

**Joan Clements, by her litigation guardian,
Donna Jardine** *Appellant*

v.

Joseph Clements *Respondent*

and

**Attorney General of British
Columbia** *Intervener*

INDEXED AS: CLEMENTS v. CLEMENTS

2012 SCC 32

File No.: 34100.

2012: February 17; 2012: June 29.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Causation — Motor vehicle accident — Motorcycle passenger injured in crash — Passenger alleging driver’s negligence in operation of motorcycle caused injury — Whether trial judge erred in insisting on scientific reconstruction evidence to prove causation, and in applying “material contribution” test rather than “but for” test to determine causation.

C was driving his motorcycle in wet weather, with his wife riding behind on the passenger seat. The bike was about 100 pounds overloaded. Unbeknownst to C, a nail had punctured the rear tire. Though in a 100 km/h zone, C accelerated to at least 120 km/h in order to pass a car; the nail fell out, the rear tire deflated, and the bike began to wobble. C was unable to bring the bike under control and it crashed; his wife suffered a severe traumatic brain injury. She then sued C, alleging that her injury was caused by his negligence in driving an overloaded bike too fast. The trial judge found that C’s negligence in fact contributed to the injury. However, he also found that C’s wife, through no fault of her own, was unable to prove “but for” causation, due to the

**Joan Clements, représentée par sa tutrice à
l’instance, Donna Jardine** *Appelante*

c.

Joseph Clements *Intimé*

et

**Procureur général de la Colombie-
Britannique** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : CLEMENTS c. CLEMENTS

2012 CSC 32

N° du greffe : 34100.

2012 : 17 février; 2012 : 29 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Causalité — Accident automobile — Blessure subie par le passager d’une motocyclette lors d’un accident — Allégation du passager selon laquelle la négligence dont le conducteur aurait fait preuve en conduisant la motocyclette a causé le préjudice — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en insistant sur la nécessité d’une preuve de reconstitution scientifique pour que le tribunal puisse conclure à l’existence d’un lien de causalité, et en appliquant le critère de la « contribution appréciable » plutôt que celui du « facteur déterminant » pour statuer sur la causalité?

C conduisait sa moto alors qu’il pleuvait et que son épouse était assise à l’arrière, sur le siège du passager. La moto avait une surcharge d’environ 100 livres. À l’insu de C, un clou avait perforé le pneu arrière. Bien que roulant dans une zone de 100 km/h, C a accéléré à une vitesse d’au moins 120 km/h afin de dépasser une voiture; le clou est tombé, le pneu arrière s’est dégonflé et la moto s’est mise à vaciller. C a perdu la maîtrise de sa moto et celle-ci s’est renversée; son épouse a subi un traumatisme cérébral grave. Elle a ensuite poursuivi C, affirmant que son préjudice avait été causé par la négligence dont ce dernier avait fait preuve en conduisant trop rapidement une moto surchargée. Le juge de première instance a décidé que la négligence de C avait effectivement contribué au

limitations of scientific reconstruction evidence. The trial judge applied a material contribution test instead and found C liable on this basis. The Court of Appeal set aside the judgment and dismissed the action, on the basis that “but for” causation had not been proved and the material contribution test did not apply.

Held (LeBel and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed, and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: On its own, proof by an injured plaintiff that a defendant was negligent does not make that defendant liable for the loss. As a general rule, a plaintiff cannot succeed unless she shows as a matter of fact that she would not have suffered the loss “but for” the negligent act or acts of the defendant. Exceptionally, however, a plaintiff may be able to recover on the basis of material contribution to risk of injury, without showing factual “but for” causation. Elimination of proof of causation as an element of negligence is a radical step that goes against the fundamental principle that a defendant in an action in negligence is a wrongdoer only in respect of the damage which he actually causes to the plaintiff. Therefore, recourse to a material contribution to risk approach is justified only where it is required by fairness and conforms to the principles that ground recovery in tort. The cases that have dispensed with the usual requirement of “but for” causation in favour of a less onerous material contribution to risk approach are generally cases with a number of tortfeasors where, “but for” the negligent act of one or more of the defendants, the plaintiff would not have been injured. It is only when it is applied separately to each defendant that the “but for” test breaks down because it cannot be shown which of several negligent defendants actually launched the event that led to the injury. In these circumstances, permitting the plaintiff to succeed on a material contribution to risk basis meets the underlying goals of the law of negligence. The plaintiff has shown that she is in a correlative relationship of doer and sufferer of the same harm with the group of defendants as a whole, if not necessarily with each individual defendant.

préjudice. Cependant, il a aussi décidé que, sans aucune faute de sa part, l'épouse de C était incapable d'établir la causalité fondée sur un « facteur déterminant », et ce, en raison des limites de la preuve de reconstitution scientifique. Le juge de première instance a plutôt appliqué le critère de la contribution appréciable et a conclu à la responsabilité de C sur ce fondement. La Cour d'appel a annulé le jugement et rejeté l'action, au motif que l'on n'avait pas établi la causalité suivant le critère du « facteur déterminant » et que le critère de la contribution appréciable ne s'appliquait pas.

Arrêt (les juges LeBel et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : La preuve par un demandeur lésé que le défendeur a été négligent ne suffit pas à elle seule pour que ce dernier soit tenu responsable du préjudice. En règle générale, le demandeur ne saurait avoir gain de cause à moins de prouver que, dans les faits, il n'aurait pas subi de préjudice « n'eût été » l'acte ou les actes négligents du défendeur. Exceptionnellement toutefois, les tribunaux ont reconnu qu'un demandeur peut être en mesure de se faire indemniser sur la base de la contribution appréciable au risque de préjudice, sans avoir à établir factuellement la causalité fondée sur un « facteur déterminant ». Éliminer l'obligation de prouver la causalité en tant qu'élément de la négligence constitue une mesure radicale, qui va à l'encontre du principe fondamental selon lequel le défendeur à une action en négligence est uniquement l'auteur du préjudice qu'il cause concrètement au demandeur. Pour cette raison, le recours au critère de la contribution appréciable au risque ne se justifie que si l'équité l'exige et si les principes sur lesquels repose l'indemnisation en matière délictuelle sont respectés. Les affaires dans lesquelles le critère ordinaire du « facteur déterminant » a été écarté au profit du critère moins exigeant de la contribution appréciable au risque sont généralement des affaires où l'on compte plusieurs auteurs de délit et où, « n'eût été » l'acte de négligence d'un ou de plusieurs des défendeurs, le demandeur n'aurait pas subi de préjudice. Ce n'est que lorsque le critère du facteur déterminant est appliqué à chaque défendeur négligent séparément qu'il cesse d'être utile, car il s'avère impossible d'établir lequel d'entre eux est véritablement à l'origine de l'événement qui a entraîné le préjudice. Dans ces circonstances, donner gain de cause au demandeur sur la base du critère de la contribution appréciable au risque permet de réaliser les objectifs qui sous-tendent le droit de la négligence. Le demandeur a su démontrer qu'il existe entre lui et le groupe de défendeurs — même si ce n'est pas nécessairement avec chacun d'eux individuellement — un rapport de réciprocité les unissant en tant que victime et auteurs d'un même préjudice.

In this case, the trial judge committed two errors. First, he insisted on scientific reconstruction evidence as a necessary condition of finding “but for” causation. Scientific precision is not necessary to a conclusion that “but for” causation is established on a balance of probabilities. Second, the trial judge erred in applying a material contribution to risk test. The special conditions that permit resort to a material contribution approach were not present in this case. This is a simple single-defendant case: the only issue was whether “but for” the defendant’s negligent conduct, the injury would have been sustained. Although the trial judge used language tantamount to finding actual “but for” causation, we cannot be certain what he would have concluded had he not made these two errors. The appropriate remedy in these circumstances is an order for a new trial.

Per LeBel and Rothstein JJ. (dissenting): There is no basis in fact and law for ordering a new trial. The key finding of fact made by the trial judge was that the plaintiff had not proven causation on the basis of the “but for” test. The trial judge’s finding that the material contribution test was satisfied cannot be reinterpreted as a finding that “but for” causation was established.

On policy grounds, this Court and courts of appeal should be mindful of the need for finality and efficiency in the civil litigation process. In this appeal, there is no basis in the trial judge’s judgment for inferring that the overloading of the motorcycle and excessive speed could have been the “cause” of the accident as that term is understood in the context of the “but for” test. Nor is this a case in which it would be appropriate to send the matter back for a new trial.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Distinguished: *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd.*, [2011] UKSC 10, [2011] 2 All E.R. 857; **referred to:** *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Betts v. Whittingslowe* (1945), 71 C.L.R. 637; *Bennett v. Minister of Community*

En l’espèce, le juge de première instance a commis deux erreurs. La première a été d’insister sur la nécessité d’une preuve de reconstitution scientifique pour que le tribunal puisse conclure à l’existence d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant. La précision scientifique n’est pas nécessaire pour permettre au tribunal de conclure qu’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant a été établi suivant la prépondérance des probabilités. La deuxième erreur du juge de première instance a été d’appliquer le critère de la contribution appréciable au risque. Les conditions spéciales permettant de recourir à ce critère n’étaient pas réunies en l’espèce. Il s’agit d’une affaire ordinaire mettant en cause un seul défendeur : la seule question litigieuse consistait à se demander si, « n’eût été » la conduite négligente du défendeur, le préjudice aurait été subi. Bien que le juge de première instance ait utilisé des termes assimilables à une véritable conclusion de causalité fondée sur un facteur déterminant, on ne saurait dire avec certitude quelle aurait été la conclusion du juge de première instance s’il n’avait pas commis ces deux erreurs. La réparation convenable dans les circonstances consiste à ordonner un nouveau procès.

Les juges LeBel et Rothstein (dissidents) : Rien ne justifie, en fait ou en droit, la tenue d’un nouveau procès. Selon la principale conclusion de fait du juge de première instance, la demanderesse n’a pas établi l’existence d’un lien de causalité suivant le critère du facteur déterminant. On ne saurait considérer que la conclusion du juge de première instance selon laquelle il a été satisfait au critère de la contribution appréciable vaut également pour le critère de la causalité fondée sur un facteur déterminant.

Pour des considérations de politique générale, notre Cour et les cours d’appel doivent demeurer soucieuses d’assurer le caractère définitif et efficace du processus judiciaire en matière civile. En l’espèce, rien dans le jugement du juge du procès ne permet d’inférer que la surcharge et la vitesse excessive de la moto ont pu être la « cause » de l’accident au sens où s’entend ce terme dans le contexte du critère du facteur déterminant. Nous ne sommes pas non plus en présence d’une affaire où il conviendrait d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Distinction d’avec l’arrêt : *Sienkiewicz c. Greif (UK) Ltd.*, [2011] UKSC 10, [2011] 2 All E.R. 857; **arrêts mentionnés :** *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Betts c. Whittingslowe* (1945), 71 C.L.R. 637; *Bennett c. Minister of Community*

Welfare (1992), 176 C.L.R. 408; *Flounders v. Millar*, [2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53; *Roads and Traffic Authority v. Royal*, [2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653; *MacDonald v. Goertz*, 2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68; *Resurfire Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333; *Mooney v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74; *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Walker Estate v. York Finch General Hospital*, 2001 SCC 23, [2001] 1 S.C.R. 647; *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305; *Barker v. Corus UK Ltd.*, [2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572.

Authors Cited

Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Frankel, Tysoe and Garson J.J.A.), 2010 BCCA 581, 12 B.C.L.R. (5th) 310, 79 C.C.L.T. (3d) 6, 4 M.V.R. (6th) 1, 327 D.L.R. (4th) 1, 298 B.C.A.C. 56, 505 W.A.C. 56, [2010] B.C.J. No. 2532 (QL), 2010 CarswellBC 3477, reversing a decision of Grauer J., 2009 BCSC 112, [2009] B.C.J. No. 166 (QL), 2009 CarswellBC 202. Appeal allowed, LeBel and Rothstein J.J. dissenting.

Dick Byl and Kimi Aimetz, for the appellant.

Robert A. Easton, Ryan W. Morasiewicz and Greg A. Cavouras, for the respondent.

Jonathan Eades, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The parties to this appeal, Mr. and Mrs. Clements, were motorbike enthusiasts. August 7th, 2004, found them en route from their home in Prince George, British Columbia, to visit their daughter in Kananaskis, Alberta. The weather

Welfare (1992), 176 C.L.R. 408; *Flounders c. Millar*, [2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53; *Roads and Traffic Authority c. Royal*, [2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653; *MacDonald c. Goertz*, 2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68; *Resurfire Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333; *Mooney c. British Columbia (Attorney General)*, 2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74; *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Walker, Succession c. York Finch General Hospital*, 2001 CSC 23, [2001] 1 R.C.S. 647; *Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305; *Barker c. Corus UK Ltd.*, [2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572.

Doctrine et autres documents cités

Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Frankel, Tysoe et Garson), 2010 BCCA 581, 12 B.C.L.R. (5th) 310, 79 C.C.L.T. (3d) 6, 4 M.V.R. (6th) 1, 327 D.L.R. (4th) 1, 298 B.C.A.C. 56, 505 W.A.C. 56, [2010] B.C.J. No. 2532 (QL), 2010 CarswellBC 3477, qui a infirmé une décision du juge Grauer, 2009 BCSC 112, [2009] B.C.J. No. 166 (QL), 2009 CarswellBC 202. Pourvoi accueilli, les juges LeBel et Rothstein sont dissidents.

Dick Byl et Kimi Aimetz, pour l'appelante.

Robert A. Easton, Ryan W. Morasiewicz et Greg A. Cavouras, pour l'intimé.

Jonathan Eades, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Les parties au présent pourvoi, M^{me} et M. Clements, étaient des passionnés de moto. Le 7 août 2004, ils ont quitté leur demeure à Prince George, en Colombie-Britannique, pour aller rendre visite à leur fille à Kananaskis en Alberta. Le temps était

was wet. Mr. Clements was driving the bike and Mrs. Clements was riding behind on the passenger seat. The bike was about 100 pounds overloaded. Unbeknownst to Mr. Clements, a nail had punctured the bike's rear tire. Though Mr. Clements was travelling in a 100 km/h zone, he accelerated to at least 120 km/h in order to pass a car. As he crossed the centre line to commence the passing manoeuvre, the nail fell out, the rear tire deflated, and the bike began to wobble. Mr. Clements was unable to bring the bike under control and it crashed, throwing Mrs. Clements off. Mrs. Clements suffered a severe traumatic brain injury. She now sues Mr. Clements, claiming that her injury was caused by his negligence in the operation of the bike.

[2] Mr. Clements' negligence in driving an overloaded bike too fast is not disputed. The only issue is whether his negligence *caused* Mrs. Clements' injury. Mr. Clements called an expert witness, Mr. MacInnis, who testified that the probable cause of the accident was the tire puncture and deflation, and that the accident would have happened even without the negligent acts of Mr. Clements.

[3] The trial judge rejected this conclusion, and found that Mr. Clements' negligence in fact *contributed to* Mrs. Clements' injury. However, he held that the plaintiff "through no fault of her own is unable to prove that 'but for' the defendant's breaches, she would not have been injured", due to the limitations of the scientific reconstruction evidence (2009 BCSC 112 (CanLII), at para. 66). The trial judge went on to hold that in view of this impossibility of precise proof of the amount each factor contributed to the injury, "but for" causation should be dispensed with and a "material contribution" test applied. He found Mr. Clements liable on this basis.

[4] The British Columbia Court of Appeal, *per* Frankel J.A., set aside the judgment against Mr.

pluvieux. M. Clements conduisait la moto et M^{me} Clements était assise à l'arrière, sur le siège du passager. La moto avait une surcharge d'environ 100 livres. À l'insu de M. Clements, un clou avait perforé le pneu arrière. Bien que roulant dans une zone de 100 km/h, M. Clements a accéléré à une vitesse d'au moins 120 km/h afin de dépasser une voiture. Alors qu'il traversait la ligne médiane pour amorcer sa manoeuvre de dépassement, le clou est tombé, le pneu s'est dégonflé et la moto s'est mise à vaciller. M. Clements a perdu la maîtrise de sa moto. Celle-ci s'est renversée et M^{me} Clements a été projetée au sol. Cette dernière a subi un traumatisme cérébral grave et elle poursuit maintenant M. Clements, affirmant que son préjudice a été causé par la négligence dont ce dernier a fait preuve en conduisant la moto.

[2] La négligence dont a fait preuve M. Clements en conduisant trop rapidement une moto surchargée n'est pas contestée. La seule question en litige est de savoir si sa négligence *a causé* le préjudice subi par M^{me} Clements. M. Clements a cité un témoin expert, M. MacInnis, qui a déposé que la crevaisson et le dégonflement du pneu constituent la cause probable de l'accident et que celui-ci se serait produit même en l'absence des actes de négligence de M. Clements.

[3] Le juge de première instance a rejeté cette conclusion et a décidé que la négligence de M. Clements avait effectivement *contribué* au préjudice de M^{me} Clements. Cependant, il a affirmé que, [TRADUCTION] « sans aucune faute de sa part, la demanderesse est incapable de prouver que, "n'eût été" les manquements du défendeur, elle n'aurait pas été blessée », et ce, en raison des limites de la preuve de reconstitution scientifique (2009 BCSC 112 (CanLII), par. 66). Il a ensuite conclu que, vu l'impossibilité d'établir précisément la mesure dans laquelle chacun des facteurs avait contribué au préjudice, il convenait de faire l'économie du critère de la causalité fondée sur un « facteur déterminant » et d'appliquer le critère de la « contribution appréciable ». Il a conclu à la responsabilité de M. Clements sur ce fondement.

[4] Sous la plume du juge Frankel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé le jugement

Clements on the basis that “but for” causation had not been proved and the material contribution test did not apply (2010 BCCA 581, 12 B.C.L.R. (5th) 310).

[5] The legal issue is whether the usual “but for” test for causation in a negligence action applies, as the Court of Appeal held, or whether a material contribution approach suffices, as the trial judge held. For the reasons that follow, I conclude that a material contribution test was not applicable in this case. I would return the matter to the trial judge to be dealt with on the correct basis of “but for” causation.

II. Outline

A. *Causation in the Law of Negligence: The Basic Rule of “But For” Causation*

B. *The Material Contribution to Risk Approach*

1. The Canadian Cases

2. The United Kingdom Cases

3. When Is a Material Contribution to Risk Approach Available?

C. *Summary*

D. *Application*

III. Discussion

A. *Causation in the Law of Negligence: The Basic Rule of “But For” Causation*

[6] On its own, proof by an injured plaintiff that a defendant was negligent does not make that

rendu contre M. Clements, au motif que l’on n’avait pas établi la causalité suivant le critère du « facteur déterminant » et que le critère de la contribution appréciable ne s’appliquait pas (2010 BCCA 581, 12 B.C.L.R. (5th) 310).

[5] La question de droit qui se pose est de savoir si, comme a jugé la Cour d’appel, le critère du facteur déterminant utilisé habituellement pour établir la causalité dans une action pour négligence s’applique en l’espèce, ou si, tel que l’a affirmé le juge de première instance, le recours au critère de la contribution appréciable suffit. Pour les motifs qui suivent, je conclus que le critère de la contribution appréciable n’était pas applicable dans le présent cas. Je suis d’avis de renvoyer l’affaire au juge de première instance pour qu’il la tranche sur la base de la causalité fondée sur un facteur déterminant.

II. Plan de l’analyse

A. *La causalité en droit de la négligence : la règle fondamentale de la causalité fondée sur un facteur déterminant*

B. *Le critère de la contribution appréciable au risque*

1. La jurisprudence canadienne

2. La jurisprudence du Royaume-Uni

3. Dans quelles circonstances peut-on recourir au critère de la contribution appréciable au risque?

C. *Résumé*

D. *Application*

III. Analyse

A. *La causalité en droit de la négligence : la règle fondamentale de la causalité fondée sur un facteur déterminant*

[6] La preuve par un demandeur lésé que le défendeur a été négligent ne suffit pas à elle

defendant liable for the loss. The plaintiff must also establish that the defendant's negligence (breach of the standard of care) *caused* the injury. That link is causation.

[7] Recovery in negligence presupposes a relationship between the plaintiff and defendant based on the existence of a duty of care — a defendant who is at fault and a plaintiff who has been injured by that fault. If the defendant breaches this duty and thereby causes injury to the plaintiff, the law “corrects” the deficiency in the relationship by requiring the defendant to compensate the plaintiff for the injury suffered. This basis for recovery, sometimes referred to as “corrective justice”, assigns liability when the plaintiff and defendant are linked in a correlative relationship of doer and sufferer of the same harm: E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995), at p. 156.

[8] The test for showing causation is the “but for” test. The plaintiff must show on a balance of probabilities that “but for” the defendant's negligent act, the injury would not have occurred. Inherent in the phrase “but for” is the requirement that the defendant's negligence was *necessary* to bring about the injury — in other words that the injury would not have occurred without the defendant's negligence. This is a factual inquiry. If the plaintiff does not establish this on a balance of probabilities, having regard to all the evidence, her action against the defendant fails.

[9] The “but for” causation test must be applied in a robust common sense fashion. There is no need for scientific evidence of the precise contribution the defendant's negligence made to the injury. See *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074 (H.L.), at p. 1090, *per* Lord Bridge; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311.

seule pour que ce dernier soit tenu responsable du préjudice. Le demandeur doit aussi établir que la négligence du défendeur (manquement à la norme de prudence) *a causé* le préjudice. Ce lien entre la négligence et le préjudice est la causalité.

[7] L'indemnisation du préjudice en cas de négligence présuppose l'existence entre le demandeur et le défendeur d'un rapport fondé sur une obligation de diligence — un défendeur ayant commis une faute et un demandeur lésé par cette faute. Si le défendeur manque à cette obligation et cause ainsi un préjudice au demandeur, le droit « répare » ce déséquilibre dans le rapport en obligeant le défendeur à dédommager le demandeur du préjudice qu'il a subi. Ce principe d'indemnisation, parfois appelé « justice réparatrice », impute une responsabilité lorsque le défendeur et le demandeur sont unis par un lien réciproque en tant que victime et auteur d'un même préjudice : E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995), p. 156.

[8] Le critère à appliquer pour établir la causalité est celui du « facteur déterminant » (parfois désigné aussi au moyen de l'expression « n'eût été »). Le demandeur doit démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, que « n'eût été » la négligence du défendeur, il n'y aurait pas eu préjudice. Par définition, le terme « n'eût été » suppose que la négligence du défendeur était *nécessaire* pour que survienne le préjudice — en d'autres mots, le préjudice ne serait pas survenu sans la négligence du défendeur. Il s'agit d'une question de fait. Si la partie demanderesse n'établit pas ce lien nécessaire selon la prépondérance des probabilités, eu égard à l'ensemble de la preuve, son action contre le défendeur échoue.

[9] Le critère de la causalité fondée sur un facteur déterminant doit être appliqué d'une manière décisive et logique. Il n'est point besoin de prouver scientifiquement la contribution précise de la négligence du défendeur au préjudice. Voir *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074 (H.L.), p. 1090, lord Bridge; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311.

[10] A common sense inference of “but for” causation from proof of negligence usually flows without difficulty. Evidence connecting the breach of duty to the injury suffered may permit the judge, depending on the circumstances, to infer that the defendant’s negligence probably caused the loss. See *Snell and Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458. See also the discussion on this issue by the Australian courts: *Betts v. Whittingslowe* (1945), 71 C.L.R. 637 (H.C.), at p. 649; *Bennett v. Minister of Community Welfare* (1992), 176 C.L.R. 408 (H.C.), at pp. 415-16; *Flounders v. Millar*, [2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53; *Roads and Traffic Authority v. Royal*, [2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653, at paras. 137-44.

[11] Where “but for” causation is established by inference only, it is open to the defendant to argue or call evidence that the accident would have happened without the defendant’s negligence, i.e. that the negligence was not a necessary cause of the injury, which was, in any event, inevitable. As Sopinka J. put it in *Snell*, at p. 330:

The legal or ultimate burden remains with the plaintiff, but in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant, an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced. If some evidence to the contrary is adduced by the defendant, the trial judge is entitled to take account of Lord Mansfield’s famous precept [that “all evidence is to be weighed according to the proof which it was in the power of one side to have produced, and in the power of the other to have contradicted” (*Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, at p. 970)]. This is, I believe, what Lord Bridge had in mind in *Wilsher* when he referred to a “robust and pragmatic approach to the . . . facts” (p. 569). [Emphasis added.]

[12] In some cases, an injury — the loss for which the plaintiff claims compensation — may flow from a number of different negligent acts committed by different actors, each of which is a necessary or “but for” cause of the injury. In such cases,

[10] Il est habituellement facile, à partir de la preuve de la négligence, de tirer une inférence conforme au bon sens de causalité fondée sur un facteur déterminant. Une preuve rattachant le manquement à l’obligation de diligence et le préjudice subi peut permettre au juge, selon les circonstances, d’inférer que la négligence du défendeur a probablement causé la perte. Voir *Snell et Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458. Voir également l’analyse de cette question par les tribunaux australiens : *Betts c. Whittingslowe* (1945), 71 C.L.R. 637 (H.C.), p. 649; *Bennett c. Minister of Community Welfare* (1992), 176 C.L.R. 408 (H.C.), p. 415-416; *Flounders c. Millar*, [2007] NSWCA 238, 49 M.V.R. 53; *Roads and Traffic Authority c. Royal*, [2008] HCA 19, 245 A.L.R. 653, par. 137-144.

[11] Lorsque la causalité fondée sur un facteur déterminant est établie par voie d’inférence seulement, il est loisible au défendeur de plaider que l’accident serait survenu sans sa négligence ou encore de présenter une preuve à cet effet, c’est-à-dire de démontrer que sa négligence n’a pas constitué une cause nécessaire du préjudice, lequel était de toute façon inévitable. Comme l’a affirmé le juge Sopinka dans *Snell*, à la p. 330 :

Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais en l’absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n’a pas été produite. Si le défendeur présente des éléments de preuve contraires, le juge de première instance a le droit de tenir compte du fameux principe de lord Mansfield [selon lequel [TRADUCTION] « tout élément de preuve doit être apprécié en fonction de la preuve qu’une partie avait le pouvoir de produire et que la partie adverse avait le pouvoir de contredire » (*Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, p. 970)]. À mon avis c’est ce que lord Bridge avait à l’esprit dans l’arrêt *Wilsher* lorsqu’il a parlé d’une [TRADUCTION] « façon décisive et pragmatique d’aborder les faits » (p. 569). [Je souligne.]

[12] Dans certains cas, un préjudice — la perte pour laquelle le demandeur réclame une indemnité — peut découler d’un certain nombre d’actes de négligence distincts commis par des auteurs différents, actes dont chacun constitue une cause

the defendants are said to be jointly and severally liable. The judge or jury then apportions liability according to the degree of fault of each defendant pursuant to contributory negligence legislation.

[13] To recap, the basic rule of recovery for negligence is that the plaintiff must establish on a balance of probabilities that the defendant caused the plaintiff's injury on the "but for" test. This is a factual determination. Exceptionally, however, courts have accepted that a plaintiff may be able to recover on the basis of "material contribution to risk of injury", without showing factual "but for" causation. As will be discussed in more detail below, this can occur in cases where it is impossible to determine which of a number of negligent acts by multiple actors in fact caused the injury, but it is established that one or more of them did in fact cause it. In these cases, the goals of tort law and the underlying theory of corrective justice require that the defendant not be permitted to escape liability by pointing the finger at another wrongdoer. Courts have therefore held the defendant liable on the basis that he materially contributed to the risk of the injury.

[14] "But for" causation and liability on the basis of material contribution to risk are two different beasts. "But for" causation is a factual inquiry into what likely happened. The material contribution to risk test removes the requirement of "but for" causation and substitutes proof of material contribution to risk. As set out by Smith J.A. in *MacDonald v. Goertz*, 2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68, at para. 17:

nécessaire ou « déterminante » du préjudice. En pareils cas, les défendeurs sont considérés solidairement responsables. Ensuite, conformément aux dispositions législatives en matière de négligence contributive, le juge ou le jury répartit la responsabilité entre les défendeurs selon le degré de faute de chacun.

[13] Pour récapituler, la règle fondamentale de l'indemnisation du préjudice en cas de négligence exige que le demandeur établisse, suivant la prépondérance des probabilités et au moyen du critère du facteur déterminant, que le défendeur a causé le préjudice. Il s'agit d'une question de fait. Exceptionnellement toutefois, les tribunaux ont reconnu qu'un demandeur peut être en mesure de se faire indemniser sur la base de la « contribution appréciable au risque de préjudice », sans avoir à établir factuellement la causalité fondée sur un facteur déterminant. Comme nous le verrons plus en détail ci-après, cela peut se produire dans les cas où il s'avère impossible de déterminer parmi plusieurs actes de négligence commis par un certain nombre d'auteurs lequel a effectivement causé le préjudice, mais où il est établi qu'un ou plusieurs de ces actes ont bel et bien causé le préjudice. Dans de tels cas, les objectifs du droit des délits et les principes qui sous-tendent la justice réparatrice exigent que l'on empêche le défendeur d'échapper à toute responsabilité en montrant du doigt un autre transgresseur. Les tribunaux tiennent donc le défendeur responsable, au motif qu'il a contribué de façon appréciable au risque à l'origine du préjudice.

[14] La causalité fondée sur un facteur déterminant et la responsabilité basée sur une contribution appréciable au risque sont deux choses bien différentes. Le critère du facteur déterminant commande une analyse factuelle de ce qui s'est probablement passé. Pour sa part, le critère de la contribution appréciable au risque écarte l'obligation d'établir la causalité fondée sur un facteur déterminant et lui substitue la preuve d'une contribution appréciable au risque. Comme l'a expliqué le juge d'appel Smith dans l'arrêt *MacDonald c. Goertz*, 2009 BCCA 358, 275 B.C.A.C. 68, par. 17 :

... “material contribution” does not signify a test of causation at all; rather it is a policy-driven rule of law designed to permit plaintiffs to recover in such cases despite their failure to prove causation. In such cases, plaintiffs are permitted to “jump the evidentiary gap”: see “Lords a’leaping evidentiary gaps” (2002), *Torts Law Journal* 276, and “Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences” (2003), 119 L.Q.R. 388, both by Professor Jane Stapleton. That is because to deny liability “would offend basic notions of fairness and justice”: *Hanke v. Resurfice Corp.*, para. 25.

[15] While the cases and scholars have sometimes spoken of “material contribution to the injury” instead of “material contribution to risk”, the latter is the more accurate formulation. As will become clearer when we discuss the cases, “material contribution” as a substitute for the usual requirement of “but for” causation only applies where it is impossible to say that a particular defendant’s negligent act in fact caused the injury. It imposes liability not because the evidence establishes that the defendant’s act caused the injury, but because the act contributed to the risk that injury would occur. Thus, this Court in *Snell and Resurfice Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333, raised the possibility of a material contribution to risk approach. The English law takes the same approach, as discussed below.

[16] Elimination of proof of causation as an element of negligence is a “radical step that goes against the fundamental principle stated by Diplock, L.J., in *Browning v. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089 (C.A.), at p. 1094-95: ‘. . . A defendant in an action in negligence is not a wrongdoer at large: he is a wrongdoer only in respect of the damage which he actually causes to the plaintiff’”: *Mooney v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74, at para. 157, *per*

[TRANSLATION] . . . la « contribution appréciable » n’est pas du tout un critère de causalité; il s’agit plutôt d’une règle de droit fondée sur des considérations de politique générale et visant à permettre au demandeur de se faire indemniser même s’il n’a pas été en mesure d’établir de lien de causalité. Le demandeur peut alors « surmonter cette lacune de la preuve » : voir « Lords a’leaping evidentiary gaps » (2002), *Torts Law Journal* 276, et « Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences » (2003), 119 L.Q.R. 388, deux articles de la professeure Jane Stapleton. Il en est ainsi parce qu’il « serait contraire aux notions fondamentales d’équité et de justice » de ne pas reconnaître la responsabilité du défendeur : *Hanke c. Resurfice Corp.*, par. 25.

[15] Bien que certains tribunaux et auteurs aient parfois parlé de « contribution appréciable au préjudice » plutôt que de « contribution appréciable au risque », cette dernière formulation est la plus juste. Comme le précisera notre analyse de la jurisprudence, le critère de la « contribution appréciable » ne peut se substituer à l’obligation habituelle d’établir la causalité fondée sur un « facteur déterminant » que dans les cas où il est impossible d’affirmer qu’un acte de négligence d’un défendeur donné a effectivement causé le préjudice. La responsabilité est imputée en vertu de ce critère non pas parce que la preuve établit que l’acte du défendeur a causé le préjudice, mais plutôt parce que cet acte a contribué au risque que le préjudice se produise. Par exemple, dans les arrêts *Snell et Resurfice Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333, notre Cour a fait état de la possibilité d’appliquer le critère de contribution appréciable au risque. Comme nous le verrons plus loin, la même approche est retenue en droit anglais.

[16] Éliminer l’obligation de prouver la causalité en tant qu’élément de la négligence constitue une [TRANSLATION] « mesure radicale, qui va à l’encontre du principe fondamental énoncé par le lord juge Diplock dans *Browning c. War Office*, [1962] 3 All E.R. 1089 (C.A.), p. 1094-1095 : “[. . .] Le défendeur à une action en négligence n’est pas l’auteur d’un tort en général; il est uniquement l’auteur du préjudice qu’il cause réellement au demandeur” » : *Mooney c. British Columbia (Attorney General)*,

Smith J.A., concurring in the result. For that reason, recourse to a material contribution to risk approach is necessarily rare, and justified only where it is required by fairness and conforms to the principles that ground recovery in tort.

B. *The Material Contribution to Risk Approach*

1. The Canadian Cases

[17] The possibility of material contribution as an exceptional substitute for “but for” causation has arisen in a variety of contexts involving multiple tortfeasors.

[18] One of the earliest cases on the issue is *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830. Three men were out hunting. Two of them fired shots, virtually simultaneously. One of the shots struck a fourth hunter, Mr. Lewis, who was injured and sued both defendants in negligence. On the evidence, it could not be established which defendant’s gun had fired the shot that injured Mr. Lewis. Clearly, one of the men had caused Mr. Lewis’ injury, and one had not. But which one? The evidence shed no light on this. The defendants contended that the plaintiff’s action must be dismissed because he had not proved “but for” causation against either defendant, relying on the classic “point the finger at someone else” defence. Both defendants were found jointly and severally liable. The majority reasons in this Court spoke of reversing the onus in these circumstances, rather than material contribution to risk.

[19] The Court in *Cook* relaxed the usual “but for” test for causation on the basis that fairness required this. It was “impossible” for the plaintiff to prove on a balance of probabilities that either man had injured him on the “but for” test; both defendants

2004 BCCA 402, 202 B.C.A.C. 74, par. 157, le juge Smith, souscrivant au résultat. Pour cette raison, le recours au critère de la contribution appréciable au risque est forcément rare, et il ne se justifie que si l’équité l’exige et si les principes sur lesquels repose l’indemnisation en matière délictuelle sont respectés.

B. *Le critère de la contribution appréciable au risque*

1. La jurisprudence canadienne

[17] La possibilité de substituer exceptionnellement le critère de la contribution appréciable à celui de la causalité fondée sur un facteur déterminant s’est soulevée dans divers contextes mettant en cause de multiples auteurs d’un délit.

[18] L’arrêt *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, est l’un des premiers arrêts sur le sujet. Alors que trois hommes chassaient, deux ont fait feu, pratiquement en même temps. Un des coups de feu a atteint et blessé un quatrième chasseur, M. Lewis. Ce dernier a poursuivi les deux défendeurs pour négligence. La preuve ne permettait pas d’établir de quelle arme provenaient les plombs qui avaient blessé M. Lewis. De toute évidence, un des défendeurs avait causé la blessure du demandeur, l’autre non. Mais lequel? La preuve n’aidait aucunement à répondre à cette question. Invoquant le moyen de défense classique qui consiste à « montrer du doigt quelqu’un d’autre », les défendeurs ont prétendu que l’action devait être rejetée, étant donné que le demandeur n’avait établi à l’égard d’aucun d’eux l’existence d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant. Les deux défendeurs ont été reconnus solidairement responsables. Les juges majoritaires de la Cour ont parlé d’inversion du fardeau de la preuve en de telles circonstances au lieu de contribution appréciable au risque.

[19] Dans *Cook*, la Cour a assoupli le critère habituel du facteur déterminant, au motif que l’équité commandait une telle mesure. Il était « impossible » pour le demandeur de prouver, selon la prépondérance des probabilités et en application de

could say it was just as likely the other had caused Mr. Lewis' injury, precluding the plaintiff from discharging his burden against either. Only one of the defendants had *in fact* injured the plaintiff. But both defendants had breached their duty of care to Mr. Lewis and subjected him to unreasonable risk of the injury that in fact materialized. The plaintiff was the victim of negligent conduct "but for" which he would not have been injured. To deny him recovery, while allowing the negligent defendants to escape liability by pointing the finger at each other, would not have met the goals of negligence law of compensation, fairness and deterrence, in a manner consistent with corrective justice.

[20] *Cook* was considered in *Snell*. The plaintiff in *Snell* had undergone surgery to remove a cataract. Bleeding occurred. When the bleeding cleared up nine months later, it was found that the plaintiff's optic nerve had atrophied, causing loss of sight in her right eye. Neither of the expert witnesses was able to state what caused the atrophy or when it had occurred. The trial judge, upheld by the Court of Appeal, did not apply the usual "but for" test, but applied a reverse onus test. This Court affirmed recovery, but on the basis of a robust and common sense application of the "but for" test. However, Sopinka J. suggested that had it been necessary and appropriate, a material contribution to risk approach might have been applicable:

I have examined the alternatives arising out of [*McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1 (H.L.)]. They were that the plaintiff simply prove that the defendant created a risk that the injury which occurred would occur. Or, what amounts to the same thing, that

ce critère, qu'il avait été blessé par l'un ou l'autre des défendeurs. En effet, chacun d'eux pouvait affirmer qu'il était tout aussi vraisemblable que ce soit l'autre qui ait blessé M. Lewis, ce qui empêchait ce dernier de s'acquitter de son fardeau de preuve à leur égard. Un seul des défendeurs avait *effectivement* blessé le demandeur. Cependant, les deux défendeurs avaient manqué à leur obligation de diligence envers M. Lewis et l'avaient exposé à un risque déraisonnable de préjudice, risque qui s'était effectivement matérialisé. « N'eût été » la conduite négligente des défendeurs, le demandeur n'aurait pas été blessé. Refuser de l'indemniser, et de ce fait permettre aux défendeurs négligents d'échapper à toute responsabilité en se montrant du doigt mutuellement, n'aurait pas permis d'atteindre les objectifs du droit de la négligence — à savoir l'indemnisation, l'équité et la dissuasion — d'une manière compatible avec la justice réparatrice.

[20] L'arrêt *Cook* a été analysé dans *Snell*, affaire dans laquelle la demanderesse avait subi une intervention chirurgicale pour se faire enlever une cataracte. Un saignement s'est produit et, quand le sang a disparu neuf mois plus tard, on a constaté une atrophie du nerf optique, laquelle avait causé la perte de vision de l'œil droit de la demanderesse. Aucun des témoins experts n'a été en mesure de se prononcer sur la cause de l'atrophie ou sur le moment où elle s'était produite. Le juge de première instance, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel, n'a pas appliqué le critère habituel du facteur déterminant, mais il a plutôt renversé le fardeau de la preuve. Notre Cour a confirmé l'indemnisation, mais en appliquant de manière décisive et logique le critère du facteur déterminant. Le juge Sopinka a toutefois mentionné que, s'il avait été nécessaire et opportun de le faire, on aurait pu appliquer une approche fondée sur la contribution appréciable au risque :

J'ai examiné les possibilités qui découlent de l'arrêt [*McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1 (H.L.)]. Le demandeur devait simplement démontrer que le défendeur avait créé un risque que le préjudice qui s'est produit se produise. Ou, ce qui revient au même,

the defendant has the burden of disproving causation. If I were convinced that defendants who have a substantial connection to the injury were escaping liability because plaintiffs cannot prove causation under currently applied principles, I would not hesitate to adopt one of these alternatives. In my opinion, however, properly applied, the principles relating to causation are adequate to the task. [Emphasis added; pp. 326-27.]

[21] Sopinka J. went on to underline the importance of establishing a *substantial connection* between the injury and the defendant's negligence. The usual requirement of proof of "but for" causation should not be relaxed where the result would be to permit plaintiffs to recover in the absence of evidence connecting the defendant's fault to the plaintiff's injury. Thus, Sopinka J. stated that if the injury likely was brought about by "neutral" factors, that is, it would have occurred absent any negligence, the plaintiff cannot succeed. To allow recovery where the injury was the result of neutral factors would neither further the goals of compensation, fairness and deterrence, nor comport with the theory of corrective justice that underlies the law of negligence.

[22] These ideas were again taken up in *Athey*. The plaintiff, who suffered from pre-existing back problems, suffered a herniated disc after two motor vehicle accidents. He sued the drivers of the motor vehicles in negligence for his injury. The trial judge held that although the accidents were "not the sole cause" of the disc herniation, they played "some causative role" (para. 8). She accordingly found the defendants liable for 25 percent of the plaintiff's loss. In the Court of Appeal, the plaintiff sought to uphold the result on the basis of material contribution, but that court declined to consider the issue as it had not been raised at trial.

le défendeur avait le fardeau de réfuter l'existence du lien de causalité. Si j'étais convaincu que des défendeurs qui ont un lien important avec le préjudice subi échappaient à toute responsabilité parce que les demandeurs sont dans l'impossibilité de démontrer l'existence du lien de causalité en vertu des principes qui sont actuellement appliqués, je n'hésiterais pas à adopter une de ces solutions. Toutefois, j'estime que, s'ils sont bien appliqués, les principes relatifs à la causalité fonctionnent adéquatement. [Je souligne; p. 326-327.]

[21] Le juge Sopinka a ensuite souligné l'importance d'établir un *rapport important* entre le préjudice et la négligence du défendeur. Il ne convient pas d'assouplir l'obligation habituelle requérant la preuve de l'existence d'un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant si cela a pour effet de permettre l'indemnisation du demandeur en l'absence de preuve rattachant la faute commise par le défendeur au préjudice subi par le demandeur. En conséquence, le juge Sopinka a précisé que, si le préjudice résulte vraisemblablement de facteurs « neutres » — c'est-à-dire qu'il serait survenu en l'absence de négligence —, le demandeur ne saurait avoir gain de cause. Le fait de permettre l'indemnisation lorsque le préjudice résulte de facteurs neutres ne favoriserait pas la réalisation des objectifs de réparation, d'équité et de dissuasion, et ne serait pas non plus compatible avec les principes de la justice réparatrice qui sous-tendent le droit de la négligence.

[22] Ces notions ont été reprises à nouveau dans l'arrêt *Athey*. Le demandeur, qui souffrait de problèmes de dos préexistants, a subi une hernie discale après avoir eu deux accidents d'automobile. Il a poursuivi en négligence les conducteurs des véhicules. La juge de première instance a conclu que, bien que les accidents n'aient « pas été la seule cause » de l'hernie discale, ils avaient constitué « un facteur de causalité » (par. 8). Elle a donc jugé les défendeurs responsables de 25 p. 100 du préjudice subi par le demandeur. Celui-ci a demandé à la Cour d'appel de confirmer cette décision sur la base du critère de la contribution appréciable, mais cette dernière a refusé d'examiner cette question au motif qu'elle n'avait pas été soulevée en première instance.

[23] This Court, *per* Major J., discussed the limitations of the “but for” test and the propriety of exceptionally using a material contribution test. Major J. emphasized that a robust common sense approach to the “but for” test permits an inference of “but for” causation from evidence that the defendant’s conduct was a significant factor in the injury, and concluded that “[t]he plaintiff must prove causation by meeting the ‘but for’ or material contribution test” (para. 41). Major J. concluded that the 25 percent contribution found by the trial judge was a “material contribution” sufficient to meet the “but for” test. The term “material contribution”, read in context, does not detract from the fact that the Court in the end applied a robust, common sense application of the “but for” test, in accordance with *Snell*.

[24] The problem of proof of causation where there are two or more possible tortfeasors arose in a slightly different manner in *Walker Estate v. York Finch General Hospital*, 2001 SCC 23, [2001] 1 S.C.R. 647. Ms. Walker contracted HIV from tainted blood. Her estate sued the supplier of the blood for negligence in failing to screen out donors with a high risk of HIV by warning them not to give blood. In defence, the suppliers argued that “but for” causation was not established, because even if they had taken the required steps to screen, persons with HIV who did not know of their condition or who did not wish to disclose it might have donated blood in any event. The Court rejected this defence and found the supplier liable.

[25] In *Walker Estate*, as in *Athey*, Major J. once again alluded to the inadequacy of the “but for”

[23] Notre Cour, sous la plume du juge Major, a analysé les limites du critère du facteur déterminant ainsi que l’opportunité de recourir exceptionnellement au critère de la contribution appréciable. Le juge Major a souligné que l’application décisive et logique du critère du facteur déterminant permet d’inférer l’existence d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant à partir d’éléments de preuve indiquant que la conduite du défendeur a constitué un facteur important dans la réalisation du préjudice, et il a conclu que « [l]e demandeur doit prouver le lien de causalité en satisfaisant au critère du facteur déterminant ou de la contribution appréciable » (par. 41). De l’avis du juge Major, la contribution de 25 p. 100 constatée par la juge de première instance constituait une « contribution appréciable » suffisante pour répondre au critère du facteur déterminant. Considérée dans le contexte de cet arrêt, la présence de l’expression « contribution appréciable » ne change rien au fait que, en dernière analyse, la Cour a appliqué de manière décisive et logique le critère du facteur déterminant, en conformité avec l’arrêt *Snell*.

[24] Le problème que constitue la preuve de la causalité lorsqu’il y a au moins deux possibles auteurs du délit s’est posé d’une manière légèrement différente dans *Walker, Succession c. York Finch General Hospital*, 2001 CSC 23, [2001] 1 R.C.S. 647. Madame Walker avait contracté le VIH après avoir reçu une transfusion de sang contaminé. Sa succession a poursuivi le fournisseur de sang, lui reprochant d’avoir été négligent parce qu’il n’avait pas filtré les donneurs à risque élevé de transmettre le VIH en les avisant de ne pas donner de sang. En défense, les fournisseurs ont soutenu qu’on n’avait pas établi de causalité fondée sur un facteur déterminant, étant donné que même s’ils avaient pris les mesures de sélection nécessaires, les personnes porteuses du VIH à leur insu ou celles qui ne voulaient pas révéler qu’elles en étaient porteuses auraient quand même pu donner du sang. Notre Cour a rejeté ce moyen de défense et déclaré le fournisseur responsable.

[25] Dans l’arrêt *Walker*, tout comme il l’avait fait dans *Athey*, le juge Major a de nouveau évoqué le

test in some situations, in particular in cases where multiple independent causes may bring about a single harm (para. 87). He found that causation in the usual sense could be established on the trial judge's findings (paras. 89-98). In *obiter*, however, Major J. adopted the reasoning of Sopinka J. in *Snell* to the effect that, in an appropriate case, where the ordinary principles of causation are inadequate to the task and result in unfairness and inconsistency with the underlying principles of negligence, it might be possible to dispense with factual proof of "but for" causation and apply a less onerous "material contribution" test (para. 99).

[26] This brings us to *Resurfice*. The plaintiff, whose job was to maintain ice surfaces, mistakenly poured water into the gas tank of the machine used for that purpose. Gasoline vapour was sparked, causing an explosion and fire, and the plaintiff was badly burned. He sued the manufacturer and distributor of the machine, alleging negligence in not arranging or marking the machine in a way that would have avoided confusion between the water tank and the gas tank. The trial judge found that the plaintiff had not proved that the accident had been caused by the manufacturer or the distributor and dismissed the action. The Court of Appeal ordered a new trial on the basis that the trial judge had erred in his treatment of foreseeability and causation.

[27] This Court endorsed the trial judge's conclusion that the plaintiff had failed to establish causation on the "but for" test, and held that a material contribution approach was inapplicable. The decision affirmed that in "special circumstances", the law has recognized that the "but for" test for causation should be replaced by a material contribution approach (para. 24). This may occur where it is "impossible" for the plaintiff to prove causation on the "but for" test, and where it is clear that

caractère inadéquat du critère du facteur déterminant dans certaines situations, en particulier lorsque plusieurs causes distinctes peuvent donner lieu à un seul préjudice (par. 87). Il a conclu que la causalité au sens usuel du terme pouvait être établie à partir des conclusions tirées par le juge de première instance (par. 89-98). Toutefois, en *obiter*, le juge Major a fait sien le raisonnement du juge Sopinka dans *Snell* selon lequel dans les cas qui s'y prêtent, lorsque les principes ordinaires de causalité sont inadéquats et aboutissent à un résultat inéquitable et incompatible avec les principes qui sous-tendent le droit de la négligence, il pourrait être possible de se passer de la preuve factuelle de la causalité fondée sur un facteur déterminant et d'appliquer le critère moins exigeant de la « contribution appréciable » (par. 99).

[26] Ce qui précède nous amène à l'arrêt *Resurfice*. Dans cette affaire, le demandeur — dont le travail consistait à entretenir des surfaces glacées — avait versé par erreur de l'eau dans le réservoir à essence de la machine qu'il utilisait pour accomplir son travail. De la vapeur d'essence s'était ensuite enflammée, causant une explosion et un incendie, et le demandeur avait été grièvement brûlé. Ce dernier a poursuivi le fabricant et le distributeur de la surfaceuse, alléguant qu'ils avaient été négligents parce qu'ils n'avaient pas conçu la machine de manière à éviter toute confusion entre le réservoir d'eau et le réservoir à essence en arrangeant ou identifiant ces pièces adéquatement. Le juge de première instance a conclu que le demandeur n'avait pas prouvé que l'accident avait été causé par le fabricant ou le distributeur et il a rejeté l'action. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès, au motif que le juge du procès avait fait erreur en analysant la prévisibilité et la causalité.

[27] Notre Cour a souscrit à la conclusion du juge de première instance selon laquelle le demandeur n'avait pas réussi à établir la causalité suivant le critère du facteur déterminant, et elle a jugé que le critère de la contribution appréciable ne s'appliquait pas. Cet arrêt a confirmé que le droit reconnaît qu'il convient dans certaines « circonstances particulières » de remplacer le critère du facteur déterminant par celui de la contribution appréciable (par. 24). Cela peut se produire lorsqu'il est

the defendant breached his duty of care in a way that exposed the plaintiff to an unreasonable risk of injury. The basis for the exception in these circumstances is that requiring “but for” causation “would offend basic notions of fairness and justice” (para. 25).

[28] To recap, the Canadian Supreme Court jurisprudence on a material contribution approach to date may be summarized as follows. First, while accepting that it might be appropriate in “special circumstances”, the Court has never in fact applied a material contribution to risk test. *Cook* was analyzed on a reverse onus basis. *Snell*, *Athey*, *Walker Estate* and *Resurfice* were all resolved on a robust and common sense application of the “but for” test of causation. Nevertheless, the Court has acknowledged the difficulties of proof that multi-tortfeasor cases may pose — difficulties which in some cases may justify relaxing the requirement of “but for” causation and finding liability on a material contribution to risk approach.

2. The United Kingdom Cases

[29] The courts of the United Kingdom have adopted a material contribution to risk approach to the problem of toxic agent cases involving negligence by more than one employer: *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305; and *Barker v. Corus UK Ltd.*, [2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572. Recently, the United Kingdom Supreme Court decided that a material contribution to risk approach can apply as well when a single negligent employer has exposed a plaintiff to asbestos: see *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd.*, [2011] UKSC 10, [2011] 2 All

« impossible » pour le demandeur de prouver la causalité suivant le critère du facteur déterminant, et qu’il est clair que le défendeur a manqué à son obligation de diligence envers le demandeur d’une manière qui a exposé ce dernier à un risque déraisonnable de préjudice. Dans de telles circonstances, le fondement de cette exception tient à ce qu’il « serait contraire aux notions fondamentales d’équité et de justice » d’exiger la preuve d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant (par. 25).

[28] Pour récapituler, la jurisprudence existante de la Cour suprême du Canada sur le critère de la contribution appréciable peut se résumer ainsi. Premièrement, bien que la Cour reconnaisse qu’il pourrait convenir d’appliquer le critère de la contribution appréciable au risque dans certaines « circonstances particulières », elle ne l’a en fait jamais appliqué. Elle a analysé l’affaire *Cook* sur la base du renversement du fardeau de la preuve. Les affaires *Snell*, *Athey*, *Walker* et *Resurfice* ont toutes été tranchées par l’application décisive et logique du critère de la causalité fondée sur un facteur déterminant. La Cour a néanmoins reconnu les difficultés que pourrait présenter la preuve dans les affaires mettant en cause plusieurs auteurs de délit — difficultés qui, dans certains cas, peuvent justifier d’assouplir l’obligation de prouver la causalité suivant le critère facteur déterminant en permettant de conclure à la responsabilité au moyen du critère de la contribution appréciable au risque.

2. La jurisprudence du Royaume-Uni

[29] Les tribunaux britanniques ont retenu le critère de la contribution appréciable au risque dans des affaires d’exposition à des agents toxiques mettant en cause la négligence de plus d’un employeur : *Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd.*, [2002] UKHL 22, [2002] 3 All E.R. 305; et *Barker c. Corus UK Ltd.*, [2006] UKHL 20, [2006] 2 A.C. 572. Récemment, la Cour suprême du Royaume-Uni a également appliqué ce critère dans un cas où un seul employeur négligent avait exposé le demandeur à l’amiante : voir *Sienkiewicz c. Greif (UK) Ltd.*, [2011] UKSC 10,

E.R. 857. I will return to this case later in these reasons.

[30] The plaintiffs in *Fairchild* and *Barker* had developed diseases related to toxic workplace agents, but were unable to prove which of several possible sources of the agents had caused their disease. In both cases, the plaintiffs had been exposed to asbestos at different times when working for different employers. A single fibre of asbestos could have caused the disease. As all the employers had exposed the employee to the same risk, it was impossible to say which employer's negligence in fact led to the disease. In each case, the defendants pointed the finger at the negligence of others. And in each case, the court rejected this defence and found liability on the basis of material contribution.

[31] The U.K. toxic agent cases debated whether the defendants in these circumstances were held liable because they materially contributed to the *injury*, or to the *risk* of the injury. Lord Hoffmann, in *Barker*, stated that the purpose of the *Fairchild* exception was "to provide a cause of action against a defendant who has materially increased the risk that the claimant will suffer damage and may have caused that damage, but cannot be proved to have done so because it is impossible to show, on a balance of probability, that some other exposure to the same risk may not have caused it instead" (para. 17).

[32] Viewed generally, the toxic agent cases up to *Sienkiewicz* hold that resort may be had to the concept of material contribution to the risk of injury where it is plain that any or all of a number of tortfeasors could have caused the plaintiff's injury, but it is impossible to say that any particular one in fact did so. In this situation, fairness and policy

[2011] 2 All E.R. 857. Je reviendrai plus loin sur cet arrêt.

[30] Dans les affaires *Fairchild* et *Barker*, les demandeurs avaient contracté des maladies attribuables à des agents toxiques dans leur milieu de travail, mais ils étaient incapables de prouver laquelle parmi plusieurs sources possibles d'agents toxiques avait causé leur maladie. Dans chaque cas, le demandeur avait été exposé à l'amiante à des périodes différentes, alors qu'il travaillait pour des employeurs différents. Une seule fibre d'amiante pouvait avoir causé la maladie. Comme tous les employeurs avaient exposé l'employé au même risque, il était impossible d'imputer la maladie de ce dernier à la négligence d'un employeur en particulier. Dans chacune de ces affaires, les défendeurs se sont montrés mutuellement du doigt, invoquant la négligence des autres. Et dans chaque affaire, la cour a rejeté ce moyen de défense et conclu à la responsabilité sur la base du critère de la contribution appréciable.

[31] Dans les affaires décidées au Royaume-Uni en matière d'exposition à des agents toxiques, le tribunal s'est demandé si les défendeurs dans les circonstances de ces affaires étaient responsables parce qu'ils avaient contribué de manière appréciable au *préjudice* ou encore au *risque* de préjudice. Dans l'arrêt *Barker*, lord Hoffmann a affirmé que l'exception établie dans *Fairchild* avait pour objet de [TRADUCTION] « créer une cause d'action contre un défendeur qui a augmenté de façon appréciable le risque que le demandeur subisse un préjudice et qui a pu causer ce préjudice, sans toutefois qu'on puisse prouver qu'il l'a fait, parce qu'il est impossible de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le préjudice ne résulte pas plutôt d'une autre exposition au même risque » (par. 17).

[32] Globalement, les décisions rendues en matière d'agents toxiques avant l'arrêt *Sienkiewicz* indiquent qu'il est possible de recourir à la notion de contribution appréciable au risque de préjudice dans les cas où il est évident que tous les auteurs de délit ou l'un d'entre eux ont pu causer le préjudice du demandeur, mais où il est impossible

support relaxation of the “but for” test. In each case, the plaintiff would not have contracted the disease, “but for” the negligence of the defendants as a group. As I will discuss further below, to allow the defendants to each escape liability by pointing the finger at one another would have been at odds with the fairness, deterrence, and corrective justice objectives of the law of negligence.

3. When Is a Material Contribution to Risk Approach Available?

[33] We have seen that the jurisprudence establishes that while tort liability must generally be founded on proof that “but for” the defendant’s negligence the injury would not have occurred, exceptionally proof of factual causation can be replaced by proof of a material contribution to the risk that gave rise to the injury.

[34] In *Resurfice*, this Court summarized the cases as holding that a material contribution approach may be appropriate where it is “impossible” for the plaintiff to prove causation on the “but for” test and where it is clear that the defendant breached its duty of care (acted negligently) in a way that exposed the plaintiff to an unreasonable risk of injury. As a summary of the jurisprudence, this is accurate. However, as a test it is incomplete. A clear picture of when “but for” causation can be replaced by material contribution to risk requires further exploration of what is meant by “impossible to prove” (*Resurfice*, at para. 28) and what substratum of negligence must be shown. I will discuss each of these related concepts in turn.

d’affirmer que c’est l’un d’eux en particulier qui l’a effectivement causé. Dans une telle situation, des considérations d’équité et de politique générale justifient d’assouplir le critère du facteur déterminant. Dans chacune de ces affaires, le demandeur n’aurait pas contracté la maladie « n’eût été » la négligence des défendeurs en tant que groupe. Comme je l’expliquerai davantage plus loin, permettre aux défendeurs d’échapper à toute responsabilité en se montrant mutuellement du doigt aurait été contraire aux objectifs d’équité, de dissuasion et de justice réparatrice du droit de la négligence.

3. Dans quelles circonstances peut-on recourir au critère de la contribution appréciable au risque?

[33] Nous avons vu que, selon la jurisprudence, bien que la responsabilité délictuelle requière généralement la preuve que, « n’eût été » la négligence du défendeur, le préjudice ne se serait pas produit, la preuve de la causalité factuelle peut exceptionnellement être remplacée par la preuve d’une contribution appréciable au risque qui a entraîné le préjudice.

[34] Dans *Resurfice*, notre Cour a résumé ainsi la jurisprudence pertinente : il peut s’avérer indiqué de recourir au critère de la contribution appréciable dans les cas où il est « impossible » pour le demandeur de prouver la causalité au moyen du critère du facteur déterminant, et où il est clair que le défendeur a manqué à son obligation de diligence (en agissant négligemment) d’une manière qui a exposé le demandeur à un risque déraisonnable de préjudice. Ce qui précède résume fidèlement la jurisprudence, mais ne décrit pas de façon complète l’analyse pertinente. Pour brosser un tableau précis des circonstances dans lesquelles la causalité fondée sur un facteur déterminant peut être remplacée par la contribution appréciable au risque, il faut examiner plus en profondeur ce que l’on entend par l’expression « impossib[le] de prouver » (*Resurfice*, par. 28) et quel est le substrat de négligence à établir. Je vais analyser chacune de ces notions connexes à tour de rôle.

(a) “*Impossibility*”

[35] The idea running through the jurisprudence that to apply the material contribution approach it must be “impossible” for the plaintiff to prove that the defendant’s negligence caused the plaintiff’s injury using the “but for” test has produced uncertainty in this case and elsewhere.

[36] Some have suggested that “but for” proof must be logically or conceptually impossible before material contribution to risk is available, arguing that *Cook* and the toxic agent cases show impossibility in this sense. But it is difficult to know what this means. As a matter of pure logic, it is conceivable that ballistics tests could have revealed which shotgun fired the shot that injured Mr. Lewis. It is also conceivable that with further understanding, medical science may someday be able to say which employer supplied the particle of asbestos that caused the plaintiffs in *Barker* to develop mesothelioma. Clearly the impossibility in those examples was related to difficulties with factual proof, not to logical problems inherent in the peculiarities of the case.

[37] However, the option of finding that a material contribution to risk approach is available whenever proof of “but for” causation cannot be made on the facts is equally problematic. First, how does one distinguish between a case of true impossibility of factual proof and a situation where the plaintiff simply fails to meet her burden of establishing “but for” causation on the evidence? Unless one can make a clear distinction, one effectively undermines the requirement that the plaintiff bears the burden of showing that, “but for” the defendant’s negligence, she would not have been injured. In any

a) « *Impossibilité* »

[35] L’idée dominante dans la jurisprudence — à savoir que, pour que le tribunal puisse recourir au critère de la contribution appréciable, il doit être « impossible » pour le demandeur de prouver, au moyen du critère du « facteur déterminant », que son préjudice a été causé par la négligence du défendeur — n’a pas manqué de créer de l’incertitude dans la présente espèce ainsi que dans d’autres affaires.

[36] Il faut, ont avancé certains, qu’il soit logiquement ou conceptuellement impossible de prouver la causalité selon le critère du facteur déterminant pour que le tribunal puisse appliquer le critère de la contribution appréciable au risque, soutenant que l’arrêt *Cook* et les affaires d’exposition à des agents toxiques sont des exemples d’impossibilité de cette nature. Il est cependant difficile de savoir exactement ce que l’on entend par là. En effet, d’un point de vue purement logique, on peut concevoir que des expertises balistiques auraient pu révéler de quel fusil provenaient les plombs qui ont blessé M. Lewis. On peut aussi concevoir que les progrès de la science médicale permettraient peut-être un jour de déterminer de quel employeur provenait la particule d’amiante qui a causé le développement du mésothéliome chez les demandeurs dans *Barker*. De toute évidence, l’impossibilité dans ces divers exemples tenait à des difficultés liées à la preuve factuelle, et non à des problèmes de logique inhérents aux particularités de l’instance.

[37] Toutefois, la faculté de recourir au critère de la contribution appréciable au risque chaque fois que les faits ne permettent pas d’établir la causalité suivant le critère du facteur déterminant pose tout autant problème. Tout d’abord, comment fait-on pour distinguer les cas où il est vraiment impossible d’apporter une preuve factuelle de ceux où le demandeur est simplement incapable de s’acquitter du fardeau qui lui incombe et d’établir, à partir de la preuve, un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant? À moins de pouvoir distinguer nettement ces deux types de situations,

difficult case, the plaintiff would be able to claim impossibility of proof of causation. Such a result would fundamentally change the law of negligence and sever it from its anchor in corrective justice that makes the defendant liable for the consequences, but only the consequences, of his negligent act.

[38] “Scientific impossibility”, relied on by the trial judge in this case, is merely a variant of factual impossibility and attracts the same objections. In many cases of causal uncertainty, it is conceivable that with better scientific evidence, causation could be clarified. Scientific uncertainty was referred to in *Resurfice* in the course of explaining the difficulties that have arisen in the cases. However, this should not be read as ousting the “but for” test for causation in negligence actions. The law of negligence has never required scientific proof of causation; to repeat yet again, common sense inferences from the facts may suffice. If scientific evidence of causation is not required, as *Snell* makes plain, it is difficult to see how its absence can be raised as a basis for ousting the usual “but for” test.

[39] What then are the cases referring to when they say that it must be “impossible” to prove “but for” causation as a precondition to a material contribution to risk approach? The answer emerges from the facts of the cases that have adopted such an approach. Typically, there are a number of tortfeasors. All are at fault, and one or more has in fact caused the plaintiff’s injury. The plaintiff would not have been injured “but for” their negligence, viewed globally. However, because each can point the finger at the other, it is impossible for the plaintiff to show on a balance of probabilities that

on se trouve en fait à atténuer l’obligation qu’a le demandeur de démontrer que, « n’eût été » la négligence du défendeur, il n’aurait pas subi de préjudice. Dans tous les cas épineux, le demandeur serait donc en mesure de plaider l’impossibilité de prouver la causalité. Un tel résultat aurait pour effet de modifier fondamentalement le droit de la négligence et de le détacher de son point d’ancrage dans la justice réparatrice, à savoir que le défendeur est responsable des conséquences de sa négligence, mais uniquement de ces conséquences.

[38] L’« impossibilité scientifique » sur laquelle s’est fondé le juge de première instance en l’espèce n’est qu’une variante de l’impossibilité factuelle, et on peut lui opposer les mêmes critiques. Dans bien des cas où la causalité est incertaine, il est concevable qu’une meilleure preuve scientifique permettrait de préciser le lien de causalité. La Cour a évoqué l’incertitude scientifique dans *Resurfice* lorsqu’elle a expliqué les difficultés qui se sont présentées dans la jurisprudence. Cela n’a toutefois pas pour effet d’écarter l’application du critère du facteur déterminant pour établir la causalité dans les actions en négligence. Le droit de la négligence n’a jamais exigé la preuve scientifique de la causalité; je tiens à rappeler que des inférences factuelles conformes au bon sens peuvent suffire. Si la preuve scientifique de la causalité n’est pas nécessaire, comme l’indique clairement l’arrêt *Snell*, il est difficile de voir en quoi son absence peut être invoquée pour justifier l’exclusion du critère habituellement applicable, soit celui du facteur déterminant.

[39] Que veulent donc dire les tribunaux lorsqu’ils affirment que, pour que puisse être appliqué le critère de la contribution appréciable au risque, il doit être « impossible » pour le demandeur de prouver la causalité suivant le critère du facteur déterminant? La réponse à cette question ressort des faits des affaires dans lesquelles les tribunaux ont adopté cette approche. On compte généralement plusieurs auteurs de délit dans ces affaires. Tous sont fautifs, et un ou plusieurs d’entre eux ont effectivement causé le préjudice du demandeur. Ce dernier n’aurait pas subi de préjudice « n’eût été » leur

any one of them in fact caused her injury. This is the impossibility of which *Cook* and the multiple-employer mesothelioma cases speak.

(b) *Substratum of Negligence Involving Multiple Possible Tortfeasors*

[40] The cases that have dispensed with the usual requirement of “but for” causation in favour of a less onerous material contribution to risk approach are generally cases where, “but for” the negligent act of one or more of the defendants, the plaintiff would not have been injured. This excludes recovery where the injury “may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone”: *Snell, per Sopinka J.*, at p. 327. The plaintiff effectively has established that the “but for” test, viewed globally, has been met. It is only when it is applied separately to each defendant that the “but for” test breaks down because it cannot be shown which of several negligent defendants actually launched the event that led to the injury. The plaintiff thus has shown negligence and a relationship of duty owed by each defendant, but faces failure on the “but for” test because it is “impossible”, in the sense just discussed, to show which act or acts were injurious. In such cases, each defendant who has contributed to the risk of the injury that occurred can be faulted.

[41] In these circumstances, permitting the plaintiff to succeed on a material contribution to risk basis meets the underlying goals of the law of negligence. Compensation for injury is achieved. Fairness is satisfied; the plaintiff has suffered a loss due to negligence, so it is fair that she turns to tort law for compensation. Further, each

négligence, considérée globalement. Toutefois, parce que tous les défendeurs peuvent se montrer du doigt mutuellement, il est impossible pour le demandeur d'établir, suivant la prépondérance des probabilités, que l'un ou l'autre d'entre eux a bel et bien causé son préjudice. Voilà l'impossibilité dont il est question dans l'arrêt *Cook* et dans les décisions sur le mésothéliome mettant en cause plusieurs employeurs.

b) *Le substrat de la négligence impliquant plusieurs auteurs possibles de délit*

[40] Les affaires dans lesquelles le critère ordinaire du facteur déterminant a été écarté au profit du critère moins exigeant de la contribution appréciable au risque sont généralement des affaires où, « n'eût été » l'acte de négligence d'un ou de plusieurs des défendeurs, le demandeur n'aurait pas subi de préjudice. L'indemnisation est toutefois exclue dans le cas où le préjudice « peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne » : *Snell*, le juge Sopinka, p. 327. Le demandeur a effectivement établi que, globalement, le critère du facteur déterminant est respecté. Ce n'est que lorsque ce critère est appliqué à chaque défendeur négligent séparément qu'il cesse d'être utile, car il s'avère impossible d'établir lequel d'entre eux est véritablement à l'origine de l'événement qui a entraîné le préjudice. Le demandeur a donc prouvé la négligence ainsi que l'existence d'une obligation incombant à chaque défendeur, mais il échoue suivant le critère du facteur déterminant, parce qu'il lui est « impossible », au sens que l'on vient tout juste d'expliquer, de démontrer lequel ou lesquels des actes ont été préjudiciables. Dans de tels cas, chaque défendeur qui a contribué au risque ayant entraîné le préjudice peut être déclaré fautif.

[41] Dans ces circonstances, donner gain de cause au demandeur sur la base du critère de la contribution appréciable au risque permet de réaliser les objectifs qui sous-tendent le droit relatif de la négligence. Il y a réparation du préjudice. L'équité est respectée; comme le demandeur a subi un préjudice par suite de la négligence d'autrui, il est juste qu'il

defendant failed to act with the care necessary to avoid potentially causing the plaintiff's loss, and each may well have in fact caused the plaintiff's loss. Deterrence is also furthered; potential tortfeasors will know that they cannot escape liability by pointing the finger at others. And these goals are furthered in a manner consistent with corrective justice; the deficit in the relationship between the plaintiff and the defendants viewed as a group that would exist if the plaintiff were denied recovery is corrected. The plaintiff has shown that she is in a correlative relationship of doer and sufferer of the same harm with the group of defendants as a whole, if not necessarily with each individual defendant.

[42] The only case to apply a material contribution to risk approach to a single tortfeasor is *Sienkiewicz*. A plaintiff suffering from mesothelioma had only been exposed to asbestos from a *single* negligent source and on the trial judge's findings, "but for" causation could not be inferred. The United Kingdom Supreme Court took the view that it was bound by precedent to apply a material contribution to risk approach in all mesothelioma cases. Several members of the court in *Sienkiewicz* noted the difficulty with such a result. Lady Hale observed that she found it hard to believe that a defendant "whose wrongful exposure might or might not have led to the disease would be liable in full for the consequences even if it was more likely than not that some other cause was to blame (let alone that it was not more likely than not that he was to blame)" (para. 167). In my view, nothing compels a similar result in Canada, and thus far, although Sopinka J.'s remarks in *Snell* (quoted above at para. 20) do not preclude it, courts in Canada have not applied a material contribution to risk test in a case with a single tortfeasor.

invoque le droit des délits pour obtenir réparation. De plus, tous les défendeurs ont omis de faire montre de la diligence nécessaire pour éviter de causer préjudice au demandeur, et chacun d'eux peut fort bien avoir effectivement causé le préjudice. La dissuasion est elle aussi favorisée; les éventuels auteurs de délit sauront qu'ils ne peuvent échapper à toute responsabilité en montrant autrui du doigt. En outre, la réalisation de ces objectifs est favorisée d'une manière conforme à la justice réparatrice; en effet, la lacune dont souffrirait le rapport entre le demandeur et les défendeurs — considérés en tant que groupe — si le demandeur se voyait refuser une indemnité est corrigée. Le demandeur a su démontrer qu'il existe entre lui et le groupe de défendeurs — même si ce n'est pas nécessairement avec chacun d'eux individuellement — un rapport de réciprocité les unissant en tant que victime et auteurs d'un même préjudice.

[42] L'arrêt *Sienkiewicz* est la seule affaire où le critère de la contribution appréciable au risque a été appliqué à un seul et même auteur de délit. Dans cette affaire, le demandeur atteint du mésothéliome n'avait été exposé à l'amiante que par un *seul* défendeur négligent et, d'après les conclusions du juge de première instance, aucune inférence de causalité fondée sur un facteur déterminant ne pouvait être tirée. La Cour suprême du Royaume-Uni a estimé qu'elle était liée par les précédents et qu'elle devait appliquer le critère de la contribution appréciable au risque dans toutes les affaires relatives au mésothéliome. Plusieurs juges ont cependant souligné le problème que pose un tel résultat. Par exemple, lady Hale a affirmé éprouver de la difficulté à accepter qu'un défendeur [TRADUCTION] « ayant fautivement exposé une personne [à l'amiante] — facteur qui a pu ou non entraîner la maladie — soit tenu entièrement responsable des conséquences, même si la situation était probablement imputable à une autre cause (d'autant plus qu'il était improbable qu'il en fût responsable) » (par. 167). À mon avis, rien ne commande un tel résultat au Canada et, jusqu'à présent, bien que les observations du juge Sopinka dans *Snell* (citées plus tôt, par. 20) ne l'écartent pas, les tribunaux canadiens n'ont pas appliqué le critère de la contribution appréciable au risque dans les cas où un seul auteur de délit est en cause.

[43] It is important to reaffirm that in the usual case of multiple agents or actors, the traditional “but for” test still applies. The question, as discussed earlier, is whether the plaintiff has shown that the negligence of one or more of the defendants was a necessary cause of the injury. Degrees of fault are reflected in calculations made under contributory negligence legislation. By contrast, the material contribution to risk approach applies where “but for” causation cannot be proven against any of multiple defendants, all negligent in a manner that might have in fact caused the plaintiff’s injury, because each can use a “point the finger” strategy to preclude a finding of causation on a balance of probabilities.

[44] This is not to say that new situations will not raise new considerations. I leave for another day, for example, the scenario that might arise in mass toxic tort litigation with multiple plaintiffs, where it is established statistically that the defendant’s acts induced an injury on some members of the group, but it is impossible to know which ones.

[45] The Court of Appeal reached a similar view of the law to that here proposed. It pointed out that the material contribution to risk exception to “but for” causation is not a test for proving factual causation, but a basis for finding “legal” causation where fairness and justice demand deviation from the “but for” test. It correctly identified the critical element for application of a material contribution to risk approach — the impossibility of proving which of two or more possible tortious causes is in fact the cause of the injury. And it correctly suggested that the approach could apply to situations where,

[43] Il importe de réaffirmer que le critère traditionnel du facteur déterminant continue de s’appliquer dans les affaires ordinaires mettant en cause plusieurs agents ou auteurs. Comme je l’ai expliqué précédemment, la question consiste à déterminer si le demandeur a établi que la négligence d’un ou de plusieurs des défendeurs a constitué une cause nécessaire du préjudice. Les degrés de faute respectifs de ceux-ci sont pris en compte lors des calculs effectués en application des dispositions législatives sur la négligence contributive. En revanche, c’est le critère de la contribution appréciable au risque qui s’applique dans les cas où il est impossible de prouver la causalité suivant le critère du facteur déterminant à l’égard d’aucun des différents défendeurs — qui ont par ailleurs tous fait preuve de négligence d’une manière susceptible d’avoir effectivement causé le préjudice du demandeur —, parce que chacun peut « montrer du doigt » les autres et ainsi empêcher l’établissement d’un lien de causalité suivant la prépondérance des probabilités.

[44] Cela ne signifie pas que de nouvelles situations ne soulèveront pas de nouvelles questions. Par exemple, je reporte à une autre occasion l’examen de la situation susceptible de se produire lorsque de nombreux demandeurs engagent une action en dommages-intérêts pour exposition à des agents toxiques et où, bien qu’il soit statistiquement démontré que les actes du défendeur ont causé préjudice à certains membres du groupe, il est par ailleurs impossible de déterminer quels sont ces membres.

[45] En l’espèce, l’interprétation qu’a donnée la Cour d’appel du droit applicable est semblable à celle proposée dans les présents motifs. Elle a souligné que la notion de contribution appréciable au risque — l’exception à la notion de causalité fondée sur un facteur déterminant — ne constitue pas un critère visant à établir la causalité factuelle, mais se veut plutôt un fondement permettant de conclure à l’existence de la causalité « juridique » lorsque l’équité et la justice exigent que l’on déroge au critère du facteur déterminant. Elle a bien cerné l’élément essentiel à l’application du critère de la

as in *Walker Estate*, a defendant attempts to defeat “but for” causation by pointing the finger at the hypothetical negligence of a third party that might have caused the loss in any event. It was unnecessary, in my view, to hang the analysis on “circular causation”, and “dependency causation”, which may complicate the matter rather than simplify it. However, in broad terms, the Court of Appeal correctly identified the circumstances where a material contribution to risk approach may exceptionally be imposed.

C. Summary

[46] The foregoing discussion leads me to the following conclusions as to the present state of the law in Canada:

- (1) As a general rule, a plaintiff cannot succeed unless she shows as a matter of fact that she would not have suffered the loss “but for” the negligent act or acts of the defendant. A trial judge is to take a robust and pragmatic approach to determining if a plaintiff has established that the defendant’s negligence caused her loss. Scientific proof of causation is not required.
- (2) Exceptionally, a plaintiff may succeed by showing that the defendant’s conduct materially contributed to risk of the plaintiff’s injury, where (a) the plaintiff has established that her loss would not have occurred “but for” the negligence of two or more tortfeasors, each possibly in fact responsible for the loss; and (b) the plaintiff, through no fault of her own, is unable to show that any one of the possible tortfeasors in fact was the necessary or “but for” cause of her injury, because each can point to one another as the possible “but for” cause

contribution appréciable au risque — l’impossibilité de prouver lequel de plusieurs facteurs délictuels possibles est effectivement la cause du préjudice. De plus, elle a mentionné avec raison que ce critère pourrait s’appliquer dans des cas où, comme dans *Walker*, un défendeur tente de réfuter l’existence d’un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant en montrant du doigt un tiers dont la négligence hypothétique pourrait en tout état de cause avoir causé le préjudice. Il n’était pas nécessaire, selon moi, de fonder l’analyse sur la [TRADUCTION] « causalité circulaire » et sur la « causalité tributaire de la conduite d’un tiers », ces notions étant susceptibles de compliquer l’analyse plutôt que de la simplifier. De manière générale toutefois, la Cour d’appel a bien su dégager les circonstances dans lesquelles le critère de la contribution appréciable au risque peut exceptionnellement être appliqué.

C. Résumé

[46] L’analyse qui précède m’amène à tirer les conclusions suivantes quant à l’état actuel du droit au Canada :

- (1) En règle générale, le demandeur ne saurait avoir gain de cause à moins de prouver que, dans les faits, il n’aurait pas subi de préjudice « n’eût été » l’acte ou les actes négligents du défendeur. Le juge de première instance doit décider, de manière décisive et pragmatique, si le demandeur a établi que la négligence du défendeur a causé le préjudice. La preuve scientifique de la causalité n’est pas requise.
- (2) Exceptionnellement, le demandeur peut avoir gain de cause en démontrant que la conduite du défendeur a contribué de façon appréciable au risque que le demandeur subisse un préjudice si les conditions suivantes sont réunies : a) le demandeur a établi qu’il n’aurait pas subi de préjudice « n’eût été » la négligence de plusieurs auteurs du délit, dont chacun pourrait concrètement être responsable de ce préjudice; b) sans aucune faute de sa part, le demandeur est incapable de démontrer que l’un ou l’autre des auteurs possibles du délit a été la cause

of the injury, defeating a finding of causation on a balance of probabilities against anyone.

nécessaire ou « déterminante » de son préjudice, parce que tous les défendeurs peuvent se montrer du doigt mutuellement comme étant la possible cause déterminante du préjudice et empêcher ainsi un tribunal de conclure, suivant la prépondérance des probabilités, à l'existence d'un lien de causalité à l'égard de qui que ce soit.

D. *Application*

D. *Application*

[47] The trial judge made two errors.

[47] Le juge de première instance a commis deux erreurs.

[48] The first error was to insist on scientific reconstruction evidence as a necessary condition of finding “but for” causation. The trial judge stated, at para. 66, that

[48] Sa première erreur a été d'insister sur la nécessité d'une preuve de reconstitution scientifique pour que le tribunal puisse conclure à l'existence d'un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant. Il a affirmé ce qui suit au par. 66 :

the plaintiff through no fault of her own is unable to prove that “but for” the defendant’s breaches, she would not have been injured. This is because after the fact, it is not possible through accident reconstruction modeling to determine at what combination of lower speed and lesser weight recovery from the weave instability would have been practicable.

[TRADUCTION] . . . sans aucune faute de sa part, la demanderesse est incapable de prouver que, « n'eût été » les manquements du défendeur à son obligation de diligence, elle n'aurait pas été blessée. Il en est ainsi parce qu'il n'est pas possible de déterminer après coup, au moyen d'un modèle de reconstitution de l'accident, la combinaison de vitesse et de poids inférieurs qui aurait permis de reprendre la maîtrise du véhicule devenu instable en raison des zigzags.

[49] As discussed above, the cases consistently hold that scientific precision is not necessary to a conclusion that “but for” causation is established on a balance of probabilities. It follows that the trial judge erred in insisting on scientific precision in the evidence as a condition of finding “but for” causation.

[49] Comme je l'ai expliqué précédemment, il est de jurisprudence constante que la précision scientifique n'est pas nécessaire pour permettre au tribunal de conclure qu'un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant a été établi suivant la prépondérance des probabilités. Il s'ensuit que le juge de première instance a fait erreur en exigeant une preuve d'une précision scientifique pour être en mesure de conclure à l'existence d'un lien de causalité fondé sur un facteur déterminant.

[50] The trial judge’s second error was to apply a material contribution to risk test. The special conditions that permit resort to a material contribution approach were not present in this case. This is not a case where we know that the loss would not have occurred “but for” the negligence of two or more possible tortfeasors, but the plaintiff cannot establish on a balance of probabilities which negligent actor or actors caused the injury. This is a simple

[50] La deuxième erreur du juge de première instance a été d'appliquer le critère de la contribution appréciable au risque. Les conditions spéciales permettant de recourir à ce critère n'étaient pas réunies en l'espèce. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où nous savons que le préjudice n'aurait pas été subi, « n'eût été » la négligence de plusieurs auteurs possibles du délit, mais où le demandeur ne peut établir, suivant la prépondérance des probabilités,

single-defendant case: the only issue was whether “but for” the defendant’s negligent conduct, the injury would have been sustained.

[51] The judge accepted evidence to the effect that overloading would have increased instability in the event of a weave caused by tire deflation (para. 41). He also noted expert evidence to the effect that instability due to tire deflation increases with speed and that it was impossible to predict without tests whether the capsize would have occurred at a lower speed (para. 42). However, the trial judge rejected the evidence of the expert witness, Mr. MacInnis, that the accident would have happened even if the defendant had not negligently overloaded his bike and driven too fast (para. 62). He gave a number of reasons for rejecting this evidence. The judge noted that his own findings of fact on the issues of speed and weight were markedly different than the facts assumed by the expert in formulating his opinion. The judge found as a fact that the motorcycle was overloaded to the extent of more than 100 pounds, in other words by a factor of nearly 10 percent, while the expert assumed considerably less overloading — no more than 5 percent. The judge found as a fact that the defendant had exceeded a proper speed by at least 30 km/h (based on a safe travelling speed of approximately 90 km/h in all of the circumstances, as found by the trial judge), whereas the expert assumed an excess speed of about 12.5 km/h (para. 60). The judge further noted that the expert had “readily conceded” that his opinion that the excess speed and weight were non-contributing factors was “largely conjectural” because it “could not be supported scientifically” (para. 60 (emphasis added)).

[52] Having rejected the defendant’s expert evidence that the accident would have happened regardless of the excess speed and excess weight, the judge was left with the fact that while there was no

lequel ou lesquels des acteurs négligents ont causé le préjudice. Il s’agit d’une affaire ordinaire mettant en cause un seul défendeur : la seule question litigieuse consistait à se demander si, « n’eût été » la conduite négligente du défendeur, le préjudice aurait été subi.

[51] Le juge a retenu la preuve indiquant qu’une surcharge aurait pour effet d’accroître l’instabilité en cas de zigzags causés par le dégonflement d’un pneu (par. 41). Il a aussi fait état de la preuve d’expert indiquant que l’instabilité due au dégonflement d’un pneu augmente avec la vitesse et qu’il était impossible, en l’absence de tests, de déterminer si la moto se serait renversée à une vitesse moindre (par. 42). Le juge du procès a cependant rejeté le témoignage de l’expert, M. MacInnis, selon lequel l’accident se serait produit même si le défendeur n’avait pas fait montre de négligence en surchargeant sa moto et en la conduisant trop rapidement (par. 62). Il a donné plusieurs raisons pour motiver le rejet de cette preuve. Le juge a souligné que ses propres conclusions de fait sur la vitesse et le poids de la moto différaient de façon marquée des faits sur lesquels s’était basé l’expert pour formuler son opinion. Le juge a retenu le fait que la moto était surchargée de plus de 100 livres, autrement dit dans une proportion de presque 10 p. 100, alors que l’expert avait supposé une surcharge considérablement inférieure — au plus 5 p. 100. Le juge a également retenu le fait que le défendeur avait dépassé d’au moins 30 km/h la vitesse convenable (sur la base de sa conclusion que, eu égard à l’ensemble des circonstances, une vitesse de 90 km/h aurait été sécuritaire), tandis que l’expert avait supposé que le défendeur l’avait dépassée d’environ 12,5 km/h (par. 60). Le juge a ajouté que l’expert avait [TRADUCTION] « volontiers concédé » que son opinion — selon laquelle la vitesse et le poids excessifs n’avaient pas contribué à l’accident — relevait « en grande partie de la conjecture » parce qu’elle « ne pouvait pas être étayée scientifiquement » (par. 60 (je souligne)).

[52] Ayant rejeté le témoignage de l’expert du défendeur selon lequel l’accident se serait produit indépendamment de la vitesse et du poids excessifs, il restait néanmoins le fait que, malgré l’absence de

scientific proof one way or the other, “[o]rdinary common sense” supported the causal relationship between the injury and the excessive speed and weight (paras. 63-64). He noted, at para. 64, that the motorcycle’s manual itself stated that “[h]igh speed increases the influence of any other condition affecting stability and possibility of loss of control”, and that the defendant agreed the speed at which he was travelling and the load he was carrying were factors that contributed to the accident (para. 33). Finally, the trial judge used language tantamount to finding actual “but for” causation, stating (at para. 67):

I conclude on all of the evidence that the defendant’s breaches of duty materially contributed to the injuries suffered by the plaintiff as a result of the accident. In short, her injuries were the result of her husband driving too fast with too heavy a load when his rear tire unexpectedly deflated. Causation is therefore established within the parameters discussed by the Supreme Court of Canada in *Athey* and *Resurfice*. [Emphasis added.]

[53] We cannot be certain what the trial judge would have concluded had he not made the errors I earlier described. All that can be said is that the parties did not receive a trial based on correct legal principles. In my view, the appropriate remedy in these circumstances is an order for a new trial.

[54] I would allow the appeal and order a new trial. The appellant will have her costs in this Court. The orders for costs below are set aside.

The reasons of LeBel and Rothstein JJ. were delivered by

[55] LEBEL J. (dissenting) — I have read the Chief Justice’s reasons. I agree with the substance of her analysis of the law of causation and the nature of the “but for” test. But, in my respectful opinion,

preuve scientifique appuyant une thèse ou l’autre, le [TRADUCTION] « [b]on sens ordinaire » étayait l’existence d’un lien de causalité entre, d’une part, le préjudice et, d’autre part, la vitesse et le poids excessifs (par. 63-64). Il a souligné que, aux termes mêmes du manuel d’utilisation de la moto, [TRADUCTION] « [l]a conduite à haute vitesse accroît l’influence de tous les autres facteurs touchant la stabilité et le risque de perte de maîtrise » (par. 64), et que le défendeur avait admis que la vitesse à laquelle il conduisait et la charge qu’il transportait avaient contribué à l’accident (par. 33). Enfin, le juge de première instance a utilisé des termes assimilables à une véritable conclusion de causalité fondée sur un facteur déterminant (par. 67) :

[TRADUCTION] Je conclus de l’ensemble de la preuve que les manquements du défendeur à son obligation de diligence ont contribué de façon appréciable aux blessures subies par la demanderesse en conséquence de l’accident. Bref, ses blessures sont le résultat de la conduite trop rapide de son mari et de la surcharge qu’il transportait au moment où le pneu arrière de sa moto s’est dégonflé de façon inattendue. La causalité est donc établie dans le respect des paramètres examinés par la Cour suprême du Canada dans *Athey* et *Resurfice*. [Je souligne.]

[53] On ne saurait dire avec certitude quelle aurait été la conclusion du juge de première instance s’il n’avait pas commis les erreurs décrites précédemment. Tout ce que l’on peut dire, c’est que les parties n’ont pas eu droit à un procès fondé sur les bons principes juridiques. À mon avis, la réparation convenable dans les circonstances consiste à ordonner un nouveau procès.

[54] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. L’appelante a droit à ses dépens devant notre Cour. Les ordonnances des juridictions inférieures relativement aux dépens sont annulées.

Version française des motifs des juges LeBel et Rothstein rendus par

[55] LE JUGE LEBEL (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef. Je souscris pour l’essentiel à son analyse du droit relatif à la causalité et de la nature du critère du

there is no basis in fact and law for ordering a new trial. I would uphold the judgment of the Court of Appeal and dismiss the appeal.

[56] The key finding of fact made by the trial judge was that the plaintiff had not proven causation on the basis of the “but for” test. The trial judge specifically stated, at para. 66, that the plaintiff had been “unable to prove that ‘but for’ the defendant’s breaches, she would not have been injured” (2009 BCSC 112 (CanLII)). Given this finding, it would be exceedingly difficult to draw a common sense inference that those breaches caused the accident. Such inferences cannot be pulled out of thin air at the whim of the trier of fact. They must have a reliable factual foundation.

[57] In this case, a factual foundation that would support an inference that the overloading of the motorcycle and excessive speed caused the accident is quite simply lacking. The only evidence directly related to the issue came from the respondent’s expert, Mr. MacInnis. According to his evidence, the accident would have happened even if the motorcycle had been travelling at a lower, legal speed and without a pound of excess baggage. The trial judge evidently rejected this opinion. The fact remains, however, that no evidence was adduced regarding the exact (or even approximate) speed and weight at which the respondent would have been able to regain control of his motorcycle. The state of the evidence therefore leaves precious little room for speculating about robust common sense inferences as to the cause of the accident.

[58] The Chief Justice takes a different view. She states, at para. 52, that the trial judge “used language tantamount to finding actual ‘but for’ causation”. She quotes the following passage from para. 67 of the trial judge’s reasons:

« facteur déterminant » (critère parfois décrit aussi au moyen des mots « n’eût été »). À mon humble avis toutefois, rien ne justifie, en fait ou en droit, la tenue d’un nouveau procès. Je confirmerais donc l’arrêt de la Cour d’appel et rejetterais le pourvoi.

[56] Selon la principale conclusion de fait du juge de première instance, la demanderesse n’a pas établi l’existence d’un lien de causalité suivant le critère du « facteur déterminant ». Au paragraphe 66 de ses motifs, le juge mentionne explicitement que la demanderesse a été [TRADUCTION] « incapable de prouver que, “n’eût été” les manquements du défendeur, elle n’aurait pas été blessée » (2009 BCSC 112 (CanLII)). Compte tenu de cette conclusion, il serait excessivement difficile d’inférer, d’une manière conforme au bon sens, que ces manquements ont causé l’accident. Une telle inférence ne peut être tirée dans l’abstrait, au gré du juge des faits; elle doit reposer sur un fondement factuel fiable.

[57] Les faits de l’espèce ne permettent tout simplement pas d’inférer que la surcharge de la moto et la vitesse excessive ont causé l’accident. La seule preuve portant directement sur ce point a été produite par M. MacInnis, l’expert cité par l’intimé. Selon la déposition de cet expert, l’accident se serait produit même si l’intimé avait conduit plus lentement, à une vitesse respectant la limite permise et sans aucune surcharge. Le juge de première instance a de toute évidence rejeté cette opinion. Le fait est, toutefois, qu’il n’a été présenté aucun élément de preuve sur la combinaison exacte (ou même approximative) de vitesse et de poids à laquelle l’intimé aurait été en mesure de reprendre la maîtrise de sa moto. La preuve disponible laisse donc très peu de place pour les conjectures et pour de solides inférences conformes au bon sens sur la cause de l’accident.

[58] La Juge en chef adopte un point de vue différent. Elle affirme, au par. 52, que le juge de première instance « a utilisé des termes assimilables à une véritable conclusion de causalité fondée sur un facteur déterminant ». Elle cite le passage suivant du par. 67 des motifs du juge du procès :

I conclude on all of the evidence that the defendant's breaches of duty materially contributed to the injuries suffered by the plaintiff as a result of the accident. In short, her injuries were the result of her husband driving too fast with too heavy a load when his rear tire unexpectedly deflated. Causation is therefore established within the parameters discussed by the Supreme Court of Canada in *Athey* [v. *Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458] and *Resurfice* [*Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333].

[59] The trial judge's comments must be read in the context of his decision as a whole. He had determined that, in view of the impossibility of proving how, or whether, each factor had contributed to the accident, "but for" causation should be dispensed with and a "material contribution" test applied. The quoted comments were made in the context of his application of the latter test. They constituted his conclusion that the material contribution test had been satisfied.

[60] For the reasons given by the Chief Justice, the application of the material contribution test by the trial judge was inappropriate. Further, as the Chief Justice states, at para. 14, the "but for" and material contribution tests are "two different beasts". The material contribution test does not require a factual inquiry into what likely happened, but imposes liability as a matter of policy. The trial judge's finding that the material contribution test was satisfied cannot be reinterpreted as a finding that "but for" causation was established without seriously undermining the important distinction between the two tests and the clarity of the analysis pertaining to causation.

[61] Moreover, I wonder whether the order for a new trial itself represents sound judicial policy. I am not arguing that this Court lacks jurisdiction to issue this order and that the order is therefore illegal. But, on policy grounds related to the administration of justice and the conduct of civil appeals,

[TRANSLATION] Je conclus de l'ensemble de la preuve que les manquements du défendeur à son obligation de diligence ont contribué de façon appréciable aux blessures subies par la demanderesse en conséquence de l'accident. Bref, ses blessures sont le résultat de la conduite trop rapide de son mari et de la surcharge qu'il transportait au moment où le pneu arrière de sa moto s'est dégonflé de façon inattendue. La causalité est donc établie dans le respect des paramètres examinés par la Cour suprême du Canada dans *Athey* [c. *Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458] et *Resurfice* [*Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333].

[59] Il faut interpréter les commentaires du juge de première instance au regard de l'ensemble de sa décision. En effet, ce dernier a décidé que, compte tenu de l'impossibilité d'établir comment chacun des facteurs avait contribué à l'accident ou encore s'il y avait effectivement contribué, il convenait de faire l'économie du critère de la causalité fondée sur un facteur déterminant et d'appliquer celui de la « contribution appréciable ». Les propos cités ont été tenus dans le contexte de l'application du second critère et ils constituent la conclusion du juge selon laquelle ce critère avait été respecté.

[60] Pour les raisons qu'a données la Juge en chef, il ne convenait pas que le juge du procès applique le critère de la contribution appréciable. De plus, comme l'affirme la Juge en chef au par. 14, le critère du facteur déterminant et celui de la contribution appréciable sont « deux choses bien différentes ». Le second n'exige pas un examen des faits qui se sont vraisemblablement produits, mais il attribue la responsabilité pour des raisons de politique générale. On ne saurait considérer que la conclusion du juge de première instance selon laquelle il a été satisfait au critère de la contribution appréciable vaut également pour le critère de la causalité fondée sur un facteur déterminant, sans atténuer sérieusement la distinction importante qui existe entre les deux critères ainsi que la clarté de l'analyse relative au lien de causalité.

[61] En outre, je me demande si le fait d'ordonner la tenue d'un nouveau procès participe d'une saine politique judiciaire. Je ne prétends pas que notre Cour n'a pas compétence pour rendre cette ordonnance et que celle-ci est, de ce fait, illégale. Mais, pour des considérations de politique

this Court and courts of appeal should be mindful of the need for finality and efficiency in the civil litigation process. Where it is appropriate to do so, an attempt should be made to resolve the issues and thereby avoid sending the matter back for a new trial, which might itself trigger a new round of appeals.

[62] In this appeal, I am unable to find any basis in the trial judge's judgment for inferring that the overloading of the motorcycle and excessive speed could have been the "cause" of the accident as that term is understood in the context of the "but for" test. Nor is this a case in which it would be appropriate to send the matter back for a new trial.

[63] For those reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed, LEBEL and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Dick Byl Law Corporation, Prince George.

Solicitors for the respondent: Miller Thomson, Vancouver.

Solicitor for the intervener: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

générale touchant à l'administration de la justice et à la conduite des appels en matière civile, notre Cour et les cours d'appel doivent demeurer soucieuses d'assurer le caractère définitif et efficace du processus judiciaire en matière civile. Lorsqu'il convient de le faire, il faut tenter de résoudre les questions en litige et éviter ainsi de renvoyer l'affaire pour la tenue d'un nouveau procès, lui-même susceptible de donner lieu à une nouvelle série d'appels.

[62] En l'espèce, je ne peux trouver dans le jugement du juge du procès quelque fondement permettant d'inférer que la surcharge et la vitesse excessive de la moto ont pu être la « cause » de l'accident au sens où s'entend ce terme dans le contexte du critère du facteur déterminant. Nous ne sommes pas non plus en présence d'une affaire où il conviendrait d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[63] Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Dick Byl Law Corporation, Prince George.

Procureurs de l'intimé : Miller Thomson, Vancouver.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.