

**Jon Athey** *Appellant*

v.

**Ferdinando Leonati and Kevin Johnson** *Respondents*

and between

**Jon Athey** *Appellant*

v.

**Edward Alan Gagne, Dolphin Delivery (1985) Ltd. and Dolphin Transport Ltd.** *Respondents*

INDEXED AS: ATHEY v. LEONATI

File No.: 24725.

1996: June 12; 1996: October 31.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Torts — Damages — Personal Injury — Extent of liability — Pre-existing condition — Injuries suffered from two accidents — Injury complained of occurring during medically sanctioned exercise routine while recovering from second accident — Whether defendants fully liable.*

The appellant, a person with a history of back problems, suffered back and neck injuries in an accident in February 1991. While still recovering from those injuries, he suffered further injury in a second accident which occurred that April. That autumn his doctor suggested in light of his improved condition that he resume his regular exercise routine. He suffered a herniated disc while "warming up" and required surgery. The results were good but not excellent. The appellant obtained other employment that required no heavy physical duties at a reduced salary.

**Jon Athey** *Appelant*

c.

**Ferdinando Leonati et Kevin Johnson** *Intimés*

et entre

**Jon Athey** *Appelant*

c.

**Edward Alan Gagne, Dolphin Delivery (1985) Ltd. et Dolphin Transport Ltd.** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ATHEY c. LEONATI

N° du greffe: 24725.

1996: 12 juin; 1996: 31 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Responsabilité civile délictuelle — Dommages-intérêts — Préjudice corporel — Étendue de la responsabilité — État préexistant — Blessures subies dans deux accidents — La blessure en cause s'est produite au cours d'un programme d'exercices autorisé par le médecin pendant que la victime se remettait du deuxième accident — Les défendeurs sont-ils pleinement responsables?*

L'appelant, qui avait des antécédents de problèmes de dos, a été blessé au dos et au cou dans un accident en février 1991. Pendant qu'il se remettait de ces blessures, il a de nouveau été blessé dans un second accident en avril de la même année. À l'automne, vu l'amélioration de l'état de l'appelant, le médecin de ce dernier lui a suggéré de reprendre son programme d'exercices habituel. Pendant qu'il faisait des exercices d'«échauffement», l'appelant a subi une hernie discale et a dû être opéré. Les résultats ont été bons, mais non excellents. L'appelant s'est trouvé un nouvel emploi, moins bien rémunéré mais n'exigeant pas de travail physique ardu.

All parties proceeded as if there were only one defendant and only one accident, and no attempt was made to apportion fault between the respondents or between the accidents. The respondents admitted liability. There was no allegation of contributory negligence with respect to the accidents, or negligence by the appellant or his doctor in resuming the exercise program. The only issue was whether the disc herniation was caused by the injuries sustained in the accidents or whether it was attributable to the appellant's pre-existing back problems. The trial judge held that although the accidents were "not the sole cause" of the disc herniation, they played "some causative role" and awarded 25 percent of the global amount of damages assessed. An appeal to the Court of Appeal was dismissed. At issue here was (1) whether the trial judge's apportionment of causation was reversible error, and (2) whether the court of appeal wrongly limited the scope of judicial review by declining to consider the appellant's theory of liability.

*Held:* The appeal should be allowed.

A defendant is liable for any injuries caused or contributed to by his or her negligence. The presence of other non-tortious contributing causes does not reduce the extent of that liability. Loss cannot be apportioned according to the degree of causation where it is created by tortious and non-tortious causes.

Causation is established where the plaintiff proves to the civil standard that the defendant caused or contributed to the injury. The general, but not conclusive, test for causation is the "but for" test, which requires the plaintiff to show that the injury would not have occurred but for the negligence of the defendant. Where the "but for" test is unworkable, the courts have recognized that causation is established where the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury. In some circumstances an inference of causation may be drawn from the evidence without positive scientific proof. The plaintiff need not establish that the defendant's negligence was the sole cause of the injury. The law does not excuse a defendant from liability merely because other causal factors for which he or she is not responsible also helped produce the harm. It is sufficient if the defendant's negligence was a cause of the harm.

Toutes les parties ont agi comme s'il n'y avait qu'un seul défendeur et un seul accident, et personne n'a cherché à répartir la faute entre les intimés ou entre les accidents. Les intimés ont admis leur responsabilité. On n'a pas invoqué une quelconque négligence contributive de la victime relativement aux accidents ou une négligence de la part de M. Athey ou de son médecin pour la reprise du programme d'exercices. La seule question en litige était de savoir si l'hernie discale avait été causée par les blessures subies lors des accidents ou si elle était attribuable aux problèmes de dos préexistants de l'appellant. Le juge de première instance a conclu que, même si les accidents n'avaient «pas été la seule cause» de l'hernie discale, ils avaient été «un facteur de causalité», et elle a accordé 25 pour 100 du montant global des dommages-intérêts déterminés. L'appel à la Cour d'appel a été rejeté. Il s'agissait en l'espèce de décider (1) si la décision du juge de première instance de répartir la responsabilité entre les facteurs de causalité était une erreur donnant ouverture à révision, et (2) si la Cour d'appel avait à tort limité la portée du contrôle judiciaire en refusant d'examiner la théorie de la responsabilité avancée par l'appellant.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le défendeur est responsable des dommages qu'il a, par sa négligence, causés ou contribué à causer. La présence d'autres facteurs non délictuels concourants ne réduit pas sa responsabilité. La responsabilité ne peut être répartie en fonction du degré de causalité lorsque le préjudice est imputable à des facteurs délictuels et à des facteurs non délictuels.

La causalité est établie si le demandeur prouve, selon la norme applicable en matière civile, que le défendeur a causé le préjudice ou y a contribué. Le critère général, quoique non décisif, en matière de causalité est celui du «facteur déterminant» («*but for test*»), selon lequel le demandeur est tenu de prouver que le préjudice ne serait pas survenu sans la négligence du défendeur. Dans les cas où le critère du facteur déterminant n'est pas applicable, les tribunaux ont reconnu que la causalité était établie si la négligence du défendeur avait «contribué de façon appréciable» au préjudice. Dans certaines circonstances, une inférence de causalité peut être tirée, même en l'absence de preuve scientifique positive. Le demandeur n'a pas à établir que la négligence du défendeur a été la seule cause du préjudice. En droit, la responsabilité du défendeur n'est pas écartée du seul fait que d'autres facteurs qui ne lui sont pas imputables ont contribué au préjudice. Il suffit que la négligence du défendeur ait été une cause du préjudice.

Apportionment between tortious and non-tortious causes is contrary to the principles of tort law because the defendant would escape full liability even though he or she caused or contributed to the plaintiff's entire injuries. The plaintiff would not be adequately compensated, since he or she would not be placed in the original position he or she would be in absent the defendant's negligence.

Separation of distinct and divisible injuries is not truly apportionment; it is simply making each defendant liable only for the injury he or she has caused, according to the usual rule. Separation is also permitted where some of the injuries have tortious causes and some have non-tortious causes. Again, such cases merely recognize that the defendant is not liable for injuries which were not caused by his or her negligence. Here, the disc herniation was a single indivisible injury so division was neither possible nor appropriate. Any defendant found to have negligently caused or contributed to the disc herniation will be fully liable for it.

The disc herniation was a past event which cannot be addressed in terms of probabilities. Once the plaintiff met the burden of proving that the injuries sustained in the accidents caused or contributed to the disc herniation, causation must be accepted as a certainty. Hypothetical events (such as how the plaintiff's life would have proceeded without the tortious injury) or future events need not be proven on a balance of probabilities and are simply given weight according to their relative likelihood.

An analogy cannot be drawn to those cases where an unrelated event, such as a disease or non-tortious accident, occurs after the plaintiff is injured. The plaintiff's loss is the difference between the original position the plaintiff would have been in absent the defendant's negligence and the plaintiff's position after the tort. Where an intervening event unrelated to the tort affects the plaintiff's "original position", the net loss is not as great as it might have otherwise seemed, so damages would be reduced to reflect this. Here, the disc herniation was found to be the product of the accidents and not an independent intervening event. It accordingly did not affect

La répartition de la responsabilité entre les facteurs délictuels et non délictuels est contraire aux principes du droit de la responsabilité délictuelle parce que le défendeur échapperait ainsi à la pleine responsabilité, même s'il a causé ou contribué à causer la totalité du préjudice subi par le demandeur. Ce dernier ne serait pas indemnisé suffisamment, puisqu'il ne serait pas rétabli dans la situation originale où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur.

Le fait de séparer des préjudices distincts et divisibles ne constitue pas véritablement une répartition de la responsabilité, mais revient simplement à tenir chaque défendeur responsable uniquement du préjudice qu'il a causé, conformément à la règle habituelle. La séparation est également permise lorsque certains préjudices sont imputables à des causes délictuelles et d'autres à des causes non délictuelles. Encore une fois, de tels cas ne font que reconnaître que le défendeur n'est pas responsable des préjudices qui n'ont pas été causés par sa négligence. En l'espèce, l'hernie discale était un préjudice unique et indivisible, de sorte que la division n'était ni possible ni opportune. Tout défendeur qui sera jugé avoir, par sa négligence, causé ou contribué à causer le préjudice en sera tenu pleinement responsable.

L'hernie discale était un fait passé qui ne peut être exprimé en probabilités. Une fois que le demandeur s'est acquitté de la charge de prouver que le préjudice subi lors des accidents a causé ou contribué à causer l'hernie discale, le lien de causalité doit être tenu pour certain. Des événements hypothétiques (par exemple la vie qu'aurait menée le demandeur sans le préjudice délictuel subi) ou futurs n'ont pas à être prouvés selon la prépondérance des probabilités. Au contraire, on leur accorde simplement un certain poids en fonction de leur probabilité relative.

On ne peut faire d'analogie avec les cas où un fait indépendant, tel une maladie ou un accident dont la cause n'est pas délictuelle, se produit après que le demandeur a subi le préjudice. Le préjudice subi par le demandeur correspond à la différence entre la situation originale dans laquelle ce dernier aurait été n'eût été la négligence du défendeur et sa situation après le délit. Lorsqu'un fait subséquent n'ayant aucun rapport avec le délit a une incidence sur la «situation originale» du demandeur, la perte nette est moins importante qu'elle peut sembler par ailleurs, de sorte que le tribunal réduit les dommages-intérêts pour tenir compte de cette différence. En l'espèce, il a été jugé que l'hernie discale était le résultat des accidents et non un fait subséquent indépendant. Elle n'a donc pas eu d'incidence sur l'évalua-

the assessment of the plaintiff's "original position" and thereby reduce the net loss experienced by the plaintiff.

The "crumbling skull" argument does not succeed on the facts as found by the trial judge. This rule simply recognizes that the pre-existing condition was inherent in the plaintiff's "original position". The defendant need not put the plaintiff in a position better than his or her original position. The defendant is liable for the additional damage but not the pre-existing damage. Here, there was no finding of any measurable risk that the disc herniation would have occurred without the accident, and there was therefore no basis to reduce the award to take into account any such risk.

The loss of chance doctrine whereby the plaintiffs may be compensated where their only loss is the loss of a chance at a favourable opportunity or of a chance of avoiding a detrimental event did not need to be considered here. The factual findings did not support the contention that the loss would be the loss of a chance of avoiding the disc herniation. The finding at trial was that the accidents contributed to the actual disc herniation itself.

The warming-up incident was not a cause but rather the effect. It was the injury. Mere stretching alone was not sufficient to cause disc herniation in the absence of some latent disposition or previous injuries. There was no suggestion of negligence on the appellant's part.

The 25 percent contribution of the two accidents to the disc herniation assessed by the trial judge fell outside the *de minimis* range and therefore constituted a material contribution sufficient to render the defendant fully liable for the damages flowing from the disc herniation. Notwithstanding the plaintiff's back problems before the accident, it was reasonable to infer a causal connection (which was supported by the evidence) between the disc herniation and the two accidents. Once it is proven that the defendant's negligence was a cause of the injury, there is no reduction of the award to reflect the existence of non-tortious background causes. The thin skull rule reinforces that conclusion.

This appeal involved a straightforward application of the thin skull rule. The pre-existing disposition may have aggravated the injuries, but the defendant must take the plaintiff as he finds him. If the defendant's

tion de la «situation originale» du demandeur et, de ce fait, elle ne réduit pas la perte nette subie par ce dernier.

L'argument des intimés fondé sur la vulnérabilité de la victime (*crumbling skull*) doit être rejeté à la lumière des faits constatés par le juge de première instance. Cette règle reconnaît simplement que l'état préexistant du demandeur était inhérent à sa «situation originale». Le défendeur n'a pas à rétablir le demandeur dans une situation meilleure que sa situation originale. Le défendeur est responsable des dommages supplémentaires mais non des dommages préexistants. En l'espèce, le juge de première instance n'a pas conclu à l'existence de quelque risque mesurable que l'hernie discale se serait produite sans l'accident, et il n'y avait donc aucune raison de réduire le montant de l'indemnité pour tenir compte d'un tel risque.

La doctrine de la perte de possibilités, selon laquelle le demandeur peut être indemnisé si sa seule perte est la perte de la possibilité de profiter d'une occasion favorable ou la perte de la possibilité d'éviter un préjudice, n'avait pas à être examinée en l'espèce. Les conclusions de fait n'étaient pas la prétention que le préjudice était la perte de la possibilité d'éviter l'hernie discale. Au procès, on a plutôt conclu que les accidents avaient concrètement contribué à l'hernie discale elle-même.

L'incident au cours des exercices d'échauffement n'était pas une cause mais plutôt l'effet. C'était le préjudice. Le simple fait de s'étirer n'était pas suffisant pour causer l'hernie discale en l'absence de quelque état latent ou blessure antérieure. Personne n'a prétendu qu'il y avait eu négligence de la part de l'appelant.

Le juge de première instance a déterminé que les deux accidents ont contribué pour 25 pour 100 à l'hernie discale, contribution plus que minimale et, partant, contribution appréciable suffisante pour que le défendeur soit tenu pleinement responsable des dommages résultant de l'hernie discale. Même si le demandeur éprouvait des problèmes de dos avant les accidents, il était raisonnable d'inférer un lien de causalité (d'ailleurs étayé par la preuve) entre l'hernie discale et les deux accidents. Une fois qu'il est prouvé que le défendeur a, par sa négligence, été une cause du préjudice, le montant de l'indemnité ne doit pas être réduit pour tenir compte de l'existence de facteurs non délictuels. La règle de la vulnérabilité de la victime renforce cette conclusion.

Le présent pourvoi est un cas d'application simple de la règle de la vulnérabilité de la victime. Il est possible que la prédisposition ait aggravé les blessures du demandeur, mais le défendeur doit néanmoins prendre

negligence exacerbated the existing condition and caused it to manifest in a disc herniation, then the defendant is a cause of the disc herniation and is fully liable.

### Cases Cited

**Considered:** *Jobling v. Associated Dairies Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 752; *Penner v. Mitchell* (1978), 89 D.L.R. (3d) 343; **referred to:** *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008; *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441; *Myers v. Peel County Board of Education*, [1981] 2 S.C.R. 21; *Bonnington Castings, Ltd. v. Wardlaw*, [1956] 1 All E.R. 615; *R. v. Pinsky* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114, aff'd [1989] 2 S.C.R. 979; *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475; *School Division of Assiniboine South, No. 3 v. Greater Winnipeg Gas Co.*, [1971] 4 W.W.R. 746, aff'd [1973] 6 W.W.R. 765 (S.C.C.), [1973] S.C.R. vi; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Malec v. J. C. Hutton Proprietary Ltd.* (1990), 169 C.L.R. 638; *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; *Schrump v. Koot* (1977), 18 O.R. (2d) 337; *Graham v. Rourke* (1990), 74 D.L.R. (4th) 1; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516.

### Authors Cited

Cooper-Stephenson, Ken. *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.  
 Fleming, John G. "Probabilistic Causation in Tort Law" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 661.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.  
 King, Joseph H. "Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences" (1981), 90 *Yale L.J.* 1353.  
 Munkman, John. *Damages for Personal Injuries and Death*, 9th ed. London: Butterworths, 1993.  
 Sopinka, John and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1995] B.C.J. No. 666, 54 A.C.W.S. (3d) 503, dismissing an appeal from a judgment of Boyd J. (1994), 44 A.C.W.S. (3d) 908. Appeal allowed.

*Thomas R. Berger, Q.C.*, and *Frits Verhoeven*, for the appellant.

ce dernier comme il est. Si, par sa négligence, le défendeur a exacerbé l'état existant et contribué à ce qu'il se manifeste sous forme d'hernie discale, le défendeur est alors une cause de cette hernie, et il est pleinement responsable.

### Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *Jobling c. Associated Dairies Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 752; *Penner c. Mitchell* (1978), 89 D.L.R. (3d) 343; **arrêts mentionnés:** *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *McGhee c. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008; *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441; *Myers c. Peel County Board of Education*, [1981] 2 R.C.S. 21; *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*, [1956] 1 All E.R. 615; *R. c. Pinsky* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114, conf. par [1989] 2 R.C.S. 979; *Alphacell Ltd. c. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475; *School Division of Assiniboine South, No. 3 c. Greater Winnipeg Gas Co.*, [1971] 4 W.W.R. 746, conf. par [1973] 6 W.W.R. 765 (C.S.C.), [1973] R.C.S. vi; *Mallett c. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Malec c. J. C. Hutton Proprietary Ltd.* (1990), 169 C.L.R. 638; *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; *Schrump c. Koot* (1977), 18 O.R. (2d) 337; *Graham c. Rourke* (1990), 74 D.L.R. (4th) 1; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516.

### Doctrine citée

Cooper-Stephenson, Ken. *Personal Injury Damages in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.  
 Fleming, John G. «Probabilistic Causation in Tort Law» (1989), 68 *R. du B. can.* 661.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.  
 King, Joseph H. «Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences» (1981), 90 *Yale L.J.* 1353.  
 Munkman, John. *Damages for Personal Injuries and Death*, 9th ed. London: Butterworths, 1993.  
 Sopinka, John and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1995] B.C.J. No. 666, 54 A.C.W.S. (3d) 503, qui a rejeté un appel interjeté contre un jugement du juge Boyd (1994), 44 A.C.W.S. (3d) 908. Pourvoi accueilli.

*Thomas R. Berger, c.r.*, et *Frits Verhoeven*, pour l'appelant.

*Patrick G. Foy and Vincent R. Orchard, for the respondents.*

*Patrick G. Foy et Vincent R. Orchard, pour les intimés.*

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

MAJOR J. — The appellant suffered back injuries in two successive motor vehicle accidents, and soon after experienced a disc herniation during a mild stretching exercise. The herniation was caused by a combination of the injuries sustained in the two motor vehicle accidents and a pre-existing disposition. The issue in this appeal is whether the loss should be apportioned between tortious and non-tortious causes where both were necessary to create the injury.

LE JUGE MAJOR — D'abord blessé au dos dans deux accidents d'automobile successifs, l'appelant a peu après subi une hernie discale en faisant un léger exercice d'étirement. L'hernie a été causée par l'effet conjugué d'une prédisposition et des blessures subies lors des deux accidents d'automobile. Il faut, dans le présent pourvoi, décider s'il y a lieu de répartir la responsabilité entre les causes délictuelles et non délictuelles lorsque les deux types de causes ont été nécessaires pour donner lieu au préjudice.

#### I. Facts

The appellant, Jon Athey, was injured in two motor vehicle accidents, the first of which took place in February 1991 and the second in April 1991. Before the accidents, he worked as an autobody repairman and body shop manager at Budget Rent-A-Car. He was 43 years old, with a history of minor back problems since 1972.

#### I. Les faits

L'appelant, Jon Athey, a été blessé dans deux accidents d'automobile, le premier en février 1991 et le second en avril de la même année. Avant ces accidents, il a occupé les emplois de tôlier et de chef d'atelier de débosselage chez Budget Rent-A-Car. Il avait 43 ans et souffrait de légers problèmes de dos depuis 1972.

In the first accident, the appellant's vehicle was demolished by front and rear end collisions. He was taken to the hospital, examined and released. Almost immediately, he began to suffer from pain and stiffness in his neck and back. Physiotherapy and chiropractic treatments were prescribed and he was on the way to recovery when the second accident occurred.

Lors du premier accident, le véhicule de l'appelant a été démolé après avoir été embouti par l'avant et par l'arrière. Après avoir été emmené à l'hôpital et examiné, l'appelant a obtenu son congé. Presque immédiatement, il a commencé à éprouver des douleurs et une raideur au cou et au dos. Des traitements de physiothérapie et de chiropraxie lui ont été prescrits, et il était en voie de rétablissement quand le second accident s'est produit.

In the second accident, a semitrailer truck crossed into his lane of traffic and hit his vehicle head-on. His immediate injuries did not appear to be severe. He did not lose consciousness and was able to walk from the wrecked vehicle. He continued to work full time at light tasks and managerial work but did not perform any duties involving heavy labour. The appellant continued his physiotherapy and chiropractic treatment. By the fall of

Lors du second accident, une semi-remorque a traversé la ligne médiane et heurté de front le véhicule de l'appelant. Sur le coup, ses blessures n'ont pas semblé graves. Il n'a pas perdu conscience et a pu sortir du véhicule par ses propres moyens. Il a continué à travailler à plein temps, exécutant des tâches peu ardues et des fonctions de gestion, mais non des gros travaux. Il a continué ses traitements de physiothérapie et de chiropraxie. À l'automne

1991, his condition had improved and he was again on the road to recovery.

5 In light of the improvements in the appellant's condition, his doctor suggested that he try to resume his regular exercise routine. The appellant went to a health club where, while stretching as part of his warm-up, he felt a 'pop' in his back and immediately experienced a great deal of pain. He hobbled to the showers, dressed and returned home. By the next morning, he was unable to move. He was transported by ambulance to the hospital, where he remained for three weeks.

6 His condition was diagnosed as a disc herniation, which was ultimately treated by surgery (a discectomy) and more physiotherapy. The doctor described the result of the surgery as "good, but not excellent". Mr. Athey obtained alternative employment as a manager at another company, where he would not have heavy physical duties. The new job paid him less than the old.

7 The respondents were represented at trial by the same counsel. All parties proceeded as if there were only one defendant and only one accident, and no attempt was made to apportion fault between the respondents or between the accidents. The respondents admitted liability. There was no allegation of contributory negligence with respect to the accidents, or negligence by Mr. Athey or his doctor in resuming the exercise program. The only issue was whether the disc herniation was caused by the injuries sustained in the accidents or whether it was attributable to the appellant's pre-existing back problems.

## II. Judicial History

### A. *Supreme Court of British Columbia*

8 The trial judge held that although the accidents were "not the sole cause" of the disc herniation, they played "some causative role". She stated:

de 1991, son état s'était amélioré et il était de nouveau sur le point de se rétablir.

Vu l'amélioration de l'état de l'appellant, son médecin lui a suggéré d'essayer de reprendre son programme d'exercices habituel. L'appellant s'est rendu à un centre de culture physique où, pendant qu'il s'étirait pour s'échauffer, il a ressenti un claquement dans le dos, immédiatement suivi de douleurs très vives. Il s'est dirigé en clopinant vers les douches, s'est habillé et est retourné chez lui. Le lendemain matin, il ne pouvait plus bouger. Il a été transporté en ambulance à l'hôpital, où il est resté trois semaines.

On a diagnostiqué une hernie discale, qui a été soignée au moyen d'une opération chirurgicale (discectomie) et de traitements de physiothérapie. D'après le médecin, les résultats de la chirurgie ont été [TRADUCTION] «bons, mais non excellents». Monsieur Athey s'est trouvé, chez un autre employeur, un poste de gestionnaire n'exigeant pas de travail physique ardu, mais moins bien rémunéré que son ancien emploi.

Au procès, les intimés étaient représentés par le même avocat. Toutes les parties ont agi comme s'il n'y avait qu'un seul défendeur et un seul accident, et personne n'a cherché à répartir la faute entre les intimés ou entre les accidents. Les intimés ont admis leur responsabilité. On n'a pas invoqué une quelconque négligence contributive de la victime relativement aux accidents ou une négligence de la part de M. Athey ou de son médecin pour la reprise du programme d'exercices. La seule question en litige était de savoir si l'hernie discale avait été causée par les blessures subies lors des accidents ou si elle était attribuable aux problèmes de dos préexistants de l'appellant.

## II. Les décisions des juridictions inférieures

### A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge de première instance a conclu que, même si les accidents n'avaient [TRADUCTION] «pas été la seule cause» de l'hernie discale, ils avaient été «un facteur de causalité». Elle a dit ceci:

In my view, the plaintiff has proven, on a balance of probabilities, that the injuries suffered in the two earlier accidents contributed to some degree to the subsequent disc herniation. I believe, however, that the accidents were but a minor contributing factor. To the extent that such factors can be expressed in terms of percentages, I fix the accidents causation factor as no more than 25%.

She assessed the appellant's damages, including past wage loss, future wage loss, non-pecuniary damages and special damages, at \$221,516.78. Since she held that the accidents were only a 25 percent cause of the disc herniation, she awarded 25 percent of the global amount to the appellant.

#### B. *Court of Appeal*, [1995] B.C.J. No. 666

Southin J.A. observed that counsel for the appellant put forward a "most interesting argument" that the appellant was entitled to 100 percent of the damages resulting from the disc herniation, given the finding of fact that the negligence of the respondents was a cause of the disc herniation. She declined to consider this argument, at paras. 8 and 9:

Unfortunately, it is plain to us that the application of those authorities, and more particularly the meaning of the phrase in them of "material contribution", was never put to the learned trial judge.

In my view, it would not be appropriate for us to address a theory of liability for the disc herniation which was not advanced before the learned trial judge who was not, in my view, in her reasons for judgment addressing the concepts of those authorities.

Accordingly, the appeal was dismissed.

### III. Issues

1. Whether the Court of Appeal erred in failing to hold that the trial judge's apportionment of causation was reversible error.

[TRADUCTION] À mon avis, le demandeur a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que les blessures subies lors des deux accidents antérieurs ont, dans une certaine mesure, contribué à l'hernie discale subséquente. J'estime toutefois que les accidents n'ont été qu'un facteur de causalité mineur. Dans la mesure où de tels facteurs peuvent être exprimés en pourcentage, je fixe à tout au plus 25 pour 100 le pourcentage de contribution des accidents à la réalisation du dommage.

Elle a évalué à 221 516,78 \$ les dommages subis par l'appellant, y compris la perte de salaire pour le passé et l'avenir, les dommages non pécuniaires et les dommages spéciaux. Estimant que les accidents n'avaient contribué à causer le préjudice que dans une proportion de 25 pour 100, elle a accordé 25 pour 100 de l'indemnité globale à l'appellant.

#### B. *La Cour d'appel*, [1995] B.C.J. No. 666

Le juge Southin a fait observer que l'avocat de l'appellant avait avancé un [TRADUCTION] «argument des plus intéressants», savoir que, vu la conclusion de fait que la négligence des intimés était une des causes de l'hernie discale, l'appellant avait droit à la totalité des dommages-intérêts résultant de l'hernie. Elle a toutefois refusé d'examiner cet argument, disant ceci, aux par. 8 et 9:

[TRADUCTION] Malheureusement, il nous apparaît évident que l'on n'a à aucun moment fait valoir, devant le juge de première instance, que ces arrêts, en particulier, le sens de l'expression «contribution appréciable» qui s'y trouve, étaient applicables.

À mon avis, il serait inapproprié que nous examinions, eu égard à l'hernie discale, une théorie de la responsabilité que l'on n'a pas fait valoir devant le juge de première instance qui, à mon sens, n'a pas abordé dans ses motifs les principes formulés dans les décisions en question.

Par conséquent, l'appel a été rejeté.

### III. Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en ne concluant pas que la répartition de la responsabilité entre les facteurs de causalité faite par le juge de première instance était une erreur donnant ouverture à révision de la décision de cette dernière?

9

10

11



2. Whether the Court of Appeal erred in limiting the scope of judicial review by declining to consider the appellant's theory of liability.

2. La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en limitant la portée du contrôle judiciaire par son refus d'examiner la théorie de la responsabilité avancée par l'appelant?

#### IV. Analysis

#### IV. L'analyse

The respondents' position is that where a loss is created by tortious and non-tortious causes, it is possible to apportion the loss according to the degree of causation. This is contrary to well-established principles. It has long been established that a defendant is liable for any injuries caused or contributed to by his or her negligence. If the defendant's conduct is found to be a cause of the injury, the presence of other non-tortious contributing causes does not reduce the extent of the defendant's liability.

Les intimés soutiennent que, lorsqu'un préjudice est imputable à des facteurs délictuels et non délictuels, il est possible de répartir la responsabilité en fonction du degré de causalité. Cette thèse va à l'encontre des principes bien établis. Il est établi depuis longtemps que le défendeur est responsable des dommages qu'il a, par sa négligence, causés ou contribué à causer. S'il est jugé que sa conduite a été une des causes du préjudice, la présence d'autres facteurs non délictuels ne réduit pas l'étendue de sa responsabilité.

##### A. *General Principles*

##### A. *Les principes généraux*

Causation is established where the plaintiff proves to the civil standard on a balance of probabilities that the defendant caused or contributed to the injury: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.).

La causalité est établie si le demandeur prouve, selon la norme applicable en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités, que le défendeur a causé le préjudice ou y a contribué: *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *McGhee c. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.).

The general, but not conclusive, test for causation is the "but for" test, which requires the plaintiff to show that the injury would not have occurred but for the negligence of the defendant: *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441.

Le critère général, quoique non décisif, en matière de causalité est celui du «facteur déterminant» («*but for test*»), selon lequel le demandeur est tenu de prouver que le préjudice ne serait pas survenu sans la négligence du défendeur: *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441.

The "but for" test is unworkable in some circumstances, so the courts have recognized that causation is established where the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury: *Myers v. Peel County Board of Education*, [1981] 2 S.C.R. 21; *Bonnington Castings, Ltd. v. Wardlaw*, [1956] 1 All E.R. 615 (H.L.); *McGhee v. National Coal Board*, *supra*. A contributing factor is material if it falls outside the *de minimis* range: *Bonnington Castings, Ltd. v. Wardlaw*, *supra*; see also *R. v. Pinsky* (1988), 30

Comme le critère du facteur déterminant n'est pas applicable dans certaines circonstances, les tribunaux ont reconnu que la causalité était établie si la négligence du défendeur avait «contribué de façon appréciable» au préjudice: arrêts *Myers c. Peel County Board of Education*, [1981] 2 R.C.S. 21; *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*, [1956] 1 All E.R. 615 (H.L.); *McGhee c. National Coal Board*, précité. Un facteur concourant est important s'il a eu une incidence plus que minimale: arrêt *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*,

B.C.L.R. (2d) 114 (B.C.C.A.), aff'd [1989] 2 S.C.R. 979.

In *Snell v. Farrell*, *supra*, this Court recently confirmed that the plaintiff must prove that the defendant's tortious conduct caused or contributed to the plaintiff's injury. The causation test is not to be applied too rigidly. Causation need not be determined by scientific precision; as Lord Salmon stated in *Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, at p. 490, and as was quoted by Sopinka J. at p. 328, it is "essentially a practical question of fact which can best be answered by ordinary common sense". Although the burden of proof remains with the plaintiff, in some circumstances an inference of causation may be drawn from the evidence without positive scientific proof.

It is not now necessary, nor has it ever been, for the plaintiff to establish that the defendant's negligence was the sole cause of the injury. There will frequently be a myriad of other background events which were necessary preconditions to the injury occurring. To borrow an example from Professor Fleming (*The Law of Torts* (8th ed. 1992) at p. 193), a "fire ignited in a wastepaper basket is . . . caused not only by the dropping of a lighted match, but also by the presence of combustible material and oxygen, a failure of the cleaner to empty the basket and so forth". As long as a defendant is part of the cause of an injury, the defendant is liable, even though his act alone was not enough to create the injury. There is no basis for a reduction of liability because of the existence of other preconditions: defendants remain liable for all injuries caused or contributed to by their negligence.

This proposition has long been established in the jurisprudence. Lord Reid stated in *McGhee v. National Coal Board*, *supra*, at p. 1010:

It has always been the law that a pursuer succeeds if he can shew that fault of the defender caused or materi-

précité; voir aussi *R. c. Pinske* (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 114 (C.A.C.-B.), conf. par [1989] 2 R.C.S. 979.

Dans *Snell c. Farrell*, précité, notre Cour a récemment confirmé que le demandeur doit prouver que la conduite délictueuse du défendeur a causé ou contribué à causer le préjudice. Le critère en matière de causalité ne doit pas être appliqué de façon trop rigide. La causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique. Comme l'a dit Lord Salmon dans *Alphacell Ltd. c. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, à la p. 490, passage cité par le juge Sopinka à la p. 328, il s'agit «essentiellement [d']une question de fait pratique à laquelle on peut mieux répondre par le bon sens ordinaire». Bien que la charge de la preuve incombe au demandeur, une inférence de causalité peut être tirée, dans certaines circonstances, même en l'absence de preuve scientifique positive.

Il n'est pas et il n'a jamais été nécessaire que le demandeur établisse que la négligence du défendeur a été la seule cause du préjudice. Fréquemment, une myriade d'autres facteurs ont été des préalables nécessaires à la réalisation du préjudice. Pour reprendre un exemple du professeur Fleming, (*The Law of Torts* (8<sup>e</sup> éd. 1992), à la p. 193), [TRADUCTION] «un incendie dans une corbeille à papier est [. . .] causé non seulement par le fait d'y jeter une allumette enflammée, mais aussi par la présence de matériaux combustibles et d'oxygène, par l'omission du nettoyeur de vider le panier et par d'autres facteurs du genre». Dans la mesure où le défendeur est en partie la cause du préjudice, il engage sa responsabilité, même si son acte était insuffisant à lui seul pour concrétiser le préjudice. Il n'y a aucune raison de réduire la responsabilité parce qu'il existait d'autres préalables: le défendeur reste responsable de tout préjudice qu'il a causé ou contribué à causer par sa négligence.

Cette proposition est établie depuis longtemps dans la jurisprudence. Dans l'arrêt *McGhee c. National Coal Board*, précité, lord Reid a dit ceci, à la p. 1010:

[TRADUCTION] En droit, il est établi depuis toujours que le demandeur a gain de cause s'il peut démontrer

16

17

18

ally contributed to his injury. There may have been two separate causes but it is enough if one of the causes arose from fault of the defender. The pursuer does not have to prove that this cause would of itself have been enough to cause him injury.

que la faute du défendeur lui a causé préjudice ou y a contribué de façon appréciable. Il est possible qu'il y ait deux causes distinctes au préjudice, mais il suffit que l'une de ces causes soit imputable à la faute du défendeur. Le demandeur n'a pas à prouver que cette cause aurait été en soi suffisante pour lui causer un préjudice.

19 The law does not excuse a defendant from liability merely because other causal factors for which he is not responsible also helped produce the harm: Fleming, *supra*, at p. 200. It is sufficient if the defendant's negligence was a cause of the harm: *School Division of Assiniboine South, No. 3 v. Greater Winnipeg Gas Co.*, [1971] 4 W.W.R. 746 (Man. C.A.), at p. 753, *aff'd* [1973] 6 W.W.R. 765 (S.C.C.), [1973] S.C.R. vi; Ken Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada* (2nd ed. 1996), at p. 748.

En droit, la responsabilité du défendeur n'est pas écartée du seul fait que d'autres facteurs qui ne lui sont pas imputables ont contribué au préjudice: Fleming, *op. cit.*, à la p. 200. Il suffit que la négligence du défendeur ait été une cause du préjudice: *School Division of Assiniboine South, No. 3 c. Greater Winnipeg Gas Co.*, [1971] 4 W.W.R. 746 (C.A. Man.), à la p. 753, *conf. par* [1973] 6 W.W.R. 765 (C.S.C.), [1973] R.C.S. vi; Ken Cooper-Stephenson, *Personal Injury Damages in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1996), à la p. 748.

20 This position is entrenched in our law and there is no reason at present to depart from it. If the law permitted apportionment between tortious causes and non-tortious causes, a plaintiff could recover 100 percent of his or her loss only when the defendant's negligence was the sole cause of the injuries. Since most events are the result of a complex set of causes, there will frequently be non-tortious causes contributing to the injury. Defendants could frequently and easily identify non-tortious contributing causes, so plaintiffs would rarely receive full compensation even after proving that the defendant caused the injury. This would be contrary to established principles and the essential purpose of tort law, which is to restore the plaintiff to the position he or she would have enjoyed but for the negligence of the defendant.

Il s'agit d'un principe consacré dans notre droit, et il n'existe, à ce moment-ci, aucune raison d'y déroger. Si le droit permettait de répartir la responsabilité entre les causes délictuelles et non délictuelles, le demandeur ne pourrait recouvrer la totalité de ses pertes que si la négligence du défendeur était la seule cause du préjudice. Comme la plupart des événements résultent d'un ensemble complexe de causes, il arrive fréquemment que des facteurs non délictuels contribuent au préjudice. Par conséquent, dans bien des cas, le défendeur pourrait facilement trouver des causes non délictuelles, et le demandeur obtiendrait rarement une indemnité complète, même après avoir prouvé que le défendeur a causé le préjudice. Ce résultat serait contraire aux principes établis et au but essentiel du droit de la responsabilité civile délictuelle, qui est de rétablir le demandeur dans la situation où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur.

### B. *Inapplicability of Respondents' Analogies*

### B. *L'inapplicabilité des analogies faites par les intimés*

21 The respondents attempted to relate the present case to those where apportionment had been made. Consideration of the principles of tort law shows that none of the apportionment cases is analogous to this appeal. A review of the respondents' six

Les intimés ont tenté de rapprocher la présente espèce d'autres affaires où il y a eu répartition de la responsabilité. Il ressort de l'examen des principes du droit de la responsabilité civile délictuelle qu'aucune de ces affaires de répartition n'est analogue au présent pourvoi. L'examen des six cas analogues évoqués par les intimés révélera

analogies will show why apportionment was appropriate in those cases but not here.

### (1) Multiple Tortious Causes

The respondents argued that apportionment between tortious and non-tortious causes should be permitted just as it is where multiple tortfeasors cause the injury. The two situations are not analogous. Apportionment between tortious causes is expressly permitted by provincial negligence statutes and is consistent with the general principles of tort law. The plaintiff is still fully compensated and is placed in the position he or she would have been in but for the negligence of the defendants. Each defendant remains fully liable to the plaintiff for the injury, since each was a cause of the injury. The legislation simply permits defendants to seek contribution and indemnity from one another, according to the degree of responsibility for the injury.

In the present case, the suggested apportionment is between tortious and non-tortious causes. Apportionment between tortious and non-tortious causes is contrary to the principles of tort law, because the defendant would escape full liability even though he or she caused or contributed to the plaintiff's entire injuries. The plaintiff would not be adequately compensated, since the plaintiff would not be placed in the position he or she would have been in absent the defendant's negligence.

### (2) Divisible Injuries

The respondents submitted that apportionment is permitted where the injuries caused by two defendants are divisible (for example, one injuring the plaintiff's foot and the other the plaintiff's arm): Fleming, *supra*, at p. 201. Separation of distinct and divisible injuries is not truly apportionment; it is simply making each defendant liable only for the injury he or she has caused, according to the usual rule. The respondents are correct that separa-

pourquoi la répartition convenait dans ces cas-là mais non dans celui qui nous intéresse.

### (1) Multiplés causes délictuelles

Les intimés ont soutenu que la répartition de la responsabilité entre les causes délictuelles et non délictuelles devait être autorisée, tout comme dans les cas où il y a plusieurs personnes fautives. Ces deux situations ne sont pas analogues. La répartition de la responsabilité entre les causes délictuelles est expressément permise par les lois provinciales en matière de négligence, et une telle mesure est conforme aux principes généraux du droit de la responsabilité civile délictuelle. Le demandeur obtient quand même une indemnité complète, et il est rétabli dans la situation où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur. Chacun des défendeurs reste pleinement responsable du préjudice subi par le demandeur, puisque chacun a été une cause du préjudice. Les textes de loi permettent simplement à chacun des défendeurs de demander d'être indemnisé par les autres, suivant leur part de responsabilité à l'égard du préjudice.

En l'espèce, la répartition suggérée vise les causes délictuelles et non délictuelles. Une telle répartition est contraire aux principes de la responsabilité délictuelle parce que le défendeur échapperait ainsi à la pleine responsabilité, même s'il a causé ou contribué à causer la totalité du préjudice subi par le demandeur. Ce dernier ne serait pas indemnisé suffisamment, puisqu'il ne serait pas rétabli dans la situation où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur.

### (2) Préjudice divisible

Les intimés ont soutenu qu'il est permis de répartir la responsabilité quand le préjudice causé par deux défendeurs est divisible (par exemple lorsqu'un des défendeurs a blessé le demandeur au pied, et l'autre au bras): Fleming, *op. cit.*, à la p. 201. Le fait de séparer des préjudices distincts et divisibles ne constitue pas véritablement une répartition de la responsabilité, mais revient simplement à tenir chaque défendeur responsable uniquement

22

23

24

tion is also permitted where some of the injuries have tortious causes and some of the injuries have non-tortious causes: Fleming, *supra*, at p. 202. Again, such cases merely recognize that the defendant is not liable for injuries which were not caused by his or her negligence.

25 In the present case, there is a single indivisible injury, the disc herniation, so division is neither possible nor appropriate. The disc herniation and its consequences are one injury, and any defendant found to have negligently caused or contributed to the injury will be fully liable for it.

### (3) Adjustments for Contingencies

26 The respondents argued that the trial judge's assessment of probabilities in causation was similar to the assessment of probabilities routinely undertaken by courts in adjusting damages to reflect contingencies. This argument overlooks the fundamental distinction between the way in which courts deal with alleged past events and the way in which courts deal with potential future or hypothetical events.

27 Hypothetical events (such as how the plaintiff's life would have proceeded without the tortious injury) or future events need not be proven on a balance of probabilities. Instead, they are simply given weight according to their relative likelihood: *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.); *Malec v. J. C. Hutton Proprietary Ltd.* (1990), 169 C.L.R. 638 (Aust. H.C.); *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146. For example, if there is a 30 percent chance that the plaintiff's injuries will worsen, then the damage award may be increased by 30 percent of the anticipated extra damages to reflect that risk. A future or hypothetical possibility will be taken into consideration as long as it is a real and substantial possibility and not mere speculation: *Schrump v. Koot* (1977), 18 O.R. (2d) 337

du préjudice qu'il a causé, conformément à la règle habituelle. Les intimés ont raison de dire que la séparation est également permise lorsque certains préjudices sont imputables à des causes délicieuses et d'autres à des causes non délictuelles: Fleming, *op. cit.*, à la p. 202. Encore une fois, de tels cas ne font que reconnaître que le défendeur n'est pas responsable des préjudices qui n'ont pas été causés par sa négligence.

En l'espèce, nous sommes en présence d'un préjudice unique et indivisible, l'hernie discale, de sorte que la division n'est ni possible ni opportune. L'hernie discale et ses conséquences constituent un préjudice unique, et tout défendeur qui sera jugé avoir, par sa négligence, causé ou contribué à causer le préjudice en sera tenu pleinement responsable.

### (3) Rajustements pour les aléas

Les intimés ont plaidé que l'évaluation par le juge de première instance des causes probables est semblable à l'évaluation des probabilités que font régulièrement les tribunaux quand ils rajustent les dommages-intérêts pour tenir compte des aléas. Cet argument fait abstraction de la distinction fondamentale entre la façon dont les tribunaux considèrent les faits passés allégués et les événements futurs ou hypothétiques susceptibles de survenir.

Des événements hypothétiques (par exemple la vie qu'aurait menée le demandeur sans le préjudice délictuel subi) ou futurs n'ont pas à être prouvés selon la prépondérance des probabilités. Au contraire, on leur accorde simplement un certain poids en fonction de leur probabilité relative: *Mallett c. McMonagle*, [1970] A.C. 166 (H.L.); *Malec c. J. C. Hutton Proprietary Ltd.* (1990), 169 C.L.R. 638 (H.C. Austr.); *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146. Par exemple, s'il y a 30 pour 100 de chances que le préjudice subi par le demandeur s'aggrave, le montant de l'indemnité peut être augmenté de 30 pour 100 des dommages-intérêts supplémentaires prévus pour refléter ce risque. Une possibilité future ou hypothétique est prise en considération à la condition qu'il s'agisse d'une possibilité réelle et substantielle et non d'une pure conjecture: *Schrump c. Koot* (1977), 18 O.R. (2d) 337 (C.A.);

(C.A.); *Graham v. Rourke* (1990), 74 D.L.R. (4th) 1 (Ont. C.A.).

By contrast, past events must be proven, and once proven they are treated as certainties. In a negligence action, the court must declare whether the defendant was negligent, and that conclusion cannot be couched in terms of probabilities. Likewise, the negligent conduct either was or was not a cause of the injury. The court must decide, on the available evidence, whether the thing alleged has been proven; if it has, it is accepted as a certainty: *Mallett v. McMonagle*, *supra*, *Malec v. J. C. Hutton Proprietary Ltd.*, *supra*; Cooper-Stephenson, *supra*, at pp. 67-81.

This point was expressed by Lord Diplock in *Mallett v. McMonagle*, *supra*, at p. 176:

The role of the court in making an assessment of damages which depends upon its view as to what will be and what would have been is to be contrasted with its ordinary function in civil actions of determining what was. In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend upon its view as to what will happen in the future or would have happened in the future if something had not happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards.

In this case, the disc herniation occurred prior to trial. It was a past event, which cannot be addressed in terms of probabilities. The plaintiff has the burden of proving that the injuries sustained in the accidents caused or contributed to the disc herniation. Once the burden of proof is met, causation must be accepted as a certainty.

*Graham c. Rourke* (1990), 74 D.L.R. (4th) 1 (C.A. Ont.).

À l'opposé, les événements passés doivent être prouvés et, une fois prouvés, ils sont considérés comme des certitudes. Dans une action en négligence, le tribunal doit décider si le défendeur a été négligent, et cette conclusion ne peut pas être exprimée en probabilités. De même, ou bien la conduite négligente a été une cause du préjudice ou bien elle ne l'a pas été. Le tribunal doit décider, à la lumière de la preuve disponible, si le fait allégué a été prouvé; si oui, il est tenu pour certain: voir *Mallett c. McMonagle*, précité, et *Malec c. J. C. Hutton Proprietary Ltd.*, précité; Cooper-Stephenson, *op. cit.*, aux pp. 67 à 81.

Dans *Mallet c. McMonagle*, précité, lord Diplock s'est exprimé ainsi sur ce point, à la p. 176:

[TRADUCTION] Le rôle que joue la cour lorsqu'elle fait une évaluation des dommages-intérêts qui repose sur sa perception de ce qui va se produire ou de ce qui se serait produit doit être mis en contraste avec le rôle ordinaire qu'elle joue dans des poursuites civiles et qui consiste à déterminer ce qui s'est produit. En déterminant ce qui est arrivé dans le passé, une cour se fonde sur la prépondérance des probabilités. Ce qui est plus probable que moins probable est tenu pour certain. Mais en faisant une évaluation des dommages-intérêts qui repose sur sa perception de ce qui va se produire dans l'avenir ou de ce qui se serait produit par la suite si quelque chose ne s'était pas produit dans le passé, la cour doit estimer les chances qu'un événement particulier se produise ou celles qu'il se serait produit et traduire ces chances, qu'elles soient plus ou moins égales, dans le montant des dommages-intérêts qu'elle accorde.

En l'espèce, l'hernie discale est survenue avant le procès. Il s'agissait d'un fait passé, qui ne peut être exprimé en probabilités. Le demandeur a la charge de prouver que le préjudice subi lors des accidents a causé ou contribué à causer l'hernie discale. Une fois qu'il s'est acquitté de cette charge, le lien de causalité doit être tenu pour certain.

28

29

30

(4) Independent Intervening Events

31 The respondents also sought to draw an analogy with cases where an unrelated event, such as a disease or non-tortious accident, occurs after the plaintiff is injured. One such case was *Jobling v. Associated Dairies Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 752 (H.L.), in which the defendant negligently caused the plaintiff to suffer a back injury. Before the trial took place, it was discovered that the plaintiff had a condition, completely unrelated to the accident, which would have proved totally disabling in a few years. Damages were reduced accordingly. In *Penner v. Mitchell* (1978), 89 D.L.R. (3d) 343 (Alta. C.A.), damages for loss of income for 13 months were reduced because the plaintiff had a heart condition, unrelated to the accident, which would have caused her to miss three months of work in any event.

32 To understand these cases, and to see why they are not applicable to the present situation, one need only consider first principles. The essential purpose and most basic principle of tort law is that the plaintiff must be placed in the position he or she would have been in absent the defendant's negligence (the "original position"). However, the plaintiff is not to be placed in a position better than his or her original one. It is therefore necessary not only to determine the plaintiff's position after the tort but also to assess what the "original position" would have been. It is the difference between these positions, the "original position" and the "injured position", which is the plaintiff's loss. In the cases referred to above, the intervening event was unrelated to the tort and therefore affected the plaintiff's "original position". The net loss was therefore not as great as it might have otherwise seemed, so damages were reduced to reflect this.

33 In the present case, there was a finding of fact that the accident caused or contributed to the disc

(4) Faits subséquents indépendants

Les intimés ont également tenté de faire une analogie avec les cas où un fait indépendant, tel une maladie ou un accident dont la cause n'est pas délictuelle, se produit après que le demandeur a subi le préjudice. Tel était le cas dans *Jobling c. Associated Dairies Ltd.*, [1981] 2 All E.R. 752 (H.L.) où le défendeur avait, par négligence, causé au demandeur une blessure au dos. Avant le procès, on a découvert que le demandeur souffrait d'un problème de santé tout à fait indépendant de l'accident et qui l'aurait rendu totalement invalide au bout de quelques années. Les dommages-intérêts ont été réduits en conséquence. Dans *Penner c. Mitchell* (1978), 89 D.L.R. (3d) 343 (C.A. Alb.), les dommages-intérêts pour la perte de 13 mois de revenu ont été réduits parce que le demandeur était atteint d'une maladie cardiaque sans rapport avec l'accident et qui l'aurait obligé de toute façon à s'absenter du travail pendant trois mois.

Pour bien comprendre ces cas et les raisons pour lesquelles ils ne s'appliquent pas dans la présente situation, il suffit d'examiner les principes fondamentaux. L'objet essentiel, le principe le plus fondamental du droit de la responsabilité délictuelle est que le demandeur doit être rétabli dans la situation où il aurait été n'eût été la négligence du défendeur (la «situation originale»). Toutefois, le demandeur ne doit pas être placé dans une situation meilleure que sa situation originale. Il est donc nécessaire non seulement d'établir quelle est la situation du demandeur après le délit, mais également d'évaluer ce qu'aurait été sa «situation originale». C'est la différence entre ces deux situations, la «situation originale» et la «situation après le préjudice», qui correspond à la perte subie par le demandeur. Dans les cas mentionnés précédemment, le fait subséquent n'avait aucun rapport avec le délit et avait donc une incidence sur la «situation originale». La perte nette était donc moins importante qu'elle semblait par ailleurs, de sorte que le tribunal a réduit les dommages-intérêts pour tenir compte de cette différence.

En l'espèce, il y a une conclusion de fait selon laquelle l'accident a causé ou contribué à causer