

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

17-14-CA

GEMMA LEBOUTHILLIER

GEMMA LEBOUTHILLIER

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

J.M. BASTILLE INC., a corporation and
CLAUDE BOUDREAU

J.M. BASTILLE INC., une corporation et
CLAUDE BOUDREAU

RESPONDENTS

INTIMÉS

LeBouthillier v. J.M. Bastille Inc. and Boudreau,
2014 NBCA 73

LeBouthillier c. J.M. Bastille Inc. et Boudreau,
2014 NBCA 73

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

CORAM :

l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
November 12, 2013

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 12 novembre 2013

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2013 NBQB 381

Décision frappée d'appel :
2013 NBBR 381

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
September 18, 2014

Appel entendu :
le 18 septembre 2014

Judgment rendered:
December 18, 2014

Jugement rendu :
le 18 décembre 2014

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Deschênes

Motifs de jugement :
l'honorable juge Deschênes

Concurred in by:
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Bell
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Gemma LeBouthillier appeared in person

For the respondents:
Blair C. Fraser

THE COURT

The appeal is allowed and the Court orders that a new trial be held before a different judge. The appellant will not be entitled to any costs.

Avocats à l'audience :

Gemma LeBouthillier a comparu en personne

Pour les intimés :
Blair C. Fraser

LA COUR

L'appel est accueilli et la cour ordonne la tenue d'un nouveau procès devant un autre juge. L'appelante n'aura droit à aucuns dépens.

Motifs de jugement de la Cour rendus par

LE JUGE DESCHÊNES

I. Introduction

- [1] En fin d'après-midi le 24 juin 2004, l'appelante Gemma LeBouthillier a subi des blessures lorsque la voiture qu'elle conduisait a fait une sortie de route alors qu'elle tentait de dépasser un tracteur semi-remorque qui voyageait vers le sud sur la route 11 près de Losier Settlement.
- [2] Quoique l'appelante n'ait aucun souvenir des circonstances de l'accident, elle a toutefois convoqué comme témoin Michel Gionet qui la suivait de près en voiture. Ce dernier a témoigné que le conducteur du tracteur semi-remorque, l'intimé Claude Boudreau, avait clairement indiqué son intention de tourner du côté droit chez un commerçant et qu'au moment où Mme LeBouthillier tentait de le dépasser dans la voie de gauche, (côté est) le camion remorque a dû occuper une bonne partie de la voie à sa gauche afin de pouvoir effectuer son virage dans l'entrée à sa droite. Il témoigne qu'à ce moment précis, afin d'éviter une collision avec le tracteur semi-remorque, Mme LeBouthillier aurait perdu le contrôle de sa voiture pour finalement aboutir dans un fossé du côté ouest de la route 11.
- [3] Pour sa part, M. Boudreau dit, au contraire, que Mme LeBouthillier a tenté de le dépasser à sa droite (côté ouest) alors qu'il effectuait un virage à droite pour entrer chez un commerçant. Il dit avoir indiqué son intention de tourner à droite bien avant d'emprunter l'entrée. Il avoue avoir empiété, par nécessité, sur la voie gauche avant d'effectuer son virage. Il dit avoir aperçu la voiture de Mme LeBouthillier à sa droite à la hauteur de sa cabine au moment où il effectuait son virage à droite. Enfin, il prétend que Mme LeBouthillier a perdu le contrôle de sa voiture en essayant d'éviter la collision avec le camion pour ensuite aboutir dans un fossé au sud de l'entrée en question.

II. La décision du juge du procès

[4] Le juge du procès, dont le jugement est publié au volume 2013 NBBR 381, 412 R.N.-B. (2^e) 233, a refusé de procéder au partage de la responsabilité entre les parties pour les raisons suivantes :

Il y a donc deux scénarios possibles pour expliquer comment cet accident a eu lieu; soit que la demanderesse a doublé le défendeur à droite ou à gauche. J'ai rien constaté dans la preuve pour me permet de croire le témoignage de Michel Gionet au-détriment de celui de Claude Boudreau; selon moi, les deux versions sont possibles et les deux témoignages son crédibles.

Il n'y a aucune autre preuve en l'espèce, orale ou littérale, relativement aux évènements qui à produit cet accident. Par conséquent, je ne peux pas déterminer de quel coté la demanderesse a doublé le Freightliner des défendeurs. [Par. 25-26]

[5] Se voyant incapable de statuer sur l'importance de la faute respective des parties en raison du caractère crédible des deux témoins qui avaient une version diamétralement opposée des évènements entourant l'accident, le juge du procès a refusé d'accueillir la demande de Mme LeBouthillier pour les motifs qui suivent :

Le fardeau de la preuve de la demanderesse pour établir la responsabilité et les dommages-intérêts demeure le même, nonobstant qu'elle s'est présentée sans les services d'un avocat(e).

Pour les raisons susmentionnées, je conclus que la demanderesse n'a pu rencontrer son fardeau d'établir selon la prépondérance de la preuve que les défendeurs sont responsables de cet accident et de ses dommages-intérêts. [Par. 27-28]

III. Analyse et décision par rapport à la responsabilité pour l'accident

[6] Selon moi, le juge du procès a commis une erreur de droit en écartant la demande de Mme LeBouthillier au motif qu'elle n'avait pas satisfait le fardeau de la preuve. En statuant ainsi, le juge du procès a fait subir à Mme LeBouthillier les conséquences de son propre manquement à son obligation de juge des faits. Selon moi, à titre de juge des faits, il se devait de se pencher sur la question du partage de la responsabilité, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce. En effet, il a demeuré silencieux sur la question fondamentale de la responsabilité de l'une ou l'autre partie ou des deux pour cet accident. Il se devait d'établir si les deux parties étaient fautifs pour ensuite établir l'importance de leurs fautes respectives ayant contribuées aux dommages. Sur ce point précis, je me permets de reprendre les propos de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Waring c. Jarvis*, [1956] O.J. n° 246 (C.A.) (QL), avec lesquels je suis d'accord, nonobstant leurs âges. Cette décision est pertinente non seulement par rapport aux obligations du juge du procès mais aussi en lien avec l'application de la *Loi sur la négligence contributive*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-19 (la *Loi*). Les principes qui se dégagent de *Waring c. Jarvis* ont d'ailleurs été appliqués dans des arrêts plus récents tels que *Martin-Vandenhende c. Myslik*, 2012 ONCA 53, [2012] O.J. n° 346 (QL) et *Aujla c. Hayes*, [1997] O.J. n° 2263 (C.A.) (QL) :

[TRADUCTION]

Le juge a été appelé à se pencher sur les questions de fait suivantes en vue de déterminer s'il y a responsabilité et, le cas échéant, à qui elle doit être imputée. Y a-t-il eu négligence de la part du défendeur? Y a-t-il eu négligence de la part du demandeur? Ou y a-t-il eu négligence de la part des deux parties? Le juge avait pour fonction et tâche de déterminer la nature de la négligence, le cas échéant, ayant causé l'accident. Il n'a pas entrepris d'examiner la preuve dans cette perspective, et il n'avait pas ces questions à l'esprit dans ses démarches.

[...]

[...] [E]n concluant son jugement, il a démontré de façon assez évidente la raison pour laquelle il rejetait l'action et la

demande reconventionnelle. Il a déclaré : [TRADUCTION] « J'ai indiqué la raison pour laquelle j'estime que je ne devrais pas appliquer l'article 5 de la loi intitulée *The Negligence Act* : je n'accepte ni le récit du demandeur ni celui du défendeur. » Selon l'interprétation raisonnablement donnée aux mots de l'éminent juge du procès, puisqu'il n'a accepté ni la preuve du demandeur ni celle du défendeur, il s'ensuit que la thèse du demandeur échoue, et qu'il en va de même pour la demande reconventionnelle du défendeur. Cela est de toute évidence une erreur de droit. Il incombait à l'éminent juge du procès non seulement d'examiner et de soupeser la preuve du demandeur et du défendeur, mais aussi de soupeser tous les autres éléments de preuve afin de voir si ceux-ci lui permettaient de tirer les conclusions de fait nécessaires. En toute déférence, l'éminent juge du procès a simplement fait ce qui suit. Il a dit : [TRADUCTION] « Je ne peux croire ni le demandeur ni le défendeur. Par conséquent, je laisserai un autre tribunal décider qui est responsable des dommages-intérêts demandés ». La Cour d'appel n'a pas pour tâche de tirer des conclusions de fait en première instance; il s'agit là de la tâche du juge du procès siégeant à titre de juge des faits. C'est ce qui aurait été fait par un jury et ce qui devrait avoir été fait par le juge de procès en l'absence d'un jury. [Par. 4]

[Je souligne.]

[7] Les propos qui suivent, tirés des arrêts *Aujla* et *Myslik* mettent l'accent sur les principes énoncés dans *Waring c. Jarvis* :

[TRADUCTION]

Les cours de cette province et d'ailleurs ont insisté sur le besoin de déterminer que les deux parties sont fautives avant que cet article puisse être appliqué, et sur l'obligation du juge de procès de tirer, à partir des éléments de preuve, une conclusion sur la cause de l'accident, à savoir s'il était le résultat de la négligence de l'une ou l'autre partie, ou des deux : *Waring c. Jarvis*, [1956] O.W.N. 661 (C.A.); *Morrow c. McNeil*, [1957] O.W.N. 254 (C.A.); *Binda c. Waters Construction Co. Ltd. and Hunchuk* (1960), 24 D.L.R. (2d) 431 (C.A. Man.). [Par. 31 d'*Aujla*]

Un juge de première instance a l'obligation de tirer, à partir d'éléments de preuves contradictoires relatifs aux faits substantiels, les conclusions de fait nécessaires pour trancher à juste titre les questions dont il est saisi. Comme l'a observé le lord juge Denning dans l'arrêt *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55, à la p. 64, le juge a pour rôle, [TRADUCTION] « en fin de compte, de déterminer où se situe la vérité ». Notre Cour a exprimé un sentiment semblable un an plus tôt, lorsqu'elle a déclaré qu'un juge de première instance [TRADUCTION] « doit tirer les conclusions de fait qui permettent à la Cour de déterminer si la responsabilité d'une ou des parties a été engagée ou non » : voir *Waring c. Jarvis*, [1956] O.J. No. 246 (C.A.), par. 4 et 5. Voir également *Aujla et al. c. Hayes et al.* (1997), 100 O.A.C. 129 (C.A.), par. 31. La recherche des faits en soi apporte une certaine discipline et une certaine rigueur à l'analyse de la preuve réalisée par le juge du procès, évite le recours à un raisonnement simpliste et écarte le risque qu'une affaire soit tranchée en tenant compte de faits auxquels le juge n'a pas effectivement conclu. [Par. 15 de *Myslik*]

[8] Il est utile de reprendre les dispositions pertinentes de la *Loi*.

Liability when fault divided

1(1) Where by the fault of two or more persons damage or loss is caused to one or more of them, the liability to make good the damage or loss is in proportion to the degree in which each person was at fault but if, having regard to all the circumstances of the case, it is not possible to establish different degrees of fault, the liability shall be apportioned equally.

[...]

Determination of fault

2 Where damage 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.

Responsabilité en cas de faute commune

1(1) Lorsqu'un dommage ou une perte ont été causés par la faute de deux ou plusieurs personnes à l'une ou à plusieurs d'entre elles, la responsabilité de réparer ce dommage ou cette perte est proportionnelle à l'importance de leurs fautes respectives. Cependant, si les circonstances de l'affaire ne permettent pas d'établir les divers degrés d'importance de leurs fautes, la responsabilité se partage à parts égales.

[...]

Détermination de la faute

2 Lorsque le dommage ou la perte ont été causés par la faute de deux ou plusieurs personnes, le tribunal détermine l'importance relative de la faute de

chacune.

Fault and damages are questions of fact Faute et dommages : questions de fait

5 In an action, the amount of damage or loss, the fault, if any, and the degrees of fault are questions of fact.

5 Dans toute action, l'étendue du dommage ou de la perte, la faute, le cas échéant, et l'importance relative de la faute de chacun sont des questions de fait.

[9] En résumé, le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de tirer les conclusions de faits essentiels lui permettant de trancher la question fondamentale devant lui, notamment, le partage de la responsabilité pour l'accident. Tout compte fait, si les circonstances de cet accident sont telles que le juge du procès ne peut établir le degré de responsabilité des parties après avoir conclu que les deux parties sont fautifs, il lui incombe de partager la responsabilité à parts égales.

[10] En l'espèce, l'appelante a plaidé sa cause sans l'assistance d'un avocat et j'aurais préféré me pencher sur la question du partage de la responsabilité afin de rendre la décision qui aurait dû être rendue (voir la Règle 62.21(1)). Toutefois, l'article 5 de la *Loi* prévoit que l'étendue de la faute et l'importance relative de la faute sont des questions de faits. Selon moi, le tribunal de première instance est mieux placé pour trancher ce genre de questions (voir la Règle 62.21(10)(a)). Il convient donc de renvoyer ces questions de fait pour être tranchées par un autre juge de la Cour du Banc de la Reine.

IV. La question des dommages-intérêts

[11] L'article 5 de la *Loi* prévoit aussi que « l'étendue du dommage ou de la perte [...] sont des questions de fait ». Cela étant, notre Cour doit faire preuve de retenue en ce qui a trait aux conclusions du juge de première instance quant aux blessures subies par l'appelante et l'étendue des dommages imputables aux intimés. Bref, notre Cour peut intervenir seulement en présence d'une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation de la preuve. La norme de révision a d'ailleurs été formulée dans l'arrêt *Gallant c. Thibodeau* (1998), 206 R.N.-B. (2^e) 336, [1998] A.N.-B. n^o 445 (C.A.) (QL), résumée dans l'arrêt *McAdam et al. c. McIlveen et al.*, 2002 NBCA 55, 252 R.N.-B. (2^e) 35 et

confirmée récemment dans l'arrêt *Reid c. Hatty*, 2005 NBCA 5, 279 R.N.-B. (2^e) 202. Au paragraphe 21 de l'arrêt *McAdam*, le juge Drapeau (tel était alors son titre) a donné l'explication suivante :

Dans Gallant c. Thibodeau (1998), 206 R.N.-B. (2^e) 336, 526 A.P.R. 336 (C.A.), les juges ont conclu à la majorité qu'en l'absence d'une erreur de droit importante dans l'analyse du juge du procès ou d'une erreur manifeste et dominante dans son évaluation de la preuve notre Cour peut intervenir et substituer sa propre conclusion relativement à la responsabilité si, et seulement si, la conclusion du juge du procès en la matière est déraisonnable, en ce sens que rien au dossier ne saurait la justifier. [Par. 21]

[12] En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante dans son évaluation de la preuve et une erreur de droit dont les répercussions sur l'évaluation des dommages sont évidentes.

A. *L'erreur manifeste et dominante touchant l'évaluation de la preuve*

[13] Dans son exposé de la demande, Mme LeBouthillier demandait que la cour lui accorde des dommages pécuniaires et non-pécuniaires pour de nombreuses blessures dont des « douleurs et problèmes aux mâchoires » et « TMJ ».

[14] La plaignante a toujours prétendu que cette blessure est le résultat de l'impact du sac gonflable qu'elle a subi à la bouche suite au déploiement de celui-ci lors de l'accident. La preuve indique que six mois après l'accident, elle se plaignait encore de douleurs aux mâchoires et recevait des traitements d'une massothérapeute attitrée. En effet, en février 2005 et en mars et avril 2006, la massothérapeute notait que Mme LeBouthillier se plaignait de douleurs aux mâchoires et de problèmes « d'articulation » au niveau de la mâchoire. En avril 2006, la massothérapeute écrivait ce qui suit à cet égard au nom de Mme LeBouthillier :

Je peux voir lors d'évaluation postural et de manipulation des membres supérieurs, que le côté gauche a subit une

élongation, (ouvre les muscles de l'articulation de la manchoire) et que contrairement au côté gauche, le côté droit a subi une foulure occasionnant un rétrécissement des muscles du cou.

[15] De plus, Mme LeBouthillier a subi des traitements à l'égard du syndrome d'articulation tempo-mandibulaire (ATM) auprès de plusieurs professionnels de la santé (son médecin de famille, dentistes) au cours des années qui ont suivi l'accident, un problème que ces derniers relient à l'accident et dont les conseils ont été suivis par Mme LeBouthillier pour tenter de palier aux malaises reliés à ce problème.

[16] Le juge du procès a choisi d'accepter la preuve médicale d'un expert qui a rencontré Mme LeBouthillier 8 ans après l'accident pour un examen demandé par les intimés. Ce médecin expert refusait de voir un lien de causalité entre l'accident et les problèmes d'articulation temporo-mandibulaire qui semblent, encore aujourd'hui, affecter Mme LeBouthillier. Toutefois, ce dernier reconnaissait que Mme LeBouthillier pouvait avoir souffert « de problèmes aux articulations temporo-mandibulaires transitoires causés par le choc du ballon gonflable » mais qu'il était probable que ces problèmes aient pris fin en juillet 2005, soit un peu plus d'un an après l'accident. De plus, selon ce même expert, s'il y avait encore des problèmes aujourd'hui, ils sont probablement attribuables à la négligence d'un dentiste qui a traité l'appelante pour palier à ses problèmes d'articulation ou encore possiblement attribuables à l'hérédité.

[17] Malgré les témoignages de l'appelante et de la massothérapeute le juge du procès a évidemment passé sous silence ces éléments de preuve en lien avec les problèmes d'articulation aux mâchoires de l'appelante lorsqu'il a statué :

Considérant l'ensemble de la preuve et les témoignages de Dr. Jean LeBlanc, le Dr. Allain Audet et le Dr D.D. Smith, je conclus que la demanderesse n'a subi aucune exacerbation de ses conditions médicales préexistantes, que les blessures à sa mâchoire et que son ATM (TMJ) ne sont pas reliées à l'accident du 24 juin 2004.

Par conséquent, les seules blessures corporelles que la demanderesse a subies suite à l'accident du 24 juin 2004 sont : douleurs au cou (entorse); douleurs au dos (entorse) ;

douleurs dans les deux genoux; douleurs aux doigts et aux mains et crise d'angoisse (anxiété) et problèmes psychologiques. [Par. 59-60]

[18] En statuant ainsi, le juge du procès n'a évidemment accordé aucune importance aux éléments de preuve attestant que l'appelante a subi des coups au visage lors de l'accident, qu'elle a signalé des problèmes d'articulation aux mâchoires à la suite de l'accident et qu'elle continue de recevoir encore aujourd'hui des traitements pour ces malaises. Selon moi, le fait que le juge du procès ait passé sous silence ces éléments de preuve constitue une erreur manifeste et dominante dans la mesure où ils auraient pu avoir un impact sur sa décision quant aux liens de causalité entre l'accident et les blessures aux mâchoires et les réclamations qui y sont rattachées.

B. *L'erreur de droit par rapport aux dommages pécuniaires*

[19] La preuve démontre que l'appelante n'a pas pu reprendre le travail pour une période d'environ 2 à 3 semaines en raison des blessures causées lors de l'accident. Au lieu de se voir priver d'un revenu pendant cette période, elle a choisi de prendre des jours de vacances qui lui étaient dûs. Sur ce point précis, le juge du procès a statué ainsi :

Après l'accident du 24 juin 2004, la demanderesse fut absente de son emploi pour une période de deux à trois semaines, mais ce temps fut pris comme vacances. Alors son salaire fut payé.

Considérant l'ensemble de la preuve, la demanderesse n'a donc pas pu établir qu'elle a subi de perte de revenus passés attribuables à l'accident du 24 juin 2004. [Par. 68 et 75]

[20] Bien sûr, l'appelante a épuisé des jours de vacances comme période de convalescence et non pas comme vacances. Dans ce contexte, elle a perdu ses vacances qui ont une valeur certaine notamment une valeur équivalente aux journées de travail qu'elle a manquées durant sa convalescence de 2 à 3 semaines.

V. Dispositif

[21] Pour toutes ces raisons, l'appel est accueilli sans dépens. Toutefois, l'appelante a le droit à ses débours que j'évalue au montant de 1500 \$. Par contre, l'appelante n'a jamais payé aux intimés une somme équivalente à la suite d'une motion qui n'a pas été accueillie par notre Cour antérieurement. Par conséquent, l'appelante est relevée de son obligation de payer cette somme encore dûe aux intimés mais ne pourra pas toucher le montant dû pour ses débours.

[22] L'appelante aura droit à un nouveau procès devant un autre juge, tant au niveau de la responsabilité qu'au niveau des dommages-intérêts pécuniaires et non-pécuniaires. Évidemment, le nouveau juge n'est pas lié par les conclusions ou commentaires du juge du procès et de cette Cour à l'égard des circonstances entourant l'accident ou des dommages ou pertes qui en découlent.

JUSTICE DESCHÊNES

I. Introduction

[1] Late in the afternoon on June 24, 2004, the appellant, Gemma LeBouthillier, sustained injuries when the car she was driving went off the road while she was trying to pass a tractor-trailer travelling southbound on Route 11 near Losier Settlement.

[2] Although the appellant has no recollection of the circumstances surrounding the accident, she called Michel Gionet, who was following her closely in his car, as a witness. He testified the driver of the tractor-trailer, the respondent Claude Boudreau, had clearly signalled his intention to make a right turn into a merchant's lot, and at the time Ms. LeBouthillier was attempting to pass in the left-hand lane (east side), the tractor-trailer had to occupy a large part of the lane to its left to make its turn into the entrance to the right. He testified that at this exact moment, while attempting to avoid a collision with the tractor-trailer, Ms. LeBouthillier lost control of her car and ultimately ended up in a ditch on the west side of Route 11.

[3] Mr. Boudreau, on the contrary, says Ms. LeBouthillier tried to pass him on the right (west side) while he was making a right turn into a merchant's lot. He says he signalled his intention to turn right well before turning into the entrance. He admits that he encroached on the left-hand lane out of necessity before making his turn. He says that he saw Ms. LeBouthillier's car on his right, alongside his cab, when he was making his right turn. Finally, he claims that Ms. LeBouthillier lost control of her car while trying to avoid a collision with the truck and then ended up in a ditch south of the entrance in question.

II. Trial judge's decision

[4] The trial judge, whose judgment is published at 2013 NBQB 381, 412 N.B.R. (2d) 233, declined to apportion liability between the parties for the following reasons:

[TRANSLATION]

There are, therefore, two possible scenarios to explain how this accident happened, namely that the plaintiff passed the defendant on the right or on the left. I saw nothing in the evidence to lead me to believe Michel Gionet's testimony to the detriment of Claude Boudreau's testimony; in my view, both versions are plausible and the testimony of both witnesses is credible.

There is no other oral or written evidence in this case regarding the events that led to this accident. I, therefore, cannot determine on which side the plaintiff passed the defendants' Freightliner. [paras. 25-26]

[5] Viewing himself as unable to rule on the degree of the parties' respective fault due to the credibility of the two witnesses, who had recounted diametrically opposed versions of the events surrounding the accident, the trial judge dismissed Ms. LeBouthillier's action for the following reasons:

[TRANSLATION]

The plaintiff's burden of proof in establishing liability and damages remains the same, despite the fact that she appeared without a lawyer to represent her.

For the above reasons, I find that the plaintiff was unable to meet her onus of establishing on a balance of probabilities that the defendants are liable for this accident and for her damages. [paras. 27-28]

III. Analysis and decision regarding liability for the accident

[6] In my opinion, the trial judge erred in law when he dismissed Ms. LeBouthillier's action due to her failure to meet the burden of proof. In ruling this way, the trial judge held Ms. LeBouthillier accountable for his own adjudicative failure. In my view, as the trier of fact, he had a duty to consider the apportionment of liability issue, which he did not do in this case. In fact, he remained silent on the core issue of the liability of one party or the other, or both of them, for this accident. He had a duty to determine whether both parties were at fault and then to determine the degree to which their respective fault contributed to the damages. On this specific point, I take the liberty of quoting the comments of the Court of Appeal for Ontario in *Waring v. Jarvis*, [1956] O.J. No. 246 (C.A.) (QL), with which I concur, despite their age. This decision is relevant not only in relation to the duties of a trial judge, but also in connection with the application of the *Contributory Negligence Act*, R.S.N.B. 1973, c. C-19 (the *Act*). The principles that emerge from *Waring v. Jarvis* have also been applied in more recent judgments, such as *Martin-Vandenhende v. Myslik*, 2012 ONCA 53, [2012] O.J. No. 346 (QL) and *Aujla v. Hayes*, [1997] O.J. No. 2263 (C.A.) (QL):

The questions of fact which the trial Judge was called upon to consider in order to determine the liability, if any, in this case, were these: Was there negligence on the part of the defendant? Was there negligence on the part of the plaintiff? Or, was there negligence on the part of both of them? It was his function and his duty to say what negligence, if any, caused this accident. He did not approach the consideration of the evidence from that viewpoint, nor did he have those questions in mind.

[...]

[...] [W]hen he concluded his judgment he showed quite plainly the reason why he was dismissing the action and dismissing the counterclaim. He said: "I have indicated the reason why I feel I should not apply section 5 of The Negligence Act, because I do not accept the plaintiff's story nor the defendant's story." The interpretation which is reasonably placed upon the words of the learned trial Judge

is that because he did not accept the evidence given by the plaintiff, and because he did not accept the evidence given by the defendant, therefore the case for the plaintiff fails, and the counterclaim for the defendant likewise fails. That obviously is wrong in law. It was the duty of the learned trial Judge not only to consider and weigh the evidence of the plaintiff and the defendant, it was his duty also to weigh all other evidence to see whether or not from all the evidence he could make the necessary findings of fact. The learned trial Judge, with great respect to him, has simply done this: He has said, “I cannot believe either the plaintiff or the defendant; therefore let some other Court decide who is responsible for the damages claimed.” It is not the function of the Court of Appeal to make findings of fact in the first instance; that is the function of the trial Judge sitting as a tribunal of fact; that is what would have been done by a jury and should have been done by the trial Judge without a jury. [para. 4]

[Emphasis added.]

[7] The following comments, taken from the judgments in *Aujla* and *Myslik*, focus on the principles articulated in *Waring v. Jarvis*:

Courts in this province and elsewhere have emphasized the need to determine that both parties are at fault before this section can have application, and have emphasized the trial judge’s obligation to reach a conclusion on the evidence whether it was the negligence of one party or the other, or both of them, that caused the accident: *Waring v. Jarvis*, [1956] O.W.N. 661 (C.A.); *Morrow v. McNeil*, [1957] O.W.N. 254 (C.A.); *Binda v. Waters Construction Co. Ltd. and Hunchuk* (1960), 24 D.L.R. (2d) 431 (Man. C.A.). [para. 31: *Aujla*].

A trial judge has an obligation to make factual findings on conflicting evidence with respect to material facts that were essential to a proper determination of the issues before him or her. As Denning L.J. observed, in *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55, at p. 64, it is the judge’s role “at the end to make up his mind where the truth lies.” This Court expressed a similar sentiment a year earlier when it said that a trial judge “must make the findings of fact that enable the Court to say whether or not there is liability involved”: see *Waring v. Jarvis*, [1956] O.J. No. 246

(C.A.), at paras. 4-5. See also *Aujla v. Hayes* (1997), 100 O.A.C. 129 (C.A.), at para. 31. The fact-finding exercise in itself brings a certain discipline and rigour to a trial judge's analysis of the evidence and guards against imprecise thinking and the risk of a case being decided on the basis of facts that were not actually found. [para. 15: *Myslik*]

[8] It is useful here to set out the relevant provisions of the *Act*.

Liability when fault divided

1(1) Where by the fault of two or more persons damage or loss is caused to one or more of them, the liability to make good the damage or loss is in proportion to the degree in which each person was at fault but if, having regard to all the circumstances of the case, it is not possible to establish different degrees of fault, the liability shall be apportioned equally.

[...]

Determination of fault

2 Where damage 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.

Fault and damages are questions of fact

5 In an action, the amount of damage or loss, the fault, if any, and the degrees of fault are questions of fact.

Responsabilité en cas de faute commune

1(1) Lorsqu'un dommage ou une perte ont été causés par la faute de deux ou plusieurs personnes à l'une ou à plusieurs d'entre elles, la responsabilité de réparer ce dommage ou cette perte est proportionnelle à l'importance de leurs fautes respectives. Cependant, si les circonstances de l'affaire ne permettent pas d'établir les divers degrés d'importance de leurs fautes, la responsabilité se partage à parts égales.

[...]

Détermination de la faute

2 Lorsque le dommage ou la perte ont été causés par la faute de deux ou plusieurs personnes, le tribunal détermine l'importance relative de la faute de chacune.

Faute et dommages : questions de fait

5 Dans toute action, l'étendue du dommage ou de la perte, la faute, le cas échéant, et l'importance relative de la faute de chacun sont des questions de fait.

[9] In short, the trial judge erred in law when he failed to make the essential findings of fact that would have allowed him to determine the core issue before him, namely the apportionment of liability for the accident. On balance, if, after finding that both parties are at fault, the circumstances surrounding the accident are such that the trial

judge cannot determine the parties' degree of liability, then he has a duty to apportion liability equally.

[10] In this case, the appellant argued her case without the assistance of a lawyer, and I would have preferred to consider the liability apportionment issue in order to hand down the decision that ought to have been rendered (see Rule 62.21(1)). However, section 5 of the *Act* provides that fault and the degrees of fault are questions of fact. In my view, the court of first instance is in a better position to determine this type of question (see Rule 62.21(10)(a)). These questions of fact should, therefore, be referred back to the Court of Queen's Bench for determination by another judge.

IV. Issue of damages

[11] Section 5 of the *Act* also provides "the amount of damage or loss [...] are questions of fact". This being the case, this Court has to show restraint with respect to the trial judge's findings as to the injuries sustained by the appellant and the amount of damages attributable to the respondents. In short, this Court can intervene only where there has been a palpable and overriding error in the assessment of the evidence. The standard of review was articulated in *Gallant v. Thibodeau* (1998), 206 N.B.R. (2d) 336, [1998] N.B.J. No. 445 (C.A.) (QL), summarized in *McAdam et al. v. McIlveen et al.*, 2002 NBCA 55, 252 N.B.R. (2d) 35 and recently confirmed in *Reid v. Hatty*, 2005 NBCA 5, 279 N.B.R. (2d) 202. Drapeau J.A. (as he then was) gave the following explanation at para. 21 of the judgment in *McAdam*:

In *Gallant v. Thibodeau* (1998), 206 N.B.R. (2d) 336, 526 A.P.R. 336 (C.A.), the majority held that, absent some material error of law in the trial judge's analysis or some palpable and overriding error in his or her assessment of the evidence, this Court can intervene and substitute its own finding in respect of liability if, and only if, the trial judge's conclusion on the subject is unreasonable, in the sense that nothing in the record could have justified it. [para. 21]

[12] In this case, the trial judge made a palpable and overriding error in his assessment of the evidence and an error of law that had obvious consequences for the assessment of the damages.

A. *Palpable and overriding error in the assessment of the evidence*

[13] In her Statement of Claim, Ms. LeBouthillier asked the Court to award her pecuniary and non-pecuniary damages for numerous injuries, including [TRANSLATION] “jaw pain and problems” and “TMJ”.

[14] The complainant has always maintained this injury resulted from the impact of the airbag striking her in the mouth after it deployed during the accident. The evidence reveals she was still complaining of jaw pain and receiving treatments from a registered massage therapist six months after the accident. In fact, in February, 2005, and March and April, 2006, the massage therapist noted that Ms. LeBouthillier complained of jaw pain and of jaw “joint” problems. In April, 2006, the massage therapist wrote the following in this regard on Ms. LeBouthillier’s behalf:

[TRANSLATION]

I can see during the postural assessment and manipulation of the upper limbs that the left side has become elongated, (opens the muscles of the jaw joint) and that unlike the left side, the right side has suffered a sprain, resulting in contraction of the neck muscles.

[Emphasis added.]

[15] Ms. LeBouthillier also received treatment from several healthcare professionals (her family doctor, dentists) for temporomandibular joint (TMJ) syndrome in the years following the accident; those professionals link this problem to the accident and Ms. LeBouthillier has followed their advice in an attempt to relieve the related discomfort.

[16] The trial judge chose to accept the medical evidence of an expert who met with Ms. LeBouthillier eight years after the accident for an examination requested by the

respondents. That medical expert refused to see a causal connection between the accident and the temporomandibular joint problems from which Ms. LeBouthillier still appears to suffer. However, he did acknowledge that Ms. LeBouthillier might have suffered [TRANSLATION] “from temporary temporomandibular joint problems caused by the impact of the airbag”, although it was likely these problems had ended by July 2005, slightly more than a year after the accident. The same expert also said that if there are still problems now, they are probably attributable to the negligence of a dentist who treated the appellant to relieve her joint problems, or possibly to heredity.

[17] Despite the testimony of the appellant and massage therapist, the trial judge obviously failed to mention those pieces of evidence in connection with the appellant’s jaw joint problems when he ruled that:

[TRANSLATION]

Considering the totality of the evidence and the testimony of Dr. Jean LeBlanc, Dr. Allain Audet and Dr. D.D. Smith, I find that the plaintiff’s pre-existing medical conditions were not exacerbated and that the injuries to her jaw and her TMJ are not related to the accident on June 24, 2004.

Accordingly, the only physical injuries the plaintiff sustained as a result of the accident on June 24, 2004, are neck pain (sprain); back pain (sprain); pain in both knees; pain in the fingers and hands, and panic (anxiety) attacks and psychological problems. [paras. 59-60]

[18] In ruling this way, the trial judge clearly did not give any weight to the evidence that the appellant was struck in the face during the accident, that she reported jaw joint problems following the accident and that she continues to receive treatment for that discomfort even today. In my opinion, the fact that the trial judge failed to mention this evidence is a palpable and overriding error in that it could have had an impact on his decision as to the causal connection between the accident, the jaw injuries and the related claims.

B. *Error of law with respect to pecuniary damages*

[19] The evidence reveals the appellant was unable to go back to work for a period of approximately two to three weeks due to the injuries she sustained in the accident. Instead of being left without income during this time, she opted to take vacation days she was owed. The trial judge ruled as follows on this very point:

[TRANSLATION]

The plaintiff did not go to work for a period of two to three weeks after the accident on June 24, 2004, but this was taken as vacation time, so her salary was paid.

Considering the totality of the evidence, the plaintiff was therefore unable to establish that she suffered past income loss attributable to the accident on June 24, 2004. [paras. 68 and 75]

[20] Of course, the appellant used vacation days as a period of convalescence and not as vacation time. In this context, she lost vacation time, which has a definite value, a value equivalent to the workdays she missed while she was convalescing for two to three weeks.

V. Disposition

[21] For all of these reasons, the appeal is allowed without costs. However, the appellant is entitled to her disbursements, which I estimate at \$1,500. On the other hand, the appellant never paid the respondents an equivalent amount following a previous motion this Court dismissed. Accordingly, the appellant is relieved of her duty to pay the amount still owing to the respondents, but will not receive the amount owing for her disbursements.

[22] The appellant will be entitled to a new trial before a different judge, with respect to both liability and pecuniary and non-pecuniary damages. Of course, the new judge is not bound by the findings or comments of the trial judge or of this Court with

respect to the circumstances surrounding the accident or to the resulting damages or losses.