la prépondérance des probabilités, que les blessures que M<sup>me</sup> Lemay a subies découlent d'une lésion



chirurgicale ou iatrogène du nerf spinal » (par. 23). Autrement dit, la biopsie a causé la lésion. Étant donné cette conclusion, et puisque personne n'a laissé entendre que le D<sup>f</sup> Peters n'avait pas d'obligation de diligence, la présente affaire devait être tranchée non en fonction de la question de la causalité, mais en fonction de la question de savoir si le D<sup>f</sup> Peters a pratiqué la biopsie d'une façon qui ne satisfaisait pas à la norme de diligence applicable.

[71] Sur la question de la norme de diligence, le juge du procès a examiné plusieurs des prétendus manquements dont fait état M<sup>me</sup> Lemay dans la liste reproduite ci-dessus ainsi que son argument selon lequel ces manquements [TRADUCTION] « montrent qu'il s'agissait d'un chirurgien qui était soit inconscient du risque accru que présentait une intervention dans le triangle postérieur soit peu préoccupé par ce risque » (par. 46). Le juge, toutefois, n'a pas souscrit à cette conclusion et a refusé de tirer les inférences que M<sup>me</sup> Lemay l'invitait à tirer. Ainsi, il n'était pas d'accord pour conclure que l'omission d'informer M<sup>me</sup> Lemay du risque avant la biopsie était une inférence selon laquelle le D<sup>f</sup> Peters n'était pas conscient du risque de lésion du nerf spinal et il a plutôt conclu que cela [TRADUCTION « montr[ait] qu'il s'agissait d'un chirurgien qui était conscient du risque mais qu'il ne le jugeait pas suffisamment important pour justifier sa communication » (par. 47).

[72] À l'instar des conclusions de fait, les inférences factuelles sont elles aussi susceptibles de révision d'après la norme de l'erreur manifeste et dominante. M<sup>me</sup> Lemay n'a recensé aucune erreur de cette nature. Ce qu'elle fait valoir en appel, c'est que le juge aurait dû tirer des inférences là où il a refusé de le faire. En toute déférence, ce n'est pas là une façon valable d'aborder la révision en appel. Le juge a tiré des conclusions de fait qui trouvent appui dans la preuve. Il incombe à tout appelant qui désire contester les faits en question de souligner une erreur facile à constater et de convaincre la Cour d'appel que cette erreur a eu une conséquence dominante sur le résultat.

[73] En l'espèce, aucun des experts en médecine qui ont témoigné n'a dit que [TRADUCTION] « le D<sup>f</sup> Peters n'a pas satisfait à la norme de diligence soit dans le

choix du ganglion, soit dans l'exécution de la biopsie » (par. 56). L'un d'eux, le D<sup>f</sup> Dubois, s'est dit d'avis que la description de l'intervention chirurgicale fournie par le D<sup>f</sup> Peters satisfaisait [TRADUCTION] « à la norme de diligence applicable » (par. 56). Le D<sup>f</sup> Dubois avait reconnu qu'une [TRADUCTION] « lésion du nerf peut se produire même si la technique employée était tout à fait appropriée ». À la lumière de ce qui précède, le juge était parfaitement fondé à conclure que l'on n'avait pas montré qu'il y avait eu manquement à cette norme de diligence et ce, malgré les erreurs dans la consignation des notes au dossier et les autres défauts ou manquements dont M<sup>me</sup> Lemay avait réussi à établir l'existence. En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, son existence n'ayant pas été démontrée, la conclusion du juge à cet égard échappe à l'intervention de la Cour d'appel.

C. *Les soins postopératoires*

[74] Sous cette rubrique, M<sup>me</sup> Lemay prétend que, dans l'ensemble, la conduite du D<sup>f</sup> Peters [TRADUCTION] « témoignait d'un manque de diligence général et d'un manque de sensibilité ». À l'appui de cette affirmation, M<sup>me</sup> Lemay invoque de nouveau certains des prétendus manquements énumérés ci-dessus. Dans le cadre de l'argumentation orale présentée en appel, l'avocat de M<sup>me</sup> Lemay a souligné ces manquements et en particulier le fait que le D<sup>f</sup> Peters n'avait prévu aucun suivi postopératoire. Même après que M<sup>me</sup> Lemay eut téléphoné au bureau du D<sup>f</sup> Peters pour signaler les problèmes que lui causaient son bras, aucune mesure n'a été prise en vue d'un suivi. De plus, la médecin de famille de M<sup>me</sup> Lemay avait témoigné avoir rencontré le D<sup>f</sup> Peters par hasard en octobre 2005 et l'avoir informé que M<sup>me</sup> Lemay avait des ennuis avec son bras depuis la biopsie. Néanmoins, le D<sup>f</sup> Peters n'a pris aucune mesure en vue d'un suivi. Même lorsqu'il a reçu la copie du rapport d'un spécialiste précisant que M<sup>me</sup> Lemay attendait de subir une IRM afin de déterminer la cause de la faiblesse dans la région de l'épaule gauche et du muscle trapèze, et dans lequel celui-ci était d'avis que son état découlait probablement de l'intervention chirurgicale qu'elle avait subie, le D<sup>f</sup> Peters n'a toujours pris aucune mesure en vue d'un suivi.

[75] Il n'est pas difficile de trancher ce moyen d'appel. Le juge du procès a conclu que la conduite du D<sup>r</sup> Peters, même après que celui-ci a été informé que le bras de M<sup>me</sup> Lemay lui causait des problèmes, satisfaisait à la norme de diligence applicable. Il en est arrivé à cette conclusion en s'appuyant sur le témoignage du D<sup>r</sup> Dubois et il a rejeté l'opinion du D<sup>r</sup> Guy à cet égard. C'est là une conclusion au titre de laquelle l'intervention de la Cour d'appel ne pourrait être justifiée que suivant la norme de l'erreur manifeste et dominante. Sur ce point, M<sup>me</sup> Lemay souligne un aveu fait en contre-interrogatoire dans lequel le D<sup>r</sup> Dubois a dit que si le D<sup>r</sup> Peters [TRADUCTION] « a été informé que la patiente était ... se plaignait de certains symptômes [souffrance, bras en mauvais état, douleurs à l'épaule], il y a manquement à la norme de diligence si aucune mesure n'a été prise en vue d'un certain suivi ». Elle dit que ces propos sont incompatibles avec la conclusion du juge selon laquelle l'opinion d'expert du D<sup>r</sup> Dubois était que [TRADUCTION] « les soins postopératoires prodigués par le D<sup>r</sup> Peters, plus précisément la façon dont il a répondu aux doléances que M<sup>me</sup> Lemay a formulées par téléphone, étaient conformes à la norme de diligence applicable » (par. 64).

[76] Il faut reconnaître que le D<sup>r</sup> Dubois semble s'être contredit si l'on considère la réponse susmentionnée qu'il a donnée en contre-interrogatoire. Pendant l'interrogatoire principal, il avait dit qu'il n'était pas nécessaire que le D<sup>r</sup> Peters prenne des mesures en vue d'un suivi si l'on avait dit à la patiente d'attendre quelques jours et de rappeler si le problème ne se réglait pas.

[77] Une grande part de la confusion pourrait être attribuée aux divergences entre le témoignage que M<sup>me</sup> Lemay a rendu à l'interrogatoire préalable et celui qu'elle a rendu au procès. Au procès, elle a témoigné avoir dit à la réceptionniste du D<sup>r</sup> Peters que son bras lui [TRADUCTION] « causait des problèmes », alors que la question qui a amené le D<sup>r</sup> Dubois à donner une réponse qui semble contredire ce qu'il avait dit pendant l'interrogatoire principal était plus détaillée et ne se limitait pas au cas d'une personne ayant signalé que son bras lui causait [TRADUCTION] « des problèmes ». On lui a demandé [TRADUCTION] si « la réceptionniste du D<sup>r</sup> Peters était tout à fait fondée à informer ce dernier que cette dame souffrait, avait le bras en mauvais état, éprouvait de la

douleur à l'épaule » et si le défaut d'assurer un suivi aurait entraîné un manquement à la norme de diligence applicable.

[78] Franchement, il y avait un témoignage rendu par le D<sup>f</sup> Dubois qui appuyait la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle le D<sup>f</sup> Peters avait satisfait à la norme de diligence applicable et il existait un témoignage de sa part, rendu en contre-interrogatoire, qui aurait étayé une conclusion portant que le D<sup>f</sup> Peters n'avait pas satisfait à cette norme. À l'évidence, le juge a choisi de souscrire au témoignage rendu pendant l'interrogatoire principal. À mon avis, un juge qui tire une conclusion de fait fondée sur un interrogatoire principal qu'il accepte, en choisissant de ne pas tenir compte d'un conflit apparent avec un témoignage rendu en contre-interrogatoire pour la raison de principe que le fondement factuel sur lequel reposait la question posée ne trouvait pas appui dans la preuve, ne commet pas d'erreur manifeste.

[79] Quoi qu'il en soit, même si M<sup>me</sup> Lemay avait pu établir l'existence d'une erreur manifeste et dominante pour ce qui concerne la question de la norme de diligence relativement à l'absence de suivi convenable, l'analyse ne s'arrête pas là. Il lui fallait aussi montrer que le défaut d'assurer un suivi lui a causé des dommages. Le juge du procès a examiné cette question. Il a dit que pour le cas où l'on conclurait qu'il faisait erreur sur la question de la norme de diligence pour ce qui concerne l'absence de suivi, il était de toute façon convaincu qu'un quelconque manquement à la norme de diligence n'avait ni causé ni contribué à causer des dommages. Le juge a accepté le fait que [TRADUCTION] « puisqu'il est chirurgien thoracique, si [le D<sup>f</sup> Peters] se trouvait devant une lésion nerveuse, il ne [pouvait] proposer aucune solution chirurgicale » (par. 68). Cette conclusion trouve appui non seulement dans le témoignage du D<sup>f</sup> Peters auquel le juge a souscrit, mais aussi dans les opinions du D<sup>f</sup> Dubois et du D<sup>f</sup> Guy. De plus, comme le souligne le juge, [TRADUCTION] « deux semaines après la biopsie, M<sup>me</sup> Lemay était allée voir sa médecin de famille » et ses [TRADUCTION] « soins ne relevaient plus du D<sup>f</sup> Peters » (par. 69). Lorsque la médecin de famille de M<sup>me</sup> Lemay a été mise au courant de la douleur et des problèmes de mobilité du bras qu'éprouvait sa patiente, [TRADUCTION] « elle a orienté M<sup>me</sup> Lemay vers les spécialistes compétents pour des

examens complémentaires » et [TRADUCTION] « en décembre 2005, les médecins traitants de M<sup>me</sup> Lemay avaient une compréhension complète de sa lésion nerveuse » (par. 69).

[80] Le juge a souligné que les témoignages d'experts établissaient [TRADUCTION] « [qu']il y avait de bonnes chances pour que la réparation chirurgicale du nerf spinal réussisse si elle [était] pratiquée au cours des douze » à vingt mois suivant la survenance de la lésion (par. 70). Le juge a conclu que [TRADUCTION] « la lésion a été découverte bien en deçà du délai dans lequel une réparation chirurgicale aurait des chances de réussir » et que, par conséquent, le défaut du D<sup>r</sup> Peters de voir M<sup>me</sup> Lemay après l'appel téléphonique, après sa conversation avec la médecin de famille de M<sup>me</sup> Lemay ou après avoir reçu la lettre du spécialiste, [TRADUCTION] « n'a en aucune façon causé l'affection dont M<sup>me</sup> Lemay est maintenant atteinte ou contribué à cette affection » (par. 70). Comme je l'ai souligné, il y avait suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de cette conclusion. Il s'ensuit que l'on ne saurait dire que cette conclusion est le résultat d'une erreur manifeste et dominante, savoir la norme à laquelle il aurait fallu satisfaire pour que la cour d'appel puisse intervenir.

#### D. *Les dommages-intérêts*

[81] Puisque j'en arrive à la conclusion que le rejet de l'action de M<sup>me</sup> Lemay n'est pas le résultat d'une quelconque erreur qui justifierait l'intervention en appel, il n'est pas nécessaire que j'examine le moyen d'appel relatif à l'évaluation provisoire des dommages-intérêts.

#### V. Dispositif

[82] Pour ces motifs, la compassion cédant devant l'application des principes juridiques pertinents, je suis d'avis de rejeter l'appel de M<sup>me</sup> Lemay et d'accorder des dépens dont le montant sera déterminé conformément à la Remarque (1) du Tarif « A » de la règle 59.