

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

52-09-CA

REX BROWN and CAROLYN BROWN

APPELLANTS

- and -

COURTNEY KEENAN, GARY KEENAN and
VICKI KEENAN

RESPONDENTS

Brown et al. v. Keenan et al., 2009 NBCA 81

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
March 26, 2009

History of Case:

Decision under appeal:
2009 NBQB 70

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 29, 2009

Judgment rendered:
September 29, 2009

Counsel at hearing:

For the appellants
Edwin G. Ehrhardt, Q.C.

For the respondents:
John P. Barry, Q.C.
and Nadia MacPhee

REX BROWN et CAROLYN BROWN

APPELANTS

- et -

COURTNEY KEENAN, GARY KEENAN et
VICKI KEENAN

INTIMÉS

Brown et autre c. Keenan et autres, 2009 NBCA
81

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Quigg
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 26 mars 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2009 NBBR 70

Procédure préliminaire ou accessoire :
s.o.

Appel entendu :
Le 29 septembre 2009

Jugement rendu :
Le 29 septembre 2009

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
Edwin G. Ehrhardt, c.r.

Pour les intimés :
John P. Barry, c.r.
et Nadia MacPhee

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

LA COUR

Rejette l'appel avec dépens.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] After hearing from the appellants, and having regard to the respondents written submission, we dismissed the appeal with brief reasons to follow. Here are our reasons.

[2] As the decision under appeal is now reported at (2009), 341 N.B.R. (2d) 249, [2009] N.B.J. No. 70 (QL), 2009 NBQB 70, we need only recite the essential facts. At approximately 2:00 a.m. on August 6, 2001, the respondent, Courtney Keenan, dove off the end of a dock at the summer home of the appellants, Rex and Carolyn Brown. As a result of that dive, Mr. Keenan suffered injuries which left him a tetraplegic. He was two months short of his 23rd birthday. Mr. Keenan was a guest of one of the Browns' daughters and the Browns were aware of his presence that evening. The Browns' cottage had been built on the very edge of Skiff Lake. Immediately in front of the cottage was a rocky shore line against which the lake's waters abutted. There was no beach area surrounding the cottage. However, a 32 foot dock leading from the cottage/shore line had been constructed. An 18 foot motor boat was moored at the end of the dock. At the side end of the dock was a ladder leading into the water. However, even at this distance from the shore/cottage, the depth of the water was between two and two and one half feet. Although Mr. Keenan had visited the cottage on one previous occasion, he was not made aware of the water's precarious depth. At the time of the incident, two other persons (Mr. Keenan's girlfriend and the Brown's daughter) were seated or kneeling in the water, at the end of the dock, with the water lapping around their necks. Mr. Keenan thought they were standing. The "visual cues" present on the night in question led Mr. Keenan to believe that the water at the end of the dock was deep enough for diving. Mr. Keenan sued the Browns, in negligence, for damages while admitting he was "careless". On the evening in question, Mr. Keenan had been drinking (8-10 beer between 8:00 p.m. and 2:00 a.m.). Although the Browns denied liability, the parties were able to agree on the quantum of damages.

[3] The trial judge acknowledged that the case was to be decided on negligence principles as the *Law Reform Act*, S.N.B. 1993, c. L-1.2, had abrogated the common law relating to occupiers liability as discussed by this Court in *Reid v. Hatty* (2005), 279 N.B.R. (2d) 202, [2005] N.B.J. No. 20 (QL), 2005 NBCA 5. She went on to find that the Browns owed Mr. Keenan a duty of care to ensure that he was “reasonably safe” and that the duty was breached. Specifically, the trial judge found it was foreseeable that the shallowness of the lake could lead to injuries and that the Browns had failed to adopt measures that would alert guests, such as Mr. Keenan, to the shallowness of the water at the end of the dock. In reaching that conclusion, the trial judge noted that Mrs. Brown had testified that “typically” when strangers visited the cottage they were advised as to the shallowness of the water at the end of the dock. As to whether Mr. Keenan was advised of or knew of the water’s shallowness, the trial judge ruled in his favour. The trial judge went on to find that the Browns had failed, for example, to post a warning sign or to erect a barrier at the end of the dock to alert swimmers of the risk of injury if the dock were used as a diving platform. The trial judge, being unable to establish different degrees of fault, apportioned liability equally as provided for under s. 1(1) of the *Contributory Negligence Act*, R.S.N.B. 1973, c. C-19.

[4] In their written submission, the Browns addressed their four grounds of appeal. The trial judge erred in: (1) holding the Browns owed Mr. Keenan a duty of care; (2) fixing the standard of care; (3) determining that breach of the standard of care was the “cause” of the accident; and (4) apportioning liability equally by failing to determine whether it was possible to establish different degrees of fault. At the hearing of the appeal, counsel formally abandoned the first ground of appeal and focused on the remaining three. The problem with this concession is that the question of whether the Browns owed Mr. Keenan a duty of care was resuscitated when it comes to the second ground of appeal.

[5] The second ground of appeal alleges the trial judge erred in fixing and applying the standard of care. Essentially, the trial judge held there was a duty of care to ensure that guests were not exposed to foreseeable risks of harm and, correlatively, that

the erection of a dock coupled with shallowness of the lake waters exposed guests to such a risk. There being a duty of care, the trial judge concluded the Browns were obligated to adopt such reasonable measures as to ensure that guests were aware of the risk of injury should they decide to use the dock as a diving platform. In response, the Browns now argue that under the applicable standard of care the Browns were only obligated to eliminate foreseeable risks of harm, but that it was not foreseeable that a grown man would strip and dive into unknown waters in the dark after consuming significant amounts of alcohol. As is apparent, the argument really harkens back to whether the Browns owed Mr. Keenan a duty of care.

[6] While it is unnecessary to review the Supreme Court jurisprudence pertaining to the law of negligence in depth, we acknowledge that the question of whether a duty of care exists involves a two-step approach. Generally, the question is decided by reference to the neighbour principle articulated in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Over time, however, the Supreme Court of Canada adopted a two-step approach that was first articulated in *Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, [1984] S.C.J. No. 29 (QL), derived from Lord Wilberforce's seminal decision in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; a decision which the House of Lords would subsequently abandon in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908. In 2001, our Supreme Court in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, [2001] S.C.J. No. 76 (QL), 2001 SCC 79, took the opportunity to refine its version of *Anns*. In time, that decision and others were explained in *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643, [2006] S.C.J. No. 18 (QL), 2006 SCC 18.

[7] The first step is to determine whether there is *prima facie* duty of care by establishing "foreseeability of harm" and "sufficiently close relationship between the parties" or "proximity" to justify imposition of a duty of care. As Chief Justice McLachlin stated in *Childs v. Desormeaux*: "A positive duty of care may exist if foreseeability of harm is present *and* if other aspects of the relationship between the plaintiff and the defendant establish a special link of proximity" (para. 34). In short, proximity will not always be satisfied by reasonable foreseeability. In *Childs*, the

Supreme Court concluded, that as a general rule, a host does not owe a duty of care to a person (motorist) injured by a guest to whom the host has served alcohol. In reaching this conclusion, the Court concluded that the necessary proximity had not been established. Of particular relevance to this case is the Chief Justice's observation that courts have imposed a positive duty to act where a defendant intentionally attracts and invites others to an inherent or obvious risk that he or she has created or controls (para. 35). In our view, the facts of the present case fit squarely within this paradigm.

[8] For the sake of completeness, we acknowledge that the second step of the two-step approach to assessing liability in negligence requires the court to determine whether there are any residual policy considerations which ought to negate or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it is owed or the damages to which the breach may give rise. At this stage the onus is on the defendant to identify persuasive policy reasons that would negate a *prima facie* duty of care. The *Childs* decision also reinforces the understanding that it is unnecessary to pursue the second step in cases where the jurisprudence has already established that a duty of care exists. Alternatively put, the second step is only required in "novel duty situations" (see *Adams et al. v. Borel et al.* (2008), 336 N.B.R. (2d) 223, [2008] N.B.J. No. 327 (QL), 2008 NBCA 62 and Allen M. Linden and Bruce Feldthusen, *Canadian Tort Law*, 8th ed. (Markham, Ont: LexisNexis Butterworths, 2006) at 293.)

[9] The notion that foreseeability and proximity are the dual touchstones for deciding whether a *prima facie* duty of care exists leads to the inevitable conclusion that the Browns owed Mr. Keenan a duty of care and, correlatively, there are no policy reasons that would negate this *prima facie* duty, nor is this a novel case demanding non-recognition of a duty of care. This leads us back to the Browns' second ground of appeal: the trial judge erred in her characterization and application of the standard of care. Their argument has its roots in another appellate decision decided long before the more recent jurisprudence of the Supreme Court. In *Kranabetter v. Kelowna (City)*, [1988] B.C.J. No. 2702 (QL)(C.A.), the 23 year old plaintiff went with a group of young men after midnight, on April 13, 1984, and dove from a walkway into a municipal

lake (Lake Okanagan) at a point where the depth of the water was two to two and a half feet deep. The action against the defendant municipality was dismissed at trial on the basis that the defendant did not owe the plaintiff a duty of care. The trial judge concluded that diving into unknown waters was “foolhardy” and that the plaintiff was responsible for his own error. On appeal, the majority in brief reasons assumed that if a duty of care were owed to the plaintiff it was not breached. In daylight the depth of the water would be readily apparent. In darkness, there was no reason to warn persons of the risk of diving into water the depth of which is unknown. The majority concluded that the sole cause of the accident was not a breach of the duty (standard of care) but rather the tragic failure of the plaintiff to take reasonable or any care for his own safety. The minority and concurring opinion pointed out that the plaintiff’s “foolhardy” conduct did not mean that he must bear responsibility alone. The true question was whether the standard of care imposed under the *Occupiers Liability Act*, R.S.B.C. 1979, c. 303 (“reasonableness”) was adhered to. The minority judgment seized on the argument that the posting of a sign would have been of no practical import unless it were illuminated at night and during the wintertime it would have to be visible from all sides.

[10] Relying on the majority opinion in *Kranabetter*, the Browns argued that diving into unknown waters is foolhardy and a diver is bound to determine the water’s depth before taking the plunge. The argument continues with the premise that there is no duty to warn of an obvious danger. The short answer to the argument is that the danger in question was not obvious. This is not a case of a person diving into unknown waters in the middle of a cold winter night. This is a case of a known and hidden risk of danger. This is a case of foreseeable risk of harm. In cottage country, people do swim in the early morning hours, during the summer months, even though it is dark.

[11] The second prong of the Browns’ second ground of appeal hinges on the validity of the argument that the trial judge erred in fixing the standard of care by reference to the erection of a warning sign or barrier at the end of the dock (to take reasonable measures to ensure that persons, such as guests, were aware of the inherent

risk of harm should they decide to dive from the dock). The Browns argued that there was no evidence that this standard is followed anywhere in the Province. In effect, the Browns are arguing that they had acted no differently than any other cottage owner. In our view, this is not the case where the Court should be drawn into a legal analysis of the role of “custom” as a means of exonerating a defendant from civil liability. Suffice it to say that cottage dwellers along the shores of Skiff Lake will now have to re-evaluate the precautions to be taken to avoid a foreseeable risk of harm of the kind that materialized in the present case. With respect to the defence of custom see generally Linden and Feldthusen at 199 *et seq.*

[12] The third ground of appeal is tied to the legal concept of “causation” or “causation-in-fact”. The Browns argue that had they erected, for example, a warning sign with respect to diving from the dock “[t]here is no evidence that posting of the sign would have done any good.” This argument is incomplete unless it is extended to include the allegation that in the circumstances of the case Mr. Keenan would have suffered the injuries even if he had been forewarned of the shallowness of the lake’s waters or the Browns had erected a gate or guardrail at the end of the dock for the purpose of discouraging diving. In accordance with the Supreme Court’s decision in *Resurfice Corp. v. Hanke*, [2007] 1 S.C.R. 333, [2007] S.C.J. No. 7 (QL), 2007 SCC 7, we acknowledge that the general test for causation in negligence law is the “but for” test while the “material contribution” test applies in exceptional circumstances. In effect, the Browns argue that even if they had complied with the requisite standard of care, there is no evidence that Mr. Keenan would not have dove into the water and incurred the injuries for which he seeks compensation. We presume that this argument builds, for example, upon the decision of the House of Lords in *McWilliams v. Sir William Arrol & Co. Ltd.*, [1962] 1 All E.R. 623. In that case, an employer was able to avoid liability for failing to provide a worker with proper safety equipment after it was established, on a balance of probabilities, that even if the equipment had been made available, the injured (deceased) worker would not have used it and, therefore, would have sustained the injuries notwithstanding the employer’s omission. A similar issue arises in medical malpractice cases where the physician has failed to disclose to a patient information relating to the

risks associated with a medical procedure; information pertaining to material risks of harm that pose a threat to the patient's life or health. In such cases, the Supreme Court has adopted a modified subjective test of causation when it comes to adjudicating on whether the plaintiff patient would have had foregone the medical procedure if properly advised of material risks: *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, [1980] S.C.J. No. 105 (QL).

[13] In our view, there is a valid reason we should decline the invitation to address the Browns' causation-in-fact argument. It was never raised or pursued in the court below. Moreover, the argument fails to isolate and address the relevant jurisprudence. In the circumstances, it is unwise for this Court to address factual and legal matters that lack a proper foundation.

[14] The fourth ground of appeal asserts the trial judge erred in law by failing to determine whether it was possible to establish differing degrees of fault as between the Browns and Mr. Keenan. Section 1(1) of the *Contributory Negligence Act* provides that the obligation to make good the damage or loss is in proportion to the degree in which each person is in fault. The section goes on to provide that if having regard to all of the circumstances it is not possible to establish such, liability is to be apportioned equally. Section 2(1) provides that where fault or loss has been caused by the fault of two or more persons the court "shall" determine the degree in which each person was at fault. Section 5 goes on to provide that the question of "degrees of fault" is a question of fact. The jurisprudence of this Court is clear. Absent a "palpable and overriding error" the trial judge's finding with respect to apportionment of liability is owed deference (see *Gallant v. Thibodeau* (1998), 206 N.B.R. (2d) 336(C.A.), [1998] N.B.J. No. 445 (QL); *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, [2000] S.C.J. No. 13 (QL), 2000 SCC 12; *St-Pierre v. LeQuang* (2005), 291 N.B.R. (2d) 276, [2005] N.B.J. No. 475 (QL), 2005 NBCA 102; and *Saulnier v. LeBlanc* (2005), 288 N.B.R. (2d) 160, [2005] N.B.J. No. 355 (QL), 2005 NBCA 79).

[15] The Browns' apportionment argument has two components. First, they refer to the transcript where on closing argument counsel for Mr. Keenan states "[c]learly in the circumstances, the majority of negligence rests with Mr. Keenan [...]". Second, they seize on the fact that the trial judge provided no analysis leading up to the conclusion that it was impractical to make a determination regarding the apportionment of fault. As to the argument's first component, we do not regard the above statement to be a binding concession. The statement in question is ambiguous. After all, an apportionment of 51% represents a "majority". In point of fact, however, both parties knew that the issue of apportionment was a live issue and that Mr. Keenan had conceded that he was partially at fault for the injuries which he suffered. Curiously, none of the parties addressed this issue by arguing that liability should be apportioned on a particular percentage basis. In these circumstances, it was open to the trial judge to apply s. 1(1) of the *Contributory Negligence Act* and to apportion liability equally. In that regard, we would point out that s. 5 of the *Act* provides that in any action, the "degrees of fault" is a question of fact (see *Gallant v. Thibodeau*).

[16] For these reasons, we dismissed the appeal. As to the matter of costs, often in cases involving monetary awards, costs on appeal are 40% of those awarded at trial in accordance with Tariff "A", Note 1 of Rule 59 of the *Rules of Court*. However, as the trial judge has yet to rule on the issue of costs, a matter agreed to by the parties, it is far more efficient for this Court to fix costs on appeal at \$3,500. In so deciding, we have taken into account the efficient manner in which counsel for the Browns pursued and presented their appeal.

LA COUR

[1] Après avoir entendu les appelants et pris connaissance du mémoire des intimés, nous avons rejeté l'appel en précisant que de courts motifs suivraient. Voici nos motifs.

[2] Puisque la décision faisant l'objet du présent appel figure maintenant au volume (2009), 341 R.N.-B. (2^e) 249 et à [2009] A.N.-B. n^o 70 (QL), 2009 NBBR 70, il suffit que nous exposions les faits essentiels. Aux environs de 2 heures du matin, le 6 août 2001, l'intimé Courtney Keenan a plongé de l'extrémité d'un quai à la résidence d'été des appelants Rex et Carolyn Brown. Par suite de ce plongeon, M. Keenan a subi des blessures qui l'ont rendu tétraplégique. Cela s'est passé deux mois avant son vingt-troisième anniversaire de naissance. M. Keenan était l'invité d'une des filles des Brown et ces derniers étaient au courant de sa présence ce soir-là. Le chalet des Brown a été construit en bordure immédiate du lac Skiff. Juste devant le chalet, la côte est rocheuse. Il n'y a pas de plage autour du chalet. Toutefois, un quai de trente-deux pieds avait été construit à partir du chalet et de la rive. Une embarcation à moteur de dix-huit pieds était amarrée à l'extrémité du quai. Il y avait au même endroit, sur le côté, une échelle qui descendait dans l'eau. Toutefois, même à cette distance de la rive et du chalet, la profondeur de l'eau se situait entre deux pieds et deux pieds et demi. Bien que M. Keenan fût déjà venu à ce chalet une fois auparavant, il n'avait pas été averti de la faible profondeur de l'eau. Au moment de l'accident, deux autres personnes (la copine de M. Keenan et la fille des Brown) étaient assises ou à genoux dans l'eau, au bout du quai, et elles avaient de l'eau jusqu'au cou. M. Keenan a pensé qu'elles étaient debout. Les [TRADUCTION] « repères visuels » présents la nuit en question ont amené M. Keenan à croire que l'eau au bout du quai était suffisamment profonde pour y plonger. M. Keenan a engagé une poursuite en dommages-intérêts contre les Brown pour négligence, tout en admettant qu'il avait été [TRADUCTION] « imprudent ». Le soir en question, M. Keenan avait bu (de huit à dix bières entre 20 heures et 2 heures du matin). Bien que

les Brown aient nié toute responsabilité, les parties sont parvenues à s'entendre sur le quantum des dommages-intérêts.

[3] La juge du procès a reconnu que l'affaire devait être tranchée au moyen des principes applicables en matière de négligence puisque la *Loi sur la réforme du droit*, L.N.-B. 1993, ch. L-1.2, avait abrogé les règles de common law régissant la responsabilité des occupants comme l'a précisé notre Cour dans l'arrêt *Reid c. Hatty* (2005), 279 R.N.-B. (2^e) 202, [2005] A.N.-B. n^o 20 (QL), 2005 NBCA 5. Elle a ensuite conclu que les Brown avaient, envers M. Keenan, une obligation de diligence en vertu de laquelle ils devaient s'assurer que celui-ci était « raisonnablement en sûreté » et qu'il y avait eu manquement à cette obligation. Plus précisément, la juge du procès a conclu qu'il était prévisible que la faible profondeur du lac pouvait donner lieu à des blessures et que les Brown avaient omis de prendre des mesures qui auraient mis les invités, comme M. Keenan, en garde contre la faible profondeur de l'eau à l'extrémité du quai. En parvenant à cette conclusion, la juge du procès a souligné que M^{me} Brown avait témoigné que [TRADUCTION] « généralement » lorsque des étrangers venaient au chalet, ils étaient informés de la faible profondeur de l'eau au bout du quai. En ce qui concerne la question de savoir si M. Keenan avait été avisé ou était au courant de la faible profondeur de l'eau, la juge du procès a statué en sa faveur. Elle a ensuite conclu que les Brown avaient omis, par exemple, d'installer un panneau de mise en garde ou une barrière à l'extrémité du quai afin de prévenir les nageurs qu'ils risquaient d'être blessés s'ils se servaient du quai comme plongoir. La juge du procès, étant dans l'incapacité d'établir des différences d'importance entre les fautes des parties, a partagé la responsabilité à parts égales comme le veut le par. 1(1) de la *Loi sur la négligence contributive*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-19.

[4] Dans leur mémoire, les Brown ont exposé leurs quatre moyens d'appel. La juge du procès a commis une erreur (1) en statuant que les Brown étaient tenus d'une obligation de diligence envers M. Keenan; (2) en définissant la norme de diligence; (3) en statuant que le manquement à la norme de diligence était la [TRADUCTION] « cause » de l'accident; et (4) en partageant la responsabilité à parts

égales du fait qu'elle avait omis de déterminer s'il était possible d'établir des différences d'importance entre les fautes des parties. À l'audition de l'appel, leur avocat a officiellement abandonné le premier moyen d'appel et s'est concentré sur les trois moyens restants. Le problème que pose cette concession est que la question de savoir si les Brown avaient une obligation de diligence envers M. Keenan a été ressuscitée pour ce qui concernait le deuxième moyen d'appel.

[5] Dans le deuxième moyen d'appel, on prétend que la juge du procès a commis une erreur en définissant et en appliquant la norme de diligence. Essentiellement, la juge du procès a statué qu'il existait une obligation de diligence consistant à s'assurer que les invités n'étaient pas exposés à un risque prévisible de préjudice et, corrélativement, que la construction d'un quai ajoutée à la faible profondeur des eaux du lac exposait les invités à un risque de cette nature. Puisqu'il existait une obligation de diligence, la juge du procès a conclu que les Brown avaient l'obligation de prendre les mesures raisonnables qui étaient nécessaires pour s'assurer que les invités étaient avertis du risque de blessures pour le cas où ils décideraient de plonger en se servant du quai comme plate-forme. Les Brown rétorquent maintenant qu'en vertu de la norme de diligence applicable, ils étaient uniquement tenus d'éliminer les risques de préjudice prévisibles, mais qu'il était impossible de prévoir qu'un homme adulte se dévêtirait et plongerait, dans l'obscurité, dans des eaux qu'il ne connaissait pas, après avoir consommé une quantité importante d'alcool. Or, cet argument revient en réalité à savoir si les Brown avaient une obligation de diligence envers M. Keenan.

[6] Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner en profondeur la jurisprudence de la Cour suprême relative au droit de la négligence, nous reconnaissons que la question de savoir s'il existait une obligation de diligence suppose une démarche en deux étapes. Pour trancher la question, on se reporte habituellement au principe du prochain énoncé dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562. Avec le temps, toutefois, la Cour suprême du Canada a adopté une démarche en deux étapes qui a été exposée pour la première fois dans l'arrêt *Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, [1984] A.C.S. n° 29 (QL), et qui provenait de l'arrêt clé rendu par lord Wilberforce dans l'affaire

Annis c. Merton London Borough, [1978] A.C. 728; arrêt que la Chambre des lords a subséquemment écarté dans l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908. En 2001, dans l'arrêt *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, [2001] A.C.S. n° 76 (QL), 2001 CSC 79, notre Cour suprême a eu et saisi l'occasion de peaufiner sa version de l'arrêt *Annis*. Finalement, cette décision ainsi que d'autres ont été expliquées dans l'arrêt *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643, [2006] A.C.S. n° 18 (QL), 2006 CSC 18.

[7] La première étape consiste à déterminer s'il existe une obligation de diligence *prima facie* en établissant la « prévisibilité du préjudice » et l'existence d'un lien « suffisamment étroit[t] entre les parties » ou d'un rapport de « proximité » justifiant l'imposition d'une obligation de diligence. Comme l'a dit la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Childs c. Desormeaux* : « Il peut exister une obligation de diligence positive s'il est satisfait au critère de la prévisibilité du préjudice *et* si d'autres aspects du lien entre le demandeur et le défendeur établissent un rapport spécial ou la proximité requise » (par. 34). En résumé, le rapport de proximité n'est pas toujours établi du fait de la prévisibilité raisonnable. Dans *Childs*, la Cour suprême a conclu qu'en règle générale, un hôte n'a pas d'obligation de diligence envers une personne (un automobiliste) blessée par un invité à qui l'hôte a servi de l'alcool. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour a conclu que la proximité requise n'avait pas été établie. L'observation de la juge en chef selon laquelle les tribunaux ont imposé une obligation positive d'agir lorsque le défendeur invite intentionnellement des tiers à prendre un risque inhérent et évident qu'il a créé ou qu'il contrôle (par. 35) est particulièrement pertinente en l'espèce. Nous estimons que les faits de la présente instance s'inscrivent parfaitement dans ce paradigme.

[8] Par souci d'exhaustivité, nous reconnaissons que la deuxième étape de la démarche qui permet d'évaluer la responsabilité en négligence oblige la Cour à déterminer s'il existe d'autres considérations de politique générale qui ont pour effet d'écarter l'obligation ou encore de limiter son étendue ainsi que la catégorie de personnes qui bénéficient de cette obligation ou les dommages-intérêts auxquels le manquement peut donner lieu. À cette étape, c'est au défendeur qu'il incombe d'invoquer des raisons

de politique générale convaincantes qui sont susceptibles d'écarter une obligation de diligence *prima facie*. L'arrêt *Childs* renforce également le principe selon lequel il est inutile de donner suite à la deuxième étape de la démarche dans les cas où la jurisprudence a déjà établi qu'il existe une obligation de diligence. Pour dire les choses autrement, la deuxième étape n'est nécessaire que dans les cas « nouveaux » sur le plan de l'obligation (voir l'arrêt *Adams et al c. Borrel et al.* (2008), 336 R.N.-B. (2^e) 223, [2008] A.N.-B. n° 327 (QL), 2008 NBCA 62, et l'ouvrage de Allen M. Linden et Bruce Feldthusen, intitulé *Canadian Tort Law*, 8^e éd. (Markham (Ont.): LexisNexis Butterworths, 2006) à la page 293).

[9] La notion voulant que la prévisibilité et la proximité soient la double pierre de touche de la décision concernant l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* mène inévitablement à la conclusion que les Brown avaient une obligation de diligence envers M. Keenan et, corrélativement, qu'il n'y a aucune considération de politique générale susceptible d'écarter cette obligation *prima facie* et qu'il ne s'agit pas non plus en l'espèce d'un cas nouveau exigeant que soit écartée toute obligation de diligence. Cela nous ramène au deuxième moyen d'appel invoqué par les Brown : la juge du procès a commis une erreur dans la façon dont elle a défini et appliqué la norme de diligence. Leur argument prend sa source dans une autre décision rendue par une cour d'appel longtemps avant les décisions plus récentes de la Cour suprême. Dans l'affaire *Kranabetter c. Kelowna (City)*, [1988] B.C.J. No. 2702 (QL) (C.A.), le demandeur, âgé de vingt-trois ans, se trouvait en compagnie d'un groupe de jeunes hommes, passé minuit, le 13 avril 1984, et il avait plongé d'une passerelle dans un lac municipal (le lac Okanagan) à un endroit où l'eau avait une profondeur de deux pieds à deux pieds et demi. L'action contre la municipalité défenderesse avait été rejetée au procès pour le motif que cette dernière n'avait pas d'obligation de diligence envers le demandeur. Le juge du procès avait conclu qu'il était [TRADUCTION] « téméraire » de plonger dans des eaux inconnues et que le demandeur était responsable de sa propre erreur. En appel, les juges majoritaires ont présumé, dans de courts motifs, que si la municipalité avait une obligation de diligence envers le demandeur, il n'y avait pas eu manquement à cette obligation. À la lumière du jour, la profondeur de l'eau était

parfaitement visible. Dans l'obscurité, il n'y avait aucune raison de mettre quiconque en garde contre le danger qu'il y a à plonger dans une eau dont on ne connaît pas la profondeur. La majorité a conclu que l'unique cause de l'accident n'était pas un manquement à l'obligation (la norme de diligence) mais bien l'omission tragique du demandeur de faire preuve d'une diligence raisonnable ou même d'une quelconque diligence afin de s'assurer sa propre sécurité. L'opinion minoritaire et concordante a souligné que la conduite [TRADUCTION] « téméraire » du demandeur ne signifiait pas qu'il devait assumer seul l'entière responsabilité. La véritable question était celle de savoir si la norme de diligence imposée par la *Occupiers Liability Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 303 (savoir le [TRADUCTION] « caractère raisonnable »), avait été respectée. L'opinion minoritaire a surtout retenu l'argument selon lequel l'installation d'un panneau de mise en garde n'aurait eu aucune utilité pratique à moins que ce panneau n'ait été illuminé la nuit et, en hiver, il aurait fallu qu'il soit visible de tous les côtés.

[10] Invoquant l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Kranabetter*, les Brown ont prétendu qu'il est téméraire de plonger dans des eaux que l'on ne connaît pas et qu'un plongeur doit déterminer la profondeur de l'eau avant de plonger. Ils posent ensuite en principe qu'il n'existe aucune obligation de mettre quiconque en garde contre un danger évident. La réponse à cet argument est tout simplement que le danger en question n'était pas évident. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une situation où une personne aurait plongé dans des eaux inconnues par une froide nuit d'hiver. Il s'agissait en l'espèce d'un risque de danger connu et caché. Il s'agissait d'un risque prévisible de préjudice. Dans les régions où il y a des chalets, il arrive que les gens nagent aux petites heures du matin, pendant les mois d'été, même s'il fait nuit.

[11] Le second volet du deuxième moyen d'appel des Brown dépend de la validité de l'argument voulant que la juge du procès ait commis une erreur en définissant la norme de diligence en fonction de l'installation d'un panneau de mise en garde ou d'une barrière à l'extrémité du quai (le fait de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que des personnes, notamment des invités, soient conscientes du risque inhérent de préjudice pour le cas où elles décideraient de plonger du quai). Les Brown

ont prétendu que rien n'indiquait que cette norme est suivie à quelque endroit que ce soit dans la province. En fait, les Brown se trouvent à prétendre qu'ils n'ont pas agi d'une manière différente de celle dont aurait agi n'importe quel autre propriétaire de chalet. Nous sommes d'avis qu'il ne s'agit pas ici d'une instance où la Cour doit se laisser entraîner dans une analyse juridique du rôle de l'« usage » ou de la « coutume » comme moyen permettant d'exonérer un défendeur de toute responsabilité civile. Il suffit de dire que les personnes qui habitent des chalets le long des rives du lac Skiff devront maintenant réévaluer les précautions qui doivent être prises pour écarter un risque prévisible de préjudice comme celui qui s'est réalisé en l'espèce. En ce qui concerne le moyen de défense fondé sur l'usage ou la coutume en général, voir l'ouvrage de Linden et Feldthusen, à la p. 199 et suivantes.

[12] Le troisième moyen d'appel ressortit aux notions juridiques que sont la « causalité » ou la « causalité de fait ». Les Brown prétendent que s'ils avaient installé, par exemple, un panneau de mise en garde en ce qui concerne les plongeurs du quai, [TRADUCTION] « [r]ien ne prouve que la mise en place de ce panneau aurait servi à quelque chose ». Cet argument est incomplet à moins qu'on n'en étende la portée pour qu'il englobe l'allégation selon laquelle dans les circonstances, M. Keenan aurait subi les blessures en question même s'il avait été averti de la faible profondeur des eaux du lac ou si les Brown avaient installé une barrière ou une glissière de sécurité au bout du quai afin de dissuader les gens de plonger. Conformément à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Resurfice Corp. c. Hanke*, [2007] 1 R.C.S. 333, [2007] A.C.S. n° 7 (QL), 2007 CSC 7, nous reconnaissons que le critère général qui permet de déterminer la causalité en droit de la négligence est celui du « facteur déterminant » alors que le critère de la « contribution appréciable » s'applique dans les cas exceptionnels. En fait, les Brown prétendent que même s'ils s'étaient conformés à la norme de diligence applicable, rien ne prouve que M. Keenan n'aurait pas plongé et subi les blessures au titre desquelles il sollicite une indemnisation. Nous supposons que cet argument est fondé, par exemple, sur la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *McWilliams c. Sir William Arrol & Co.*, [1962] 1 All ER 623. Dans cette affaire, un employeur a pu éviter d'être tenu responsable pour avoir omis de fournir à un travailleur de l'équipement de sécurité

convenable après qu'il eut été établi, selon la prépondérance des probabilités, que même si l'équipement avait été mis à sa disposition, le travailleur accidenté (décédé) ne s'en serait pas servi et il aurait donc été blessé indépendamment de l'omission de l'employeur. Une question similaire se pose dans les instances se rapportant à une faute médicale lorsque le médecin a omis de divulguer au patient des renseignements concernant les risques que comporte un acte médical, savoir des renseignements concernant des risques de préjudice importants qui constituent une menace pour la vie ou la santé du patient. Dans ce genre de situations, la Cour suprême a adopté un critère de causalité subjectif modifié lorsqu'il s'agit de décider si le patient demandeur aurait renoncé à l'acte médical en question s'il avait été convenablement informé des risques importants que celui-ci comportait : *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, [1980] A.C.S. n° 105 (QL).

[13] À notre avis, il existe une raison valable pour laquelle nous devons refuser d'examiner l'argument des Brown fondé sur la causalité de fait. Cet argument n'a jamais été soulevé ou débattu devant le tribunal d'instance inférieure. En outre, l'argumentation invoquée omet de recenser et d'analyser la jurisprudence pertinente. Dans les circonstances, notre Cour serait malavisée d'examiner des questions factuelles et juridiques qui n'ont aucun fondement valable.

[14] Dans le quatrième moyen d'appel, on prétend que la juge du procès a commis une erreur de droit en ne déterminant pas s'il était possible d'établir des différences d'importance entre la faute des Brown et celle de M. Keenan. Le paragraphe 1(1) de la *Loi sur la négligence contributive* dispose que l'obligation de réparer le dommage ou la perte se partage proportionnellement à l'importance des fautes respectives des personnes en cause. Ce paragraphe dispose ensuite que si, compte tenu de toutes les circonstances, il n'est pas possible d'établir des différences d'importance, la responsabilité se partage à parts égales. Le paragraphe 2(1) dispose que lorsque le dommage ou la perte ont été causés par la faute de deux personnes ou plus, le tribunal « doit » déterminer l'importance relative de la faute de chacune. L'article 5 dispose ensuite que la question de l'importance relative de la faute de chaque responsable est une question de fait. La jurisprudence de notre Cour est claire. En l'absence d'une « erreur

manifeste et dominante », la retenue est de rigueur envers les conclusions du juge du procès relatives au partage de la responsabilité (voir les arrêts *Gallant c. Thibodeau* (1998), 206 R.N.-B. (2^e) 336 (C.A.), [1998] A.N.-B. n^o 445 (QL); *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, [2000] A.C.S. n^o 13 (QL), 2000 CSC 12; *St-Pierre c. LeQuang* (2005), 291 R.N.-B. (2^e) 276, [2005] A.N.-B. n^o 475 (QL), 2005 NBCA 102; et *Saulnier c. LeBlanc* (2005), 288 R.N.-B. (2^e) 160, [2005] A.N.-B. n^o 355 (QL), 2005 NBCA 79).

[15] L'argument des *Brown* qui ressortit au partage de la faute comporte deux éléments. En premier lieu, ils se reportent à la transcription où on peut lire que dans le cadre de sa plaidoirie, l'avocat de M. Keenan a dit ceci : [TRADUCTION] « [i]l est manifeste qu'en l'espèce, la plus grande part de la négligence incombe à M. Keenan [...] ». En deuxième lieu, ils insistent sur le fait que la juge du procès n'a pas exposé les raisons pour lesquelles elle en est arrivée à la conclusion qu'il lui était impossible en pratique de prendre une décision concernant le partage de la faute. En ce qui concerne le premier élément de l'argument, nous ne considérons pas les propos susmentionnés comme une concession qui lierait son auteur. La déclaration en question est ambiguë. Après tout, 51 % de la faute constitue la « plus grande part ». En fait, toutefois, les deux parties savaient que la question du partage était une question à trancher et que M. Keenan avait reconnu être partiellement à blâmer pour les blessures qu'il a subies. Chose curieuse, aucune des parties n'a abordé cette question en faisant valoir que la responsabilité devait être partagée selon des pourcentages précis. Dans ces circonstances, il était loisible à la juge du procès d'appliquer le par. 1(1) de la *Loi sur la négligence contributive* et de partager la responsabilité à parts égales. À cet égard, nous soulignons que l'art. 5 de la *Loi* dispose que dans toute action, « l'importance relative de la faute de chaque responsable » est une question de fait (voir *Gallant c. Thibodeau*).

[16] Pour ces motifs, nous avons rejeté l'appel. Pour ce qui concerne la question des dépens, il arrive souvent, dans des instances où une indemnité est accordée, que les dépens en appel correspondent à 40 % de ceux attribués au procès conformément à la Remarque 1 figurant au bas du Tarif "A" de la règle 59 des *Règles de procédure*.

Toutefois, puisque la juge du procès n'a pas encore statué sur la question des dépens, question sur laquelle les parties se sont entendues, il est beaucoup plus efficace que notre Cour fixe les dépens afférents à l'appel à 3 500 \$. Pour en arriver à cette décision, nous avons tenu compte de l'efficacité avec laquelle l'avocat des Brown a déposé et présenté son appel.