

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'appellant.

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 démoli 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^e 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^e 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

herniation. The disc herniation was not an independent intervening event. The disc herniation was a product of the accidents, so it does not affect the assessment of the plaintiff's "original position" and thereby reduce the net loss experienced by the plaintiff.

(5) The Thin Skull and "Crumbling Skull" Doctrines

The respondents argued that the plaintiff was predisposed to disc herniation and that this is therefore a case where the "crumbling skull" rule applies. The "crumbling skull" doctrine is an awkward label for a fairly simple idea. It is named after the well-known "thin skull" rule, which makes the tortfeasor liable for the plaintiff's injuries even if the injuries are unexpectedly severe owing to a pre-existing condition. The tortfeasor must take his or her victim as the tortfeasor finds the victim, and is therefore liable even though the plaintiff's losses are more dramatic than they would be for the average person.

The so-called "crumbling skull" 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 injuries caused, even if they are extreme, but need not compensate the plaintiff for any debilitating effects of the pre-existing condition which the plaintiff would have experienced anyway. The defendant is liable for the additional damage but not the pre-existing damage: Cooper-Stephenson, *supra*, at pp. 779-780 and John Munkman, *Damages for Personal Injuries and Death* (9th ed. 1993), at pp. 39-40. Likewise, if there is a measurable risk that the pre-existing condition would have detrimentally affected the plaintiff in the future, regardless of the defendant's negligence, then this can be taken into account in reducing the overall award: *Graham v. Rourke*, *supra*; *Malec v. J. C. Hutton Proprietary Ltd.*, *supra*; Cooper-Stephenson, *supra*, at pp. 851-852. This is consistent with the general rule that the plaintiff must be returned to the position he would

l'hernie discale. L'hernie n'était pas un fait subséquent indépendant. L'hernie a été le résultat des accidents, de sorte qu'elle n'a pas d'incidence sur l'évaluation de la «situation originale» du demandeur et, de ce fait, elle ne réduit pas la perte nette subie par ce dernier.

(5) La doctrine de la vulnérabilité de la victime (crumbling skull ou thin skull)

Les intimés ont affirmé que le demandeur avait une prédisposition à subir une hernie discale et qu'il y a donc lieu d'appliquer la règle de la vulnérabilité de la victime, qui repose sur le principe assez simple que l'auteur du délit est responsable des dommages subis par le demandeur, même s'ils sont d'une gravité imprévue en raison d'une prédisposition. L'auteur du délit doit prendre sa victime comme elle est, et il est donc responsable même si le préjudice subi par le demandeur est plus considérable que si la victime avait été une personne ordinaire.

La règle de la vulnérabilité de la victime 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 meilleure situation que sa situation originale. Le défendeur est responsable du préjudice causé, même s'il est très grave, mais il n'a pas à indemniser le demandeur des effets débilissants qui sont imputables à l'état préexistant et que ce dernier aurait subis de toute façon. Le défendeur est responsable des dommages supplémentaires mais non des dommages préexistants: Cooper-Stephenson, *op. cit.*, aux pp. 779 et 780; et John Munkman, *Damages for Personal Injuries and Death* (9^e éd. 1993), aux pp. 39 et 40. De même, s'il y a un risque mesurable que l'état préexistant aurait entraîné des conséquences nuisibles pour le demandeur dans l'avenir, indépendamment de la négligence du défendeur, il peut alors en être tenu compte pour réduire le montant de l'indemnité globale: *Graham c. Rourke* et *Malec c. J. C. Hutton Proprietary Ltd.*, précités; Cooper-Stephenson, *op. cit.*, aux pp. 851 et 852. Ce résultat est conforme à la règle générale suivant laquelle il faut rétablir le demandeur dans la situation où il aurait été, avec

34

35

have been in, with all of its attendant risks and shortcomings, and not a better position.

ses risques et ses inconvénients, et non dans une meilleure situation.

36 The “crumbling skull” argument is the respondents’ strongest submission, but in my view it does not succeed on the facts as found by the trial judge. 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.

L’argument fondé sur la vulnérabilité de la victime est l’argument le plus solide des intimés, mais il doit, à mon avis, être rejeté à la lumière des faits constatés par le juge de première instance. Celle-ci 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.

(6) The Loss of Chance Doctrine

(6) La doctrine de la perte de possibilités

37 The respondents submitted that the accidents merely increased the risk of herniation, and that the defendant is liable only for that increase in risk. This is an application of the “loss of chance” doctrine which is the subject of considerable controversy: see Joseph H. King, “Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences” (1981), 90 *Yale L.J.* 1353; John G. Fleming, “Probabilistic Causation in Tort Law” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 661.

Les intimés ont soutenu que les accidents avaient simplement accru le risque d’hernie et que le défendeur est responsable seulement de cet accroissement du risque. C’est un cas d’application de la doctrine de la «perte de possibilités», laquelle est très controversée: voir Joseph H. King, «Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences» (1981), 90 *Yale L.J.* 1353; John G. Fleming, «Probabilistic Causation in Tort Law» (1989), 68 *R. du B. can.* 661.

38 The doctrine suggests that 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. In this case, the loss would arguably be the loss of a chance of avoiding the disc herniation. However, this contention is not supported by the factual findings. The trial judge made no findings suggesting that the injury was a loss of chance of avoiding a disc herniation. The finding at trial was that the accidents contributed to the actual disc herniation itself. It is therefore unnecessary to consider the loss of chance doctrine, and these reasons neither approve nor disapprove of the doctrine.

Selon cette doctrine, 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 événement préjudiciable. En l’espèce, il est possible d’affirmer qu’il s’agit de la perte de la possibilité d’éviter l’hernie discale. Toutefois, cette prétention n’est pas étayée par les conclusions de fait. Le juge de première instance n’a pas tiré de conclusion tendant à indiquer que le préjudice était la perte de la possibilité d’éviter l’hernie discale. Au procès, on a plutôt conclu que les accidents avaient contribué à l’hernie discale elle-même. Par conséquent, il n’est pas nécessaire d’examiner la doctrine de la perte de possibilités, et les présents motifs n’ont pas pour effet d’approuver ou de désapprouver cette doctrine.

C. *Application of Principles to Facts*

C. *L’application des principes aux faits*

39 A matter to be resolved is the identification of the competing causes. Some of the trial judge’s

Une des questions qui doit être tranchée est celle de la détermination des différentes causes pos-

comments suggest that the "Fitness World incident" was a possible cause of the herniation. The "Fitness World incident" was not a cause; it was 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 that it was negligent of the appellant to attempt to exercise or that he exercised in a negligent manner.

Some latent weakness spontaneously manifested itself during the stretching, and the issue is whether the weakness was because of the accidents or a pre-existing condition. The reasons of the trial judge show that she understood this. She referred to the appellant's poor spinal health, his history of back problems, and to the fact that there had been no herniation or injury to the disc prior to the accidents. The competing causes in this case were the injuries sustained in the accidents and a pre-existing disposition to back problems.

The applicable principles can be summarized as follows. If the injuries sustained in the motor vehicle accidents caused or contributed to the disc herniation, then the defendants are fully liable for the damages flowing from the herniation. The plaintiff must prove causation by meeting the "but for" or material contribution test. Future or hypothetical events can be factored into the calculation of damages according to degrees of probability, but causation of the injury must be determined to be proven or not proven. This has the following ramifications:

1. If the disc herniation would likely have occurred at the same time, without the injuries sustained in the accident, then causation is not proven.
2. If it was necessary to have both the accidents and the pre-existing back condition for the herniation to occur, then causation is proven, since the herniation would not have occurred but for the accidents. Even if the accidents played a

sibles. Certaines remarques du juge de première instance semblent indiquer que «l'incident survenu au Fitness World» était une cause possible de l'hernie. Cet incident n'était pas une cause mais 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. Ces remarques ne laissent aucunement supposer que l'appelant a fait preuve de négligence en tentant de faire des exercices ou qu'il les a accomplis de manière négligente.

Une faiblesse latente s'est manifestée spontanément durant l'exercice d'étirement, et il s'agit de décider si la faiblesse était due aux accidents ou à une prédisposition. Il ressort des motifs du juge de première instance qu'elle avait saisi ce point. Elle a fait état du mauvais état de la colonne vertébrale de l'appelant, de ses antécédents de problèmes de dos et du fait qu'aucune hernie ou autre blessure du disque n'avait été observée avant les accidents. En l'espèce, les causes possibles étaient les blessures résultant des accidents et une prédisposition aux problèmes de dos.

Les principes applicables peuvent se résumer ainsi. Si les blessures subies lors des accidents d'automobile ont causé ou contribué à causer l'hernie discale, les défendeurs sont pleinement responsables des dommages découlant de l'hernie. Le demandeur doit prouver le lien de causalité en satisfaisant au critère du facteur déterminant ou de la contribution appréciable. Les faits futurs ou hypothétiques sont des facteurs qui peuvent être pris en considération, selon leur degré de probabilité, dans le calcul du montant des dommages-intérêts, mais il faut déterminer si la cause du préjudice a été prouvée ou non. Voici les solutions possibles à la lumière de ces principes:

1. Si l'hernie discale se serait probablement produite au même moment, sans les blessures subies dans les accidents, le lien de causalité n'a pas été prouvé.
2. Si, pour que l'hernie se produise, tant les accidents que les problèmes de dos préexistants étaient nécessaires, alors le lien de causalité a été prouvé puisque l'hernie ne se serait pas produite n'eût été les accidents. Même si les acci-

40

41

minor role, the defendant would be fully liable because the accidents were still a necessary contributing cause.

3. If the accidents alone could have been a sufficient cause, and the pre-existing back condition alone could have been a sufficient cause, then it is unclear which was the cause-in-fact of the disc herniation. The trial judge must determine, on a balance of probabilities, whether the defendant's negligence materially contributed to the injury.

dents ont joué un rôle mineur, le défendeur est pleinement responsable, parce que les accidents étaient néanmoins un facteur nécessaire.

3. Si les accidents auraient pu à eux seuls être une cause suffisante et si les problèmes de dos préexistants auraient pu à eux seuls être une cause suffisante, alors il est impossible de dire avec certitude laquelle de ces causes a été la cause efficiente de l'hernie discale. Le juge de première instance doit déterminer, selon la prépondérance des probabilités, si la négligence du défendeur a contribué de façon appréciable au préjudice.

42 The findings of the trial judge are slightly ambiguous. She awarded only 25 percent of the global damages because she held that the accidents were a "causation factor" of 25 percent. Taken out of context, this could be read as meaning that there was a 25 percent chance that the injury was caused by the accidents, and a 75 percent chance that it was caused by the pre-existing condition. In that case, causation would simply not be proven. However, it is clear from the reasons for judgment that this is not what the trial judge concluded.

Les conclusions du juge de première instance sont un peu ambiguës. Elle a accordé seulement 25 pour 100 du montant global des dommages-intérêts parce qu'elle a estimé que les accidents ont été [TRADUCTION] «un facteur de causalité» dans une proportion de 25 pour 100. Pris hors contexte, ces mots pourraient être interprétés comme signifiant qu'il y avait une probabilité de 25 pour 100 que le préjudice ait été causé par les accidents, et de 75 pour 100 qu'il l'ait été par l'état préexistant. Si c'était le cas, le lien de causalité n'aurait simplement pas été prouvé. Toutefois, il ressort clairement des motifs du juge de première instance que ce n'est pas cette conclusion qu'elle a tirée.

43 The findings of the trial judge indicate that it was necessary to have both the pre-existing condition and the injuries from the accidents to cause the disc herniation in this case. She made a positive finding that the accidents contributed to the injury, but that the injuries suffered in the two accidents were "not the sole cause" of the herniation. She expressly found that "the herniation was not unrelated to the accidents" and that the accidents "contributed to some degree" to the subsequent herniation. She concluded that the injuries in the accidents "played some causative role, albeit a minor one". These findings indicate that it was the combination of the pre-existing condition and the injuries sustained in the accidents which caused the herniation. Although the accidents played a lesser role than the pre-existing problems, the acci-

Les conclusions du juge indiquent que, pour que l'hernie discale se produise en l'espèce, tant l'état préexistant que les accidents étaient nécessaires. Elle a conclu de façon claire que les accidents avaient contribué au préjudice, mais que les blessures subies dans les deux accidents n'avaient [TRADUCTION] «pas été la seule cause» de l'hernie. Elle a expressément conclu que «l'hernie n'était pas sans rapport avec les accidents», et que ceux-ci «avaient contribué dans une certaine mesure» à l'hernie subséquente. Elle a statué que les blessures subies dans les accidents «ont eu un certain effet causal, quoique mineur». Ces conclusions indiquent que c'est l'effet conjugué des problèmes de dos préexistants et des blessures subies dans les accidents qui a causé l'hernie. Même si les accidents ont joué un rôle moins important que les pro-

dents were nevertheless a necessary ingredient in bringing about the herniation.

The trial judge's conclusion on the evidence was that "[i]n 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". She assessed this contribution at 25 percent. This falls outside the *de minimis* range and is therefore a material contribution: *Bonnington Castings, Ltd. v. Wardlaw, supra*. This finding of material contribution was sufficient to render the defendant fully liable for the damages flowing from the disc herniation.

The finding of material contribution was not unreasonable. Although the plaintiff had experienced back problems before the accidents, there was no evidence of herniation or insult to the disc and no history of complaints of sciatica. When a plaintiff has two accidents which both cause serious back injuries, and shortly thereafter suffers a disc herniation during a mild exercise which he frequently performed prior to the accidents, it seems reasonable to infer a causal connection.

The trial judge found that the plaintiff's condition was improving when the herniation occurred, but this also means that the plaintiff was still to some extent suffering from the back injuries from the accidents. The inference of causal link was supported by medical evidence and was reasonable.

This appeal involves 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 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.

blèmes préexistants, les accidents ont néanmoins été un élément nécessaire à la manifestation de l'hernie.

À la lumière de la preuve, le juge de première instance a conclu en ces termes: [TRADUCTION] «À mon avis, le demandeur a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que les blessures subies lors des deux accidents antérieurs ont contribué dans une certaine mesure à l'hernie discale subséquente». Elle a évalué cette contribution à 25 pour 100. Il s'agit d'une contribution plus que minimale et donc d'une contribution appréciable: *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*, précité. Cette conclusion à l'existence d'une contribution appréciable était suffisante pour que le défendeur soit tenu pleinement responsable des dommages résultant de l'hernie discale.

Il n'était pas déraisonnable de conclure à l'existence d'une contribution appréciable. Même si le demandeur avait eu des problèmes de dos avant les accidents, il n'y avait aucune preuve d'hernie ou de lésion antérieure du disque, et aucun antécédent de sciatique. Quand un demandeur est victime de deux accidents qui lui causent de graves blessures au dos et que, peu après, il est atteint d'une hernie discale durant de légers exercices qu'il faisait souvent avant les accidents, il semble raisonnable d'inférer l'existence d'un lien de causalité.

Le juge de première instance a conclu que l'état du demandeur s'améliorait quand l'hernie s'est produite, mais cela signifie aussi que le demandeur souffrait encore jusqu'à un certain point des blessures au dos subies dans les accidents. L'inférence de l'existence d'un lien de causalité était appuyée par les antécédents médicaux, et elle était raisonnable.

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 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.

44

45

46

47

48

Had the trial judge concluded (which she did not) that there was some realistic chance that the disc herniation would have occurred at some point in the future without the accident, then a reduction of the overall damage award may have been considered. This is because the plaintiff is to be returned to his "original position", which might have included a risk of spontaneous disc herniation in the future. However, in the absence of such a finding, it remains "speculative" and need not be taken into consideration: *Schrump v. Koot, supra*; *Graham v. Rourke, supra*. The plaintiff is entitled to the full amount of the damages as found by the trial judge.

D. Conclusion

49

The trial judge erred in failing to hold the defendant fully liable for the disc herniation after finding that the defendant had materially contributed to it. 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. In this case, the thin skull rule reinforces that conclusion.

50

The Court of Appeal erred in failing to reverse the trial judge's error. The Court of Appeal refused to consider the appellant's arguments because they had not been advanced before the trial judge. If the Court of Appeal intended to suggest that the appellant's theory was novel, with respect that is not so. It is a well-established principle that a defendant is liable for any injuries for which the defendant's negligence is a cause.

51

In any event, the Court of Appeal erred in refusing to consider the appellant's arguments on the grounds they were not raised at trial. The general rule is that an appellant may not raise a point that was not pleaded, or argued in the trial court, unless all the relevant evidence is in the record: John Sopinka and Mark A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), at p. 51. In this case, all relevant evidence was part of the record. In fact, all the req-

Si le juge de première instance avait conclu (ce qu'elle n'a pas fait) qu'il y avait une chance réaliste que l'hernie discale se produise à un moment donné dans l'avenir, même en l'absence de l'accident, une réduction du montant de l'indemnité globale aurait alors pu être envisagée. Il en est ainsi parce que le demandeur doit être rétabli dans sa «situation originale», laquelle aurait pu comporter un risque d'hernie discale spontanée dans l'avenir. Toutefois, en l'absence d'une telle conclusion, une telle possibilité ne relève que de «conjectures» et n'a pas à être prise en considération: *Schrump c. Koot* et *Graham c. Rourke*, précités. Le demandeur a droit au plein montant des dommages-intérêts auquel a conclu le juge de première instance.

D. Conclusion

Le juge de première instance a fait erreur en ne tenant pas le défendeur pleinement responsable de l'hernie discale malgré sa conclusion que celui-ci avait contribué de façon appréciable à ce qu'elle se produise. Une fois qu'il est prouvé que le défendeur a été, par sa négligence, une cause du préjudice, le montant accordé ne doit pas être réduit pour tenir compte de l'existence de facteurs non délictuels. En l'espèce, la règle de la vulnérabilité de la victime renforce cette conclusion.

La Cour d'appel a commis une erreur en n'infirmant pas la décision erronée du juge de première instance. Elle a refusé d'examiner les arguments de l'appellant parce qu'ils n'avaient pas été plaidés devant le juge de première instance. Si la Cour d'appel voulait indiquer que la théorie de l'appellant était nouvelle, en toute déférence ce n'est pas le cas. Le fait qu'un défendeur est responsable du préjudice dont sa négligence est une des causes est un principe bien établi.

Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a fait erreur en refusant d'examiner les arguments de l'appellant parce qu'ils n'ont pas été soulevés au procès. La règle générale est qu'un appellant ne peut soulever un point qui n'a pas été plaidé ou débattu au procès, sauf si toute la preuve pertinente figure au dossier: John Sopinka et Mark A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (1993), à la p. 51. En l'espèce, toute la preuve pertinente faisait partie du

uisite findings of fact had been made. The point raised by the appellant was purely a question of law.

Most importantly, the respondents did not suffer prejudice, since they would not have proceeded any differently even if the appellant had expressly relied on *McGhee v. National Coal Board* and *Bonnington Castings, Ltd. v. Wardlaw, supra*, from the very beginning. The defence theory was that the disc herniation was not causally related in any way to the injuries suffered in the motor vehicle accidents. The respondents could not have made any more emphatic defence than this. This was a case where "had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it": *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, at p. 539, *per* Duff J. (as he then was). Given that the appellant's arguments raised an issue of law which did not require any further evidence (or indeed any further findings of fact) and which would not have caused any prejudice to the respondents, it was an error for the Court of Appeal to refuse to consider the argument.

The appeal is allowed. Judgment is entered for the appellant for the full global amount of \$221,516.78 plus interest and costs throughout.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Ladner, Downs, Vancouver.

dossier. De fait, toutes les conclusions de fait nécessaires avaient été tirées. Le point soulevé par l'appellant était purement une question de droit.

Fait le plus important, les intimés n'ont subi aucun préjudice, puisqu'ils n'auraient pas agi différemment, même si l'appellant s'était appuyé sur les arrêts *McGhee c. National Coal Board* et *Bonnington Castings, Ltd. c. Wardlaw*, précités, dès le départ. La thèse de la défense était qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre l'hernie discale et les blessures subies dans les accidents automobiles. Les intimés n'auraient pu présenter une défense plus vigoureuse que celle-là. Il s'agit d'un cas où [TRADUCTION] «même si la question avait été soulevée en temps opportun, elle n'aurait pas été éclaircie davantage»: *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, à la p. 539, le juge Duff (plus tard Juge en chef). Comme les arguments de l'appellant soulevaient une question de droit qui n'exigeait pas de preuve additionnelle (ou même de conclusions de fait supplémentaires) et qui n'aurait pas causé de préjudice aux intimés, la Cour d'appel a fait erreur en refusant d'examiner les arguments de l'appellant.

Le pourvoi est accueilli. Jugement est rendu en faveur de l'appellant pour le plein montant de l'indemnité de 221 516,78 \$, majoré des intérêts et des dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Procureurs des intimés: Ladner, Downs, Vancouver.